

L'ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata ed alla riservatezza alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia 2 marzo 2021 tra principi dell'Unione Europea e principi costituzionali*

di Francesca Zani – Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Teramo

ABSTRACT: This essay aims at examining the effects of the principles set forth by the European Court of Justice in its judgment of 2 March 2021 on the national system and on the criminal trial. In particular, we intend to go through the legislative evolution (art. 132 Legislative Decree 196/2003, the so-called Privacy Code) and the jurisprudence concerning the acquisition and storage of telephone traffic data and the balance between privacy protection and criminal justice requirements. It will also focus on the role of the Public Prosecutor during the preliminary investigations and on the peculiarities of the national investigative body compared to those of other European systems. Lastly, the very recent legislative amendment concerning the acquisition of telephone traffic by the Decree Law No. 132 of 30 September 2021 will be taken into account.

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea in tema di conservazione ed acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico. – 2. Definizione e criteri di individuazione dei c.d. “crimini gravi” nella giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte di Giustizia. – 3. I soggetti legittimati ad autorizzare l’accesso ai dati relativi al traffico telefonico: ruolo e natura del Pubblico ministero nell’ordinamento nazionale. – 4. Gli effetti della sentenza della Corte di

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

Giustizia del 2 marzo 2021 (C-746/18) nell'ordinamento nazionale. – 5. L'intervento del decreto legge 30 settembre 2021, n. 132.

1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea in tema di conservazione ed acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico

La Corte di Giustizia europea, con la sentenza datata 2 marzo 2021, si è pronunciata sulla questione pregiudiziale proposta dalla Corte suprema estone (procedimento penale contro H.K. per i reati di furto, uso di carta bancaria di un terzo e violenza nei confronti di persone partecipanti ad un procedimento giudiziario), avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 15, paragrafo 1 della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio¹, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Nel dettaglio, la Corte europea ha affrontato due diversi profili problematici relativi alla conservazione ed all'accesso ai dati sul traffico telefonico: in primo luogo, il difficile contemperamento fra le esigenze di prevenzione, accertamento e repressione dei reati e quelle di tutela del diritto alla riservatezza; in secondo luogo, l'individuazione del soggetto legittimato ad autorizzare l'accesso ai dati all'interno del procedimento penale e, perciò, in grado di compiere in concreto tale bilanciamento.

Sotto il primo profilo, il giudice estone ha adito la Corte europea affinché indicasse se, al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità, le limitazioni imposte dalla normativa nazionale sul diritto fondamentale alla riservatezza dovessero ritenersi giustificate, e quindi legittime, esclusivamente quando finalizzate alla lotta contro le *forme gravi di criminalità*.

Quanto invece al secondo aspetto, la Corte europea è stata chiamata a verificare se la direttiva europea potesse essere interpretata nel senso di consentire agli stati membri di individuare l'autorità

¹ L'articolo 15 di detta direttiva, intitolato «Applicazione di alcune disposizioni della direttiva [95/46]», recita, al paragrafo 1: «Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all'articolo 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva [95/46], una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative, le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente paragrafo. Tutte le misure di cui al presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto [dell'Unione], compresi quelli di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del trattato sull'Unione europea».

indipendente, deputata ad autorizzare l'accesso ai dati relativi al traffico, nella figura del pubblico ministero, inteso quale soggetto che dirige il procedimento istruttorio e che rappresenta la pubblica accusa nel processo penale².

In particolare, dopo aver ricostruito nella motivazione della sentenza la disciplina di cui alla direttiva 2002/58 alla luce dei principi della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea, la Corte di Giustizia ha stabilito che l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 debba essere interpretato nel senso che “esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un *insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo*”³.

Quanto all'ulteriore questione posta alla sua attenzione, la Corte ha invece affermato che l'articolo 15, paragrafo 1 della direttiva 2002/58 debba essere interpretato nel senso che esso “*osta*

² Nello specifico, la Corte suprema estone ha posto le seguenti questioni: «1) Se l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 debba essere interpretato, alla luce degli articoli 7, 8, 11 e 52, paragrafo 1, della Carta, nel senso che, in un procedimento penale, *l'accesso di autorità nazionali a dati che consentano di rintracciare e identificare la fonte e la destinazione di una comunicazione telefonica a partire dal telefono fisso o mobile del sospettato, di determinare la data, l'ora, la durata e la natura di tale comunicazione, di identificare le apparecchiature di comunicazione utilizzate, nonché di localizzare il materiale di comunicazione mobile utilizzato, costituisce un'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dai suddetti articoli della Carta di gravità tale che detto accesso debba essere limitato, nel contesto della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento dei reati, alla lotta contro le forme gravi di criminalità, indipendentemente dal periodo al quale si riferiscono i dati conservati cui le autorità nazionali hanno accesso.* 2) Se l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 debba essere interpretato, sulla scorta del principio di proporzionalità (..) nel senso che, qualora la quantità dei dati menzionati nella prima questione, ai quali le autorità nazionali hanno accesso, non sia grande (sia per il tipo di dati che per la loro estensione nel tempo), la conseguente ingerenza nei diritti fondamentali può essere giustificata, in generale, dall'obiettivo della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento dei reati, e che quanto più notevole è la quantità di dati cui le autorità nazionali hanno accesso, tanto più gravi devono essere i reati perseguiti mediante tale ingerenza. 3) Se il requisito (..) secondo cui l'accesso ai dati da parte delle autorità competenti debba essere soggetto ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, implichi che l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 deve essere interpretato nel senso che *può considerarsi come un'autorità amministrativa indipendente il pubblico ministero, il quale dirige il procedimento istruttorio e che, per legge, è tenuto ad agire in modo indipendente, restando soggetto soltanto alla legge e verificando, nell'ambito del procedimento istruttorio, sia gli elementi a carico sia quelli a discarico relativi all'indagato, ma che successivamente, nel procedimento giudiziario, rappresenta la pubblica accusa*».

³ V. il punto 1) del dispositivo della sentenza in commento.

*ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale*⁴.

I principi contenuti nella pronuncia hanno posto una serie di dubbi in ordine alla compatibilità della disciplina italiana in materia di acquisizione dei dati del traffico telefonico rispetto all'interpretazione della direttiva fornita dalla Corte di Giustizia. Ed infatti, gli operatori del diritto hanno iniziato ad interrogarsi circa la possibilità di disapplicare, proprio perché in contrasto con il diritto europeo, la disciplina contenuta all'interno dell'art. 132 del D.lgs. 196/2003 (c.d. Codice privacy) – nella versione precedente al recentissimo decreto legge n. 132/21 -, che consentiva un accesso generalizzato al traffico telefonico, senza operare alcuna distinzione in base alla gravità del reato, e che individuava nel pubblico ministero (e non nel giudice) il soggetto legittimato ad autorizzare l'accesso a tali dati. A ciò si aggiungeva poi il problema relativo all'individuazione della disciplina da applicare ai procedimenti in corso, in sostituzione di quella ritenuta illegittima, in assenza di un intervento del legislatore.

L'art. 132 del D.lgs. 196/2003, nel testo anteriore alla recente modifica legislativa, dopo aver stabilito, ai primi commi, l'obbligo per il fornitore di conservare i dati relativi al traffico telefonico per ventiquattro mesi - e per dodici mesi con riferimento ai dati telematici - per finalità di accertamento e repressione di tutti i reati senza alcuna distinzione, prevedeva, al comma terzo, che

⁴ Si legge nel dispositivo della sentenza: "Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara: 1) L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo. 2) L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale".

il pubblico ministero, con un decreto motivato, potesse autorizzare, anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private, l'acquisizione dei dati presso il fornitore.

Tale formulazione è stata a sua volta frutto di una modifica legislativa intervenuta al fine di risolvere alcune criticità poste dalla precedente disposizione. Originariamente, infatti, il legislatore aveva previsto una diversa modalità di accesso al traffico telefonico, simile a quella attuale ed apparentemente più in linea con quanto stabilito dalla odierna sentenza della Corte di Giustizia: l'autorizzazione all'accesso al traffico telefonico era infatti concessa dal Giudice per le indagini preliminari su richiesta del P.M. o del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private⁵.

Nel breve periodo di vigenza di tale disciplina⁶, diversi tribunali italiani avevano tuttavia sollevato dubbi sulla costituzionalità della norma, proponendo diverse questioni dinanzi alla Corte costituzionale. Specificamente, secondo alcuni dei giudici *a quibus*, il testo allora vigente dell'art. 132, co. 3, Codice privacy, poneva dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 97, 111 e 112 Cost., non ritenendosi ragionevole l'imposizione di un vaglio giudiziale preventivo per l'accesso del pubblico ministero alle informazioni concernenti il traffico telefonico.

Secondo questa impostazione, la norma impugnata affidava al giudice un potere di autorizzazione, senza tuttavia specificare i criteri che lo stesso doveva adottare per la valutazione della domanda proposta dal magistrato inquirente. Inoltre, secondo i rimettenti, tale disposizione pregiudicava il buon andamento dell'amministrazione della giustizia (art. 97 Cost.), specie se interpretata nel senso che al giudice spettasse non solo il compito di rilasciare l'autorizzazione, ma anche quello di provvedere alla materiale raccolta dei dati presso il gestore. L'ingiustificato aggravamento contrastava peraltro con il principio di obbligatorietà di esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.)⁷.

La Corte costituzionale non ha mai esaminato le questioni nel merito in quanto, nel frattempo, la disposizione di cui all'art. 132, co. 3 D.lgs. 196/2003 è stata modificata nel suo nucleo essenziale e, pertanto, come solitamente accade in queste ipotesi, la Consulta ha disposto la restituzione degli atti

⁵ Art. 3 legge 26 febbraio 2004 di conversione del D.L. 24 dicembre 2003 n. 254.

⁶ Il testo attualmente vigente è stato introdotto dall'art. 6 del D.L. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni dalla legge 31 luglio 2005 n. 155.

⁷ Cfr. il punto 1 del ritenuto in fatto della sentenza della Corte costituzionale n. 372/2006.

ai giudici *a quibus* al fine di valutare la persistenza della rilevanza delle questioni proposte alla luce dello *ius superveniens*⁸.

La successiva formulazione del testo dell'art. 132, co. 3, D.lgs. 196/2003, pur risolvendo le problematiche causate dalla disciplina precedente, ha, tuttavia, posto delle nuove questioni sotto il profilo della compatibilità con le direttive europee in materia di riservatezza.

Una delle prime decisioni della Corte Giustizia ad acuire i dubbi sulla adeguatezza della norma interna rispetto al diritto eurounitario è stata la pronuncia del 4 aprile 2014 (cause riunite C-293/12 e C-594/12)⁹, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità della direttiva 2006/24, riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, modificando quanto precedentemente previsto dalla direttiva 2002/58.

Nel motivare la propria decisione la Corte ha evidenziato la particolare importanza attribuita dagli artt. 7 e 8, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla vita privata e, come diretta conseguenza, alla tutela dei dati personali: tali diritti potevano, pertanto, essere limitati solo in presenza di regole chiare e precise e, in ogni caso, entro "i limiti dello stretto necessario" al fine di perseguire l'obiettivo, di interesse generale, costituito dalla lotta alla criminalità grave.

Questo criterio, secondo la Corte, non era stato rispettato dalla direttiva 2006/24 che, violando il principio di proporzionalità, aveva previsto una applicazione generale della disciplina della conservazione dei dati, senza operare alcuna differenziazione, limitazione o eccezione in ragione

⁸ Sul tema della restituzione degli atti al giudice *a quo*, vedi A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice "a quo" nel processo costituzionale incidentale*, Milano 1965; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali nella logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984; A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967; C. SALAZAR, *Le decisioni processuali: la restituzione degli atti al giudice a quo e le pronunce di inammissibilità*, in *Foro.it*, 1998, fasc. 3 parte V, 145; CAMELI R., *Brevi osservazioni sul rapporto tra jus superveniens costituzionale e legislazione statale*, in *Il Foro amm.*, 2003 ss.; R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017 – 2019)*, Torino, 2020, 29 ss.

⁹ Sulla pronuncia della Corte di Giustizia del 4 aprile 2014 (C-293/12 e C-594/12) cfr. C.M. CASCIONE, *I diritti fondamentali prevalgono sull'interesse alla sicurezza: la decisione "data retention" della Corte di giustizia e gli echi del "Datagate"*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 11/2014, 1044 ss., L. TRUCCO, *"Data retention": la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 8-9/2014, 1850 ss., S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia il diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni "pro" e alcuni "contra"*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2014, 873 ss., O. POLLICINO, *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un "digital right to privacy"*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 2949 ss., O. PREVOSTI, *Tutela della privacy come presupposto della libertà: due recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a difesa della riservatezza individuale*, in *Osservatorio Aic*, 3/2014, G. TIBERI, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: la protezione dei diritti fondamentali nel "dopo-Lisbona"*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2014, 719 ss., A. ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2014, 722 ss.

dell'obiettivo della lotta contro i reati gravi, né prevedendo alcun criterio oggettivo che consentisse di garantire che le autorità nazionali competenti avessero accesso ai dati – e quindi, che questi ultimi fossero utilizzati - solamente per prevenire, accertare e perseguire penalmente reati che potessero considerarsi sufficientemente gravi.

Successivamente, la Corte di Giustizia europea si è nuovamente pronunciata in materia di conservazione ed accesso al traffico telefonico con la nota sentenza 21 dicembre 2016 c.d. Tele 2 (cause riunite C- 203/15 e C 698/15), avente ad oggetto le questioni pregiudiziali proposte dalla Corte d'Appello di Stoccolma e da quella di Inghilterra e Galles.

Con tale decisione la Corte, ribadendo la centralità dei diritti garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta e l'obbligo per le normative nazionali limitative della riservatezza di rispettare il principio di proporzionalità così come individuato dalla consolidata giurisprudenza europea, ha dichiarato che l'art. 15, par. 1 della direttiva 2002/58 “deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, e segnatamente, l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, *senza limitare, nell'ambito della lotta contro la criminalità grave, tale accesso alle sole finalità di lotta alla criminalità grave e senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione*”¹⁰.

In pratica, già con la sentenza “Tele 2” la Corte di Giustizia ha affermato l'esigenza di compiere un bilanciamento fra i diversi interessi in gioco sulla base del principio di proporzionalità ed ha individuato, altresì, due principi, sostanzialmente corrispondenti a quelli indicati nella pronuncia del 2 marzo 2021, a cui la normativa nazionale avrebbe dovuto adeguarsi: da una parte, la necessità che la conservazione e l'accesso ai dati relativi al traffico telefonico fossero finalizzati alla lotta contro la “criminalità grave”, dall'altra, l'essenzialità di un controllo preventivo da parte di un “giudice” o di una “autorità indipendente”.

¹⁰ V. il punto 2 del dispositivo della sentenza 21 dicembre 2016 (C-203/15 e C 698/15). Sulla decisione citata cfr. B. CAROTTI, *La Corte di Giustizia costruisce un ponte tra riservatezza e comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2017, 479 ss., D. MARRANI, *Cybersicurezza e tutela della riservatezza dei dati personali: le decisioni “Breyer” e “Tele2 Sverige” c. “Watson” della Corte di giustizia UE*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 4/2017, 791 ss., F. GUELLA, *“Data retention” e circolazione dei livelli di tutela dei diritti in Europa: dai giudizi di costituzionalità rivolti alla disciplina UE al giudizio della Corte di giustizia rivolto alle discipline nazionali*, in *DPCE online*, 2/2017, 19 ss., G. TIBERI, *Il caso “Tele2 Sverige/Watson”: una “iconica” sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla “data retention”*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, 434 ss.

I problemi posti dalla odierna sentenza della Corte di Giustizia, pertanto, erano già stati sollevati in passato ed affrontati dalla giurisprudenza italiana. In particolare, come vedremo, la Corte di cassazione era stata più volte sollecitata a disapplicare l'art. 132 Codice privacy, in quanto ritenuto contrastante con i principi della Carta dei diritti fondamentali U.E., ovvero, in alternativa, ad effettuare il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, al fine di accertare se gli articoli 7, 8 e 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali UE potessero ostare ad una normativa nazionale, quale quella contenuta nel sopra citato art. 132, che consentisse l'acquisizione e la conservazione del traffico telefonico e telematico per qualsiasi tipo di reato, nonché affidasse il relativo controllo preventivo al pubblico ministero.

Tali richieste non hanno tuttavia mai trovato accoglimento. La Corte di cassazione ha, infatti, sempre affermato la compatibilità della normativa richiamata rispetto a quella europea.

2. Definizione e criteri di individuazione dei c.d. “crimini gravi” nella giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte di Giustizia

La prima questione che la giurisprudenza nazionale si è trovata ad affrontare è stata quella relativa alla compatibilità con la normativa europea, alla luce delle interpretazioni della Corte di Giustizia, di una disciplina nazionale, quale quella prevista dall'art. 132 Codice privacy nel testo previgente, che consentisse l'accesso ai dati relativi al traffico telefonico, nell'ambito di un procedimento penale, senza limitare tale potere ad un catalogo di reati preventivamente individuati in base al requisito della gravità.

In pratica, ci si è domandati se, per non incorrere in violazioni del diritto europeo in materia di riservatezza, fosse necessaria la previsione, da parte del legislatore italiano, di una disciplina analoga a quella contenuta negli artt. 266 c.p.p. e seguenti, che limitasse l'utilizzo delle intercettazioni telefoniche, quale mezzo di ricerca della prova, ad ipotesi di reato tassativamente individuate in base alla tipologia oppure ai limiti di pena.

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 48737/2019, ha affrontato tale questione concludendo per la legittimità della normativa nazionale in virtù di una interpretazione del principio di proporzionalità – utilizzato dalla Giustizia europea come principale criterio per valutare la legittimità dell'invasione nella sfera privata operata tramite l'accesso ai dati - non quale parametro a

cui la normativa nazionale debba adeguarsi in astratto, fornendo quindi un elenco tassativo di fattispecie di reato per cui l'acquisizione dei tabulati telefonici sia consentita, bensì come criterio di valutazione in concreto.

Specificamente, secondo la condivisibile ricostruzione effettuata dalla Corte di cassazione, affinché la disciplina nazionale possa ritenersi compatibile con i parametri europei, e in particolare con la direttiva 2002/58, così come interpretata dalla Corte di Giustizia europea, non è necessario che contenga un elenco tassativo di reati ritenuti, in astratto, sufficientemente gravi da giustificare l'intromissione nella sfera privata, ma è sufficiente che venga, al contrario, compiuta una valutazione in concreto, caso per caso, dell'effettiva proporzione tra la gravità dell'ingerenza nel diritto fondamentale che l'accesso ai dati ha determinato e la gravità del reato oggetto d'indagine.

Tali conclusioni trovano il loro fondamento proprio in una recente decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia europea, datata 2 ottobre 2018, (causa C – 207/16), avente ad oggetto una questione pregiudiziale promossa dall'autorità giudiziaria spagnola nell'ambito di un procedimento avviato dal pubblico ministero spagnolo avverso la decisione del giudice che, ritenendo il reato per cui si procedeva non grave, aveva rifiutato l'accesso ai dati personali¹¹.

Con questa decisione, la Corte di Giustizia ha approfondito e delimitato il requisito della "gravità della violazione", poco sviscerato nella precedente sentenza "Tele2", fornendo una interpretazione che prende le mosse dalla formulazione letterale dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, che consente l'accesso ai dati relativi al traffico da parte dell'autorità pubblica con l'obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento dei "reati" in generale, senza limitare tale obiettivo alla lotta contro i soli reati gravi¹².

Tenuto conto di tale dato letterale, la Corte ha poi operato una distinzione, basata sull'intensità della limitazione imposta al diritto fondamentale: maggiore è il quantitativo di informazioni

¹¹ Con la questione pregiudiziale sollevata nella causa C-207/16 l'Audencia Provincial de Terragona (Corte provinciale di Terragona) ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «1) *Se la soglia di sufficiente gravità dei reati, quale criterio che giustifica l'ingerenza nei diritti fondamentali riconosciuti dagli articoli 7 e 8 della Carta, possa essere individuata prendendo in considerazione unicamente la pena irrogabile per il reato oggetto di indagini o se sia inoltre necessario rilevare nella condotta criminosa particolari livelli di lesività nei confronti dei beni giuridici individuali e/o collettivi.* 2) *Qualora la determinazione della gravità del reato sulla sola base della pena irrogabile risultasse conforme ai principi costituzionali dell'Unione, applicati dalla Corte nell'ambito della sentenza [dell'8 aprile 2014, Digital Rights Ireland e a., C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238], quali parametri di controllo rigoroso della direttiva [2002/58], quale dovrebbe essere tale soglia, e se essa risulti compatibile con una previsione generale di un limite di tre anni di reclusione».*

¹² V. in tal senso il punto 53 della pronuncia della Corte di Giustizia datata 2 ottobre 2018 (causa C-207/16).

acquisite tramite l'analisi dei dati sul traffico, più grave deve essere il reato che si intende perseguire. Pertanto, l'accesso da parte dell'autorità pubblica avente ad oggetto dati personali che *“considerati nel loro insieme, consentono di trarre conclusioni precise sulla vita privata delle persone i cui dati sono oggetto di attenzione”* possono giustificarsi solo se finalizzati alla lotta contro la criminalità grave. Infatti, afferma la Corte: *“In conformità al principio di proporzionalità (..) una grave ingerenza può essere giustificata, in materia di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di un reato, solo da un obiettivo di lotta contro la criminalità che deve essere qualificata come «grave». Al contrario, qualora l'ingerenza che comporta tale accesso non sia grave, detto accesso può essere giustificato da un obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di un «reato» in generale”*¹³.

In sostanza, in base all'interpretazione adottata dalla sopra menzionata pronuncia della Corte di Giustizia e condivisa dalla Corte di cassazione italiana, il principio di proporzionalità – criterio fondamentale al fine di valutare la liceità della normativa interna in tema di limitazioni alla riservatezza – non si concretizza in un obbligo per gli stati membri di prevedere in via preventiva ed astratta una elencazione di reati gravi per i quali, in via esclusiva, si possano conservare ed acquisire i dati relativi al traffico telefonico ed informatico, ma deve, invece, intendersi quale criterio primario per la valutazione in concreto – nel singolo caso di specie – della correttezza del bilanciamento operato fra esigenza investigativa nell'ambito del procedimento penale e limitazione del diritto fondamentale¹⁴.

Questa valutazione, secondo la condivisibile opinione della Corte di cassazione, non potendo essere operata in via preventiva ed in modo rigido, ma, dovendo, al contrario, essere adeguata alle peculiarità del caso concreto, non può che essere rimessa alla prudente valutazione del P.M. (individuato quale autorità giudiziaria competente dall'art. 132 Codice privacy previgente) nonché, laddove nel successivo giudizio si faccia questione della legittimità dell'acquisizione di tali dati, a

¹³ V. in tal senso i punti 54, 55 e 56 della pronuncia della Corte di Giustizia datata 2 ottobre 2018, (causa C-207/16), corsivi nostri.

¹⁴ Nell'affrontare la questione relativa alla causa C-207/16, la Corte di Giustizia opera essa stessa la valutazione sulla proporzionalità in concreto ritenendo che, riguardando la domanda di accesso da parte della polizia giudiziaria dei dati che, consentendo unicamente di collegare, nel corso di un determinato periodo, la o le carte SIM attivate con il telefono cellulare rubato con l'identità dei titolari delle carte SIM, non determinasse una ingerenza grave e pertanto dovesse ritenersi giustificata dall'obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di “reati” in generale, di cui all'art. 15 par. 1 primo periodo della direttiva 2002/58, senza che la necessità che tali reati fossero qualificati come “gravi” (punti dal 59 al 61 della sentenza del 2 ottobre 2018).

quella del giudice, che verificherà se il menzionato requisito di proporzione possa dirsi soddisfatto al fine di ritenere o negare l'utilizzabilità processuale dei dati medesimi ai sensi dell'art. 191 c.p.¹⁵.

Tali conclusioni appaiono valide anche a seguito della più recente sentenza della Corte di Giustizia, che nulla aggiunge sul tema, ponendosi in continuità con la giurisprudenza precedente.

Ed infatti, la Corte di Giustizia con la sentenza del 2 marzo 2021 si è limitata a fornire un ulteriore elemento di specificazione ai fini della valutazione di proporzionalità, qualificando come “grave ingerenza nei diritti fondamentali” l'accesso, da parte delle autorità pubbliche, ad un “insieme di dati relativi al traffico o all'ubicazione dell'utenza”, suscettibili di fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate dall'utente ovvero sull'ubicazione delle apparecchiature utilizzate da quest'ultimo, qualora l'insieme di questi dati consenta di trarre conclusioni precise sulla vita privata delle persone, come le abitudini di vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o le relazioni sociali. Ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale viene richiesto l'accesso a tali dati.

Pertanto, affinché possa ritenersi rispettato il principio di proporzionalità, l'accesso ad un insieme di dati del tipo sopra menzionato è compatibile con la disciplina europea solo laddove sia finalizzato alla lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica.

Il riferimento all' “insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione” compiuto dalla Corte di Giustizia, sia nella motivazione che nel dispositivo della sentenza, non solo avvalorava la tesi della liceità di una normativa statale che affidi il controllo sulla proporzionalità all'autorità giudiziaria¹⁶, ma sembra favorire una simile possibilità. Ed infatti, l'accertamento relativo alla quantità delle informazioni ricavabili dall'insieme dei dati per cui si chiede l'accesso non può che

¹⁵ In senso analogo, Cass. sent. n. 5740/2020 con cui la Corte, esaminando in concreto il requisito della gravità, lo ritiene sussistente nel caso di specie (trattandosi di un contesto di indagini di criminalità organizzata), ritenendo, di conseguenza, legittimi ed utilizzabili i dati del traffico acquisiti; v. il punto 2.2. (ultima parte) del considerato in diritto.

¹⁶ V. Corte di Cass. sent. n. 48737/19, punto 3.8 del considerato in diritto in cui la Corte specifica che “la mancata indicazione, nell'art. 132 cod. privacy, di parametri cui informare il giudizio di proporzionalità non rischia di renderlo arbitrario poiché dalla legislazione processuale sono ricavabili utili criteri, venendo in particolare modo in rilievo, (...), la previsione contenuta nell'art. 266, co. 1 lett. a) c.p.p. Nel prevedere - in omaggio, peraltro al disposto di cui all'art. 15 Cost. - le garanzie per la limitazione del diritto costituzionalmente tutelato alla segretezza delle comunicazioni, bilanciandolo con la necessità del ricorso all'invasivo strumento delle intercettazioni ai fini dell'acquisizione della prova, il legislatore, al di là della indicazione di specifiche ipotesi di reato rispetto alle quali si è comunque ammesso detto atto di indagine, ha in via generale ritenuto possibile procedervi nei procedimenti relativi a delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore a cinque anni. Trattandosi di un'ingerenza nel diritto alla vita privata certamente più marcata e pregiudizievole rispetto a quella della mera acquisizione dei dati di traffico telefonico, quest'ultima attività ben può ritenersi consentita, in via generale, per reati puniti meno gravemente”.

essere compiuta in concreto: qualora i dati, complessivamente considerati, per il numero e per l'incisività, consentano di acquisire informazioni particolarmente invasive della sfera privata dell'individuo si dovrà valutare, caso per caso, in base al tipo di reato che si deve accertare, se un simile accesso sia o meno proporzionato rispetto alle esigenze di giustizia.

Inoltre, deve evidenziarsi come sia la stessa Corte europea ad attribuire alla normativa nazionale la competenza ad individuare le regole relative all'ammissibilità e alla valutazione, nell'ambito del procedimento penale, di informazioni ed elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati, contrario al diritto dell'Unione, spettando, poi, al giudice penale nazionale il compito di escludere le informazioni e gli elementi di prova illegittimi¹⁷.

3. I soggetti legittimati ad autorizzare l'accesso ai dati relativi al traffico telefonico: ruolo e natura del Pubblico ministero nell'ordinamento nazionale

I soggetti legittimati ad autorizzare l'accesso ai dati relativi al traffico telefonico sono stati individuati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel "giudice" e nella "autorità amministrativa indipendente".

Il riferimento alla nozione di "giudice" ha da subito determinato dei dubbi in merito alla compatibilità della disciplina di cui all'art. 132 Codice privacy (nel testo vigente fino all'emanazione del recente decreto legge n. 132/21), che subordinava l'accesso ai dati relativi al traffico telefonico e telematico ad un decreto motivato del P.M., con il diritto europeo. Tuttavia, sin dalle prime pronunce sul tema, la Corte di cassazione ha posto in evidenza le peculiarità del ruolo del Pubblico ministero italiano, individuato dall'ordinamento come l'autorità giudiziaria competente per la fase delle indagini preliminari, rispetto a quello svolto dalla Pubblica accusa negli altri ordinamenti europei.

In primo luogo, la Corte di cassazione ha evidenziato la non corrispondenza fra il lessico usato dalla Corte nella decisione originaria e quello usato nella traduzione della sentenza: il termine francese "*jurisdiction*" e quello inglese "*court*" si riferiscono alla magistratura nel complesso,

¹⁷ Cfr. i punti da 41 a 44 della sentenza della Grande Sezione della Corte europea di Giustizia del 2 marzo 2021.

comprensiva sia del giudice che del pubblico ministero¹⁸. In secondo luogo, la giurisprudenza nazionale ha posto l'accento sulle differenze fra il Pubblico ministero italiano, che, al pari del giudice, svolge le proprie funzioni in totale autonomia ed indipendenza, essendo sottoposto solo alla legge, e quello di altri ordinamenti, quale quello francese (e quello estone), che invece inseriscono il Pubblico ministero all'interno di un sistema gerarchico al cui vertice si trova il Ministro della Giustizia. Infine, ha precisato la Corte, tale configurazione del sistema giudiziario italiano risulta in linea con un processo di tipo accusatorio, nel quale, nel corso delle indagini preliminari, è il Pubblico ministero l'autorità giudiziaria che procede, ed in cui il potere investigativo, nelle forme e con i limiti previsti dalla legge, è esteso anche alla difesa¹⁹.

Al fine di verificare se tali conclusioni siano ancora valide, è necessario analizzare le argomentazioni addotte dalla Corte di Giustizia nella motivazione relativa alla terza questione pregiudiziale sollevata dal Giudice estone.

Nell'ultima decisione la Corte europea ribadisce l'esigenza, ai fini di un legittimo accesso ai dati del traffico telefonico conservati, di un controllo preventivo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente, su richiesta motivata della "autorità nazionale competente", in particolare nell'ambito di procedure di prevenzione o di accertamento di reati ovvero nel contesto di azioni penali esercitate. In caso di urgenza debitamente giustificata, il controllo deve intervenire entro termini brevi²⁰. Tale controllo, prosegue la Corte, deve essere svolto da un soggetto che garantisca una conciliazione dei diversi interessi e diritti in gioco e che sia in grado di assicurare un giusto equilibrio, da un lato, tra gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone coinvolte.

Tale finalità, secondo il Giudice europeo, non sembra compatibile con la figura del Pubblico ministero in quanto soggetto coinvolto nell'indagine penale e deputato ad esercitare, se del caso, l'azione penale. In base a tale argomentazione, la circostanza che il P.M. sia tenuto, conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze ed il suo *status*, a verificare gli elementi a carico e

¹⁸ Vedi in tal senso Cass. pen. sentenze nn. 3385/2018 e 36380/2019.

¹⁹ Cfr. Cass. sent. n. 36380 del 2019, punto 3.7 del considerato in diritto. Su tale sentenza cfr. I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *Sistema penale*, 13 maggio 2020, L. LUPARIA, *Data retention e processo penale: un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Diritto di internet*, 2019, 753 ss.

²⁰ Cfr. punto 51 della sentenza della Corte di Giustizia europea del 2 marzo 2021.

quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento non può essere sufficiente per conferirgli lo *status* di terzo rispetto agli interessi in gioco ed a garantirne l'equilibrio.

Le argomentazioni adottate dalla Corte di Giustizia, a parere di chi scrive, non possono, tuttavia, essere automaticamente trasposte all'interno dell'ordinamento italiano, dovendosi necessariamente considerare le differenze esistenti fra la figura del Pubblico ministero estone e quello italiano.

In primo luogo, la legge estone configura il Pubblico ministero come una autorità soggetta alla sfera di competenza del Ministero della Giustizia, avente il compito di pianificare le misure di sorveglianza necessarie per la lotta e l'accertamento dei reati, dirigere la fase istruttoria – assicurandone legittimità ed efficacia – nonché di rappresentare la pubblica accusa in giudizio²¹. A differenza del Pubblico Ministero italiano, pertanto, quello estone, pur essendo indipendente e dovendo agire conformemente alla legge nell'esercizio delle proprie funzioni, si configura come una istituzione incardinata all'interno del Ministero della Giustizia.

Come è noto, nell'ordinamento italiano il P.M. si qualifica come “un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere”²², che non fa valere interessi particolari, ma “agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge”²³. Ciò in quanto, il pubblico ministero,

²¹ Cfr. l'art. 1 della *prokuratuuriseadus* (legge relativa al pubblico ministero RT I 1998, 41, 625; RT I, 06.07.2018, 20).

²² Cfr. Corte cost. sent. n. 88 del 1991, su cui v. E. AMODIO – N. GALANTINI, *Sulla incostituzionalità del giudizio immediato custodiale*, in *Penale contemporaneo*, 3/2013, 43 ss., F. FALATO, *L'azione penale verso le nuove misure d'indagine europee (Metodo e contenuti di una categoria dommatica rivisitata alla luce dell'entrata in funzionamento della Procura europea tra fisiologie regolamentari e difetti della legge delega)*, in *Archivio penale*, 3/2020, A. FASONE, *Svolgimento delle funzioni pubbliche ed esercizio della giurisdizione: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *La giustizia penale*, 2010, III, 583 ss., G.M. FLICK, *Dall'oblio alla memoria: o viceversa? Divulgazioni sulla prescrizione*, in *Cassazione penale*, 3/2021, 894 ss., L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, 2/1992, I, 249 ss., M. ROCA, *Archiviazione, non luogo a procedere e dovere di completezza delle indagini nella sentenza della Corte cost. n. 88/91*, in *La giustizia penale*, 6/1992, 184 ss., C. VALENTINI, *Obbligatorietà dell'azione penale, patologie delle prassi e mancanza di controlli*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2020, 1023 ss.

²³ Cfr. Corte cost. sent. n. 190 del 1970, su cui v. N. CARULLI, *Corte costituzionale, autorità giudiziaria, potere legislativo: trilogia sulla parità partecipativa del P.M. e del difensore*, in *Foro penale*, 1970, 477 ss., M. CHIAVARIO, *Un salto qualitativo (... con cautela) nella giurisprudenza della Corte costituzionale: l'interrogatorio istruttorio e la presenza del difensore*, in *Giur. cost.*, 1970, 2180 ss., G.M. FLICK, *Costituzione e processo tra principio di ragionevolezza e uno sguardo verso l'Europa*, in *Questione giustizia*, 1/2010, 9 ss., I. SCORDAMAGLIA, *Ruolo e funzioni del pubblico ministero nel giusto processo*, in *Rivista penale*, 1/2013, 1 ss. V. in senso analogo anche Corte cost. sent. n. 96 del 1975.

analogamente al giudice, appartiene alla magistratura ordinaria, ed è pertanto sottoposto alle medesime garanzie di autonomia ed indipendenza previste dall'art. 104 Cost.

Tuttavia, oltre ad una indipendenza istituzionale, il Pubblico ministero italiano gode altresì di una posizione di indipendenza nell'esercizio della funzione di direzione delle indagini, che lo distingue dalla "Pubblica accusa" così configurata all'interno degli altri ordinamenti europei, tra cui quello estone.

Infatti, il P.M. - quantomeno inteso quale Ufficio di Procura – nello svolgimento della propria attività giudiziaria è soggetto solo alla legge e tale indipendenza è costituzionalmente garantita, oltre che dall'art. 101, co. 2 Cost.²⁴, dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, previsto dall'art. 112 Cost., che impone al pubblico ministero di esercitare l'azione penale laddove ricorrano i presupposti di legge e si realizzi una condotta illecita, senza possibilità di compiere alcuna selezione discrezionale o di opportunità.

L'obbligatorietà dell'azione penale in capo al pubblico ministero costituisce, dunque, uno dei principi cardine dell'ordinamento costituzionale italiano e "concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale"²⁵. All'interno di tale assetto costituzionale, il pubblico ministero assume, perciò, una connotazione del tutto peculiare rispetto agli altri ordinamenti europei, ricoprendo, perlomeno nella fase delle indagini, non il ruolo di mera parte processuale, bensì di autorità giudiziaria deputata a garantire il rispetto della legalità nel corso delle indagini.

Anche la Corte costituzionale, in alcune note pronunce²⁶, ha evidenziato come il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale accentui l'esigenza di garantire l'indipendenza del P.M., trattandosi dell'autorità a cui viene riservata la potestà investigativa, sottratta invece al magistrato giudicante. Il ruolo del P.M., infatti, non è quello di mero accusatore, ma pur sempre di organo di

²⁴ Sull'applicabilità dell'art. 101 Cost. al Pubblico ministero, vedi fra gli altri: R. ROMBOLI, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale* in S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, (Testi e questioni di) *Ordinamento giudiziario e forense*, 307 ss.; C. SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in A. PACE, S. BARTOLE, R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli, 2010, 189 ss.; V. CAVALLARI, *Il pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*, in A.A.V.V., *La riforma del pubblico ministero*, Milano, 1974, 148 ss.

²⁵ Cfr. Corte cost. sent. n. 84 del 1979, su cui v. le considerazioni di S. BARTOLE, *Prospettive nuove in tema di Pubblico Ministero?*, in *Giur. cost.*, 1979, 871 ss.

²⁶ V. Corte cost. sent. n. 88 del 1991, punto 2 del considerato in diritto.

giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato.

A differenza della pubblica accusa estone, pertanto, il pubblico ministero nell'ordinamento italiano non si limita a valutare gli elementi di prova a carico e a discarico dell'imputato, ma ha l'obbligo di ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato, potendo anche richiedere, a conclusione delle indagini, l'archiviazione del procedimento ex art. 408 c.p.p.²⁷.

Dunque, a ben vedere, nella fase delle indagini preliminari il P.M., oltre a godere del requisito dell'imparzialità, è anche dotato di una terzietà sufficiente ed idonea a garantire quel giusto equilibrio tra gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, richiesto dal diritto europeo.

Ciò vale ancor di più se si considera che la Corte di Giustizia ritiene legittimo il controllo operato non da un giudice, ma da "una entità amministrativa indipendente che goda uno *status* che le consenta di agire nell'assolvimento dei propri compiti in modo obiettivo ed imparziale e deve, a tale scopo, essere al riparo da qualsiasi influenza esterna"²⁸.

Il P.M., infatti, nel momento in cui autorizza l'accesso ai dati relativi al traffico telefonico, assume una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento ponendosi esclusivamente quale garante del principio di legalità nella ricerca della prova e non quale mero investigatore.

È proprio l'indipendenza del controllo operato dal P.M., dunque, a giustificare una previsione legislativa nazionale quale quella di cui all'art. 132 Codice privacy previgente, che consentiva l'adozione del decreto motivato anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private.

Ancor più, i principi costituzionali di cui agli artt. 104, 101, co. 2 e 112 Cost. trovano una concreta applicazione nei commi 4-ter, quater e quinquies del già citato art. 132 (ancora vigente in quanto non modificato dal recente decreto legge), con i quali si prevede la possibilità per il Ministero dell'Interno o, su sua delega, per i responsabili degli uffici centrali specialistici in materia

²⁷ V. Corte cost. sent. n. 88 del 1991 ed in tal senso anche l'ordinanza del Tribunale di Milano, sez. VII del 22 aprile 2021.

²⁸ Cfr. il punto 53 della sentenza della Corte di Giustizia del 2 marzo 2021, C-746/18.

informatica o telematica della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, o altri soggetti individuati, di ordinare ai fornitori ed agli operatori di servizi telefonici, informatici o telematici di conservare alcuni dati per finalità di prevenzione, accertamento o repressione di specifici reati, salva la necessità di convalida dell'ordine dato da parte del P.M., che deve intervenire, se ne ricorrano i presupposti, entro il termine di 48 ore.

Il P.M. assume, infatti, una posizione di "terzietà", in quanto autorità giudiziaria competente a svolgere il controllo preventivo sulla legittimità dell'accesso ai dati anche al di fuori di uno specifico procedimento penale ed al fine, non solo di accertare e reprimere il reato, ma anche di prevenirne la commissione, proprio in virtù di quelle norme costituzionali che configurano il P.M. come autorità giudiziaria indipendente e, quantomeno in fase di indagine, terza.

In conclusione, non può dubitarsi, a parere di chi scrive, che il P.M., così come delineato dell'ordinamento costituzionale italiano, goda di tutte le garanzie di indipendenza e terzietà richieste dalla Corte di Giustizia, necessarie a garantire un corretto e lecito bilanciamento fra il diritto fondamentale alla riservatezza e l'esigenza di prevenire, accertare e reprimere i reati.

4. Gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia del 2 marzo 2021 (C-746/18) nell'ordinamento nazionale

Le interpretazioni fornite dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 2 marzo 2021 hanno prodotto molte incertezze tra gli operatori direttamente coinvolti, in quanto, se da un lato la pronuncia del Giudice europeo ha investito una normativa diversa da quella italiana, dall'altro tra i giudici nazionali, tenuto conto delle problematiche sinora esposte, vi è chi ha ritenuto di poter continuare ad applicare l'art. 132 Codice privacy previgente, quantomeno fino ad un nuovo intervento del legislatore (che puntualmente è avvenuto), e chi, invece, rinvenendo un contrasto con i principi europei in materia di riservatezza, ha ritenuto (anche in assenza di un intervento legislativo) di dover disapplicare la disciplina nazionale.

Specificamente, la maggior parte degli Uffici di Procura, in mancanza di un intervento legislativo *ad hoc*, ha proseguito ad autorizzare l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico tramite decreto motivato; altri Uffici, al contrario, ritenendo di dover applicare direttamente ed immediatamente i principi affermati dalla Corte europea, hanno provveduto a richiedere

l'autorizzazione all'acquisizione dei dati al giudice procedente. Parallelamente, i Giudici per le indagini preliminari, investiti delle eventuali richieste di autorizzazione, hanno dovuto decidere se pronunciarsi sulle istanze proposte dagli Uffici di Procura ovvero dichiarare la propria incompetenza e, conseguentemente, il "non luogo a provvedere".

Come è noto, la normativa europea "entra e permane in vigore" nel territorio nazionale senza che i suoi effetti possano essere intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; tale principio si applica, oltre che alla disciplina prodotta dagli organi dell'Unione europea, immediatamente e direttamente applicabile, anche per le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia²⁹.

In conseguenza di tale principio, il giudice che si trovi a dover individuare la norma da applicare al caso di specie, laddove rilevi un contrasto fra la norma interna e quella comunitaria, così come risultante dall'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, deve necessariamente applicare la norma europea, disapplicando quella interna.

Ed infatti, anche la Corte di cassazione ha più volte affermato che "le statuizioni interpretative della Corte di Giustizia delle Comunità Europee hanno, *al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili*, operatività immediata negli ordinamenti interni" in quanto "l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia, interprete qualificato del diritto UE, ha efficacia *ultra partes*, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione UE", va attribuito "il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità"³⁰. Ciò perché l'interpretazione di una norma di diritto UE fornita dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee si limita a chiarire ed a precisare il significato e la portata della norma stessa, così come essa avrebbe dovuta essere interpretata sin dal momento della sua entrata in vigore, con la conseguenza che la norma interpretata - *purché dotata di efficacia diretta* (in quanto dalla stessa i

²⁹ Cfr. Corte cost. sent. n. 113/1985 che riprende le note sentenze n. 170/84 e n. 48/1985. In senso analogo le successive decisioni della Corte cost. nn. 132/90, 168/91 e 62/03. Sulla sent. n. 113/85 v. M. BELLOCCI, *Sul nuovo orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, in *Giur. it.*, 1986, I, 30 ss., M.R. DONNARUMMA, *Il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle Corti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2010, 407 ss., M.C. FREGNI, *In tema di rimborso di tributi riscossi in violazione delle norme comunitarie*, in *Riv. dir. fin. e sc. delle fin.*, 1/1991, II, 3 ss., R. SCARPA, *Disapplicazione di norme nazionali incompatibili con precetti comunitari e con norme del GATT*, in *Giustizia civile*, 1985, I, 2984 ss., G. SGARBANTI, *Corte costituzionale e Corte di giustizia: un dissidio sanato?*, in *Riv. dir. agrario*, 1987, II, 293 ss.

³⁰ Cfr. Cass. sent. n. 22557/12 che richiama Cass. sentt. nn. 4466/2005 e 17350/2004.

sogetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio) - può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e sviluppatisi prima della sentenza interpretativa, salvo che, in via eccezionale, la stessa Corte - e non il giudice nazionale - abbia limitato gli effetti temporali della propria decisione, al fine di salvaguardare rapporti giuridici costituiti in buona fede ovvero di evitare gravi inconvenienti³¹.

La giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità, ritiene, pertanto, con un orientamento ormai consolidato, che le decisioni interpretative della Corte di giustizia, anche rese su ricorsi in via pregiudiziale, debbano trovare applicazione negli ordinamenti nazionali con efficacia *erga omnes*, nonché retroattivamente, producendo effetti anche sui rapporti sorti precedentemente alla pronuncia.

Applicando tali principi generali al caso di specie, una parte della giurisprudenza ha ritenuto che, anche laddove si fosse ravvisato un conflitto fra l'interpretazione della normativa europea fornita dalla Corte di Giustizia e la disciplina nazionale contenuta nel precedente testo dell'art. 132 Codice privacy, sarebbe comunque stato indispensabile un intervento modificativo del legislatore³².

Al contrario, seguendo una diversa interpretazione, altri giudici hanno disapplicato la disciplina previgente, ritenuta in contrasto con l'interpretazione della direttiva n. 58 del 2002 fornita dalla Corte di Giustizia con la decisione del 2 marzo 2021. Specificamente, il GIP di Roma, a seguito di apposita istanza di autorizzazione all'acquisizione del traffico telefonico presentata dal P.M., richiamando la giurisprudenza sopra menzionata in tema di vincolatività degli effetti prodotti dalle decisioni della Corte di Giustizia, ha evidenziato il sopravvenuto contrasto tra il precedente art. 132, co. 3, D.lgs. 196/2003 e la normativa dell'Unione europea, così come interpretata dal Giudice europeo, nella parte in cui attribuisce la competenza ad emettere il decreto motivato di acquisizione al pubblico ministero anziché al Giudice. Si legge nella motivazione del decreto che “la conseguenza del conflitto è quella della non applicazione della norma interna: non si tratta pertanto di disapplicazione (perché ciò evocherebbe vizi della norma statale in realtà insussistenti) bensì

³¹ Vedi Cass. sent. n. 22557/12 che richiama Cass. sent. n. 5708/09.

³² Vedi i decreti del Gip di Roma Dott. Savio, Dott. Fanelli (28.04.21), nonché il decreto Gip Tivoli Dott.ssa Chiara Miragliai (09.06.21); in senso analogo anche l'orientamento seguito dalla Procura generale della Repubblica di Trento (seduta del 21.04.21) che, pur ritenendo sussistente un contrasto fra l'art. 132, co. 3 D.lgs. 196/2003 e la direttiva 2002/58 CE così come interpretata dalla Corte di Giustizia UE, ha ritenuto, in assenza di un intervento legislativo, di non poter applicare direttamente ed immediatamente i principi elaborati dalla Corte.

della diretta applicazione della prevalente normativa sovranazionale, così come interpretata dalla Corte di Giustizia, in conformità al principio della pluralità degli ordinamenti giuridici costantemente applicato per la soluzione del conflitto tra norma dell'Unione europea e norma statale³³.

Al netto delle considerazioni già esposte, per cui peraltro non sembrava ravvisarsi alcuna incompatibilità della precedente disciplina interna con i principi enucleati dalla Corte di Giustizia, in ogni caso, anche qualora si fosse ritenuto di aderire alla tesi opposta, le argomentazioni adottate dal Gip di Roma nel decreto di acquisizione dei tabulati non sarebbero state comunque condivisibili.

In primo luogo, l'autorità giudiziaria, nel trasporre i principi elaborati dalla Corte costituzionale in tema di efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia, non ha tenuto in conto il presupposto essenziale cui la Consulta ha collegato la prevalenza del diritto europeo su quello nazionale, costituito dall'immediata applicabilità della normativa. Affinché la normativa europea – e di conseguenza la pronuncia della Corte di Giustizia – potesse, infatti, determinare una disapplicazione della normativa interna, era necessario che la prima fosse dotata di una specificità e di una completezza tale, nel suo contenuto, da poter essere applicata immediatamente e direttamente all'interno dell'ordinamento nazionale, senza alcun intervento da parte dello Stato membro; requisiti, questi, che sono posseduti esclusivamente dai regolamenti comunitari e dalle direttive c.d. *self-executing*³⁴.

La direttiva 2002/58/CE non era (e non è) certamente dotata di tali requisiti: ciò risulta evidente, da un lato, dall'avvenuta adozione, da parte degli stati membri, di normative di attuazione molto diverse fra di loro, idonee, perciò, a dimostrare la sussistenza di un ampio spazio di discrezionalità lasciato dalla direttiva alla legislazione nazionale; dall'altro, dalla lettura della stessa decisione della Corte di Giustizia. Infatti, la Corte europea afferma che “spetta al diritto nazionale stabilire le condizioni alle quali i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche devono accordare alle

³³ V. il decreto di acquisizione dei tabulati del Gip di Roma del 25 aprile 2021, Dott. L. Sabatini.

³⁴ In tema di direttive *self executing* si vedano le decisioni della corte di Giustizia europea del 25.05.1993 (C-193/91), del 22.06.1989 (C-103/88), nonché Cass. civ. sent. n. 13087/2011, che richiama Cass. civ. sentt. nn. 13849/04, 5680/04, 16876/03.

autorità nazionali competenti l'accesso ai dati di cui essi dispongono"³⁵, individuando poi nel prosieguo della decisione i principi a cui la normativa interna debba conformarsi.

La disapplicazione del previgente art. 132 Codice privacy determinava pertanto un vuoto normativo sicuramente non colmabile attraverso l'applicazione della decisione della Corte di Giustizia, che non aveva indicato né quali fossero "le gravi forme di criminalità" che giustificassero la limitazione del diritto alla riservatezza né quale dovesse essere l'autorità giudiziaria competente ad autorizzare l'accesso ai dati³⁶.

Non pare condivisibile, a tal fine, l'interpretazione secondo cui poteva darsi applicazione in via analogica alla disciplina contenuta negli artt. 266 e ss. c.p.p. in tema di intercettazioni, in quanto ciò avrebbe determinato un contrasto con il dettato dell'art. 15 Cost., che, annoverando la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione tra i diritti inviolabili, prevede la possibilità di limitazioni esclusivamente attraverso un atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge. La riserva di legge imposta dalla norma costituzionale risulta, pertanto, assolutamente incompatibile con l'applicazione analogica³⁷ di una disciplina limitativa del diritto alla riservatezza quale quella in materia di intercettazioni telefoniche, da considerarsi norma eccezionale – e come tale da applicarsi solo nei casi e nei tempi previsti dalla norma (art. 14 preleggi) - in quanto limitativa di un diritto personale di natura inviolabile³⁸.

³⁵ Cfr. il punto 48 della sentenza della Corte di Giustizia del 2 marzo 2021.

³⁶ In via interpretativa i magistrati chiamati a pronunciarsi su tale questione hanno ritenuto di poter rinvenire nel Giudice per le indagini preliminari l'autorità giudiziaria competente, in quanto "giudice che procede" nel senso di cui all'art. 279 c.p.p. (decreto del Gip Roma – Dott. Savio).

³⁷ Sulla questione vedi F. RINALDINI, *Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della Corte di giustizia nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l'intervento del legislatore*, in *Giurisprudenza penale web*, 2021, 5.

³⁸ Cfr. Corte cost. sent. n. 366/1991 in cui al punto 3 del considerato in diritto la Corte afferma: "Sin dalla sentenza n. 34 del 1973, questa Corte ha affermato che la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono un diritto dell'individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali, tanto da essere espressamente qualificato dall'art. 15 della Costituzione come diritto inviolabile. (...). In base all'art. 15 della Costituzione, lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria". Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 366/91 v. M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2021, 91 ss., L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista Aic*, 1/2021, G. DE AMICIS, *Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma*, in

Ulteriore perplessità in ordine alla compatibilità con la riserva di legge di cui art. 15 Cost. sono poi sorte con riferimento alla direttiva adottata dalla Procura distrettuale della Repubblica di Catania. Infatti, con tale provvedimento, avente efficacia meramente interna, la Procura distrettuale ha autonomamente “creato” e disciplinato un procedimento per l’acquisizione dei dati del traffico differente rispetto a quello – in quel momento - previsto dal legislatore, da applicarsi in sostituzione a quest’ultimo. La direttiva aveva stabilito, in particolare, che il P.M. dovesse inoltrare una richiesta di acquisizione dei dati al Giudice per le indagini preliminari, unico legittimato ad autorizzarla; nei casi di particolare urgenza, il P.M., dopo aver disposto direttamente l’acquisizione, avrebbe provveduto a richiedere la convalida del provvedimento al Gip nel più breve tempo possibile. Tale procedimento si applicava a tutti i reati, non solo per quelli più gravi di cui all’art. 266 c.p.p., salva la possibilità di valutarne la gravità secondo i criteri dell’art. 133 c.p.

Alcuni dubbi di costituzionalità si sarebbero posti (ma non è stata questa la scelta del legislatore) anche con riferimento ad un eventuale intervento legislativo che avesse esteso la normativa prevista per le intercettazioni telefoniche al procedimento per l’acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico.

Infatti, se è pur vero che la Corte costituzionale ha più volte affermato che l’ampiezza della tutela accordata dall’art. 15 Cost. è tale da ricomprendere non soltanto la segretezza del contenuto, ma anche quella relativa all’identità dei soggetti e ai riferimenti di tempo e di luogo della comunicazione stessa, non può non evidenziarsi come la Consulta abbia comunque ritenuto legittima la scelta del legislatore di individuare regole processuali differenti per l’acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico e per le intercettazioni delle conversazioni telefoniche, tenuto conto dei diversi elementi di conoscenza alla cui acquisizione le due misure sono rispettivamente finalizzate e le differenti esigenze investigative che le stesse mirano a soddisfare³⁹. Per tali ragioni, ha affermato la Corte, la disciplina di cui agli artt. 266 c.p.p. e ss. risulta “*modellata con riferimento esclusivo all’intercettazione del contenuto delle conversazioni e delle comunicazioni e non è pertanto estendibile ad istituti diversi, quale l’acquisizione a fini probatori di notizie riguardanti il mero fatto storico dell’avvenuta comunicazione telefonica. Invero la disciplina applicabile all’acquisizione dei “tabulati”, nei cui confronti opera la tutela che l’art. 15 Cost. appresta alla*

Cassazione penale, 10/2020, 3256 ss., G.G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell’uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Il Foro it.*, 12/1992, I, 3257 ss.

³⁹ Cfr. Corte cost. sent. n. 81 del 1993 e sent. n. 38/2019.

libertà e alla segretezza di ogni forma di comunicazione, va ricercata (...) nell'art. 256 cod. proc. pen., relativo al dovere di esibizione all'autorità giudiziaria di documenti riservati o segreti; disciplina alla quale sono peraltro sottese le irrinunciabili garanzie stabilite dall'art. 15, secondo comma, Cost., secondo cui la libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione possono essere limitate solo con atto dell'autorità giudiziaria, sorretto da adeguata e specifica motivazione"⁴⁰.

Ed allora, alla luce di tali principi, l'applicazione della stringente disciplina prevista per le intercettazioni delle conversazioni telefoniche anche all'acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico potrebbe ritenersi in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, in virtù della minore incisività sul diritto alla riservatezza dell'acquisizione delle informazioni relative al traffico telefonico rispetto alla captazione del contenuto delle conversazioni stesse. Infatti, il legislatore, nel disciplinare tali ipotesi, deve sempre compiere un complesso bilanciamento fra due valori costituzionali: il diritto dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni, riconosciuto come inviolabile dagli artt. 2 e 15 Cost., e l'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono⁴¹.

Al fine di chiarire le incertezze sorte a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, il Tribunale di Rieti ha richiesto alla Corte di Giustizia europea una pronuncia pregiudiziale relativamente alle seguenti questioni: 1) se l'art. 15, par. 1 della Direttiva 2002/58 debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, quale quella prevista dall'art. 132, co. 3 D.lgs. 196/2003 che renda il pubblico ministero, organo dotato di piene e totali garanzie di indipendenza ed autonomia come previsto dalle norme del Titolo IV della Costituzione italiana, competente a disporre, mediante decreto motivato, l'acquisizione dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione ai fini di una "istruttoria penale"; 2) nel caso in cui alla prima domanda sia data risposta negativa, se sia possibile fornire ulteriori chiarimenti interpretativi riguardanti una eventuale applicazione irretroattiva dei principi stabiliti nella sentenza del 2 marzo 2012, C- 746/18, tenuto conto delle preminenti esigenze di certezza del diritto nell'ambito della prevenzione, accertamento e contrasto di gravi forme di criminalità o minacce alla sicurezza; 3) se l'art. 15, par. 1 della Direttiva 2002/58 debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa

⁴⁰ Cfr. Corte cost. sentt., nn. 28/1998 e 81 del 1993, corsivi nostri.

⁴¹ Vedi Corte cost. sent. n. 281 del 1998, che richiama le precedenti sentt. nn. 366 del 1991, 63 e 463 del 1994.

nazionale prevista dall'art. 132, co. 3 del d.lgs. 196/2003, letto alla luce dell'art. 267, co. 2 c.p.p., la quale consenta al Pubblico ministero in casi di urgenza l'immediata acquisizione dei dati del traffico telefonico con successivo vaglio e controllo del Giudice procedente⁴².

Nonostante la scelta da parte del Tribunale di Rieti fosse da condividersi, in quanto finalizzata alla risoluzione dei contrasti giurisprudenziali in merito alla sussistenza o meno di una incompatibilità fra la normativa nazionale, come interpretata finora dalla Corte di cassazione, e i principi enucleati dalla Corte europea, non sarebbe stata di per sé sufficiente a risolvere le eventuali problematiche derivanti da una dichiarazione di incompatibilità da parte della Corte di Giustizia in assenza di un intervento legislativo nazionale.

Infatti, in una simile ipotesi si sarebbe determinato un vuoto normativo che il giudice, da solo, non avrebbe potuto in alcun modo riempire.

Al più, in mancanza di una modifica legislativa, il giudice, chiamato ad applicare l'art. 132 Cod. privacy nel testo previgente, avrebbe potuto proporre una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale. Tale soluzione - laddove si fosse ritenuto effettivamente sussistente un contrasto fra normativa nazionale e principi dell'Unione europea - sarebbe stata, infatti, la più adeguata in quanto l'unica potenzialmente in grado di evitare la paralisi dei procedimenti penali in corso.

La giurisprudenza costituzionale, infatti, ha recentemente ampliato il proprio spazio di intervento, ritenendo di poter esaminare nel merito le questioni anche quando vi sia una pluralità di alternative possibili per rimediare al vizio di costituzionalità e, di conseguenza, di poter superare il limite delle "rime obbligate"⁴³, adottando così una sentenza additiva anche laddove manchi una

⁴² Vedi ordinanza di domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea adottato dalla Sez. Penale del Tribunale di Rieti in data 04.04.2021.

⁴³ Sulle sentenze manipolative e sulle c.d. rime obbligate cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, 1707 ss., L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 562 ss. e ID., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981- luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 299 ss., A. GUARINO, *Le sentenze costituzionali "manipolative"*, in *Studi in onore di Giacchino Scaduto*, Padova, 1979, 353 ss., G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1684 ss., G. BRANCA, *L'illegittimità parziale nelle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV. *La giustizia costituzionale*, G. MARANINI (a cura di), Firenze, 1966, 57 ss., C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, 153 ss., F. MODUGNO - P. CARNEVALE, *Sentenze additive, "soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta addizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, I, 519 ss., C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970, II, 1131 ss., A. SANDULLI, *Il giudizio sulle*

“soluzione costituzionalmente obbligata”, purché la decisione possa poggiarsi su previsioni normative già presenti nell’ordinamento e già rinvenibili nello specifico settore oggetto del giudizio⁴⁴.

Nel caso di specie, la normativa di riferimento, seppure con le criticità già esposte circa la ragionevolezza di una tale equiparazione, doveva rinvenirsi nella disciplina in materia di intercettazioni telefoniche. Applicando, infatti, i principi in essa contenuti la Consulta, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 132 Cod. privacy, avrebbe potuto, tramite una sentenza additiva, adeguare la normativa vigente estendendo l’autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari anche per l’accesso ai dati relativi al traffico telefonico nonché limitando l’accesso ai reati più gravi, da individuarsi secondo i criteri di cui all’art. 266 c.p.p.

Tali problematiche hanno trovato una pratica soluzione nell’emanazione del decreto legge del 30 settembre 2021, n. 132, che ha modificato il testo dell’art. 132 Cod. privacy, ponendo così fine ai problemi applicativi finora evidenziati.

Pur nella convinzione della legittimità della previgente normativa nazionale, deve comunque evidenziarsi come il tempestivo intervento da parte del legislatore abbia avuto il merito di fornire

leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti, Milano, 1967, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, 229 ss., anche per quanto riguarda il problema della qualificazione delle sentenze manipolative come fonti del diritto, 233 ss.; sull’analogia come applicazione di un’opera interpretativa a rime obbligate cfr. F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1921, 231 ss.

⁴⁴ Sull’abbandono della teoria delle c.d. rime obbligate cfr., nella recente giurisprudenza costituzionale, le sentt. nn. 156/2020, 152/2020, 242/2019, 99/2019, 40/2019, 233/2018, 222/2018, 236/2016, nonché l’ord. n. 207/2018. In dottrina v. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020, 1 ss., M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista Aic* 2/19, S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza ‘rime obbligate’*, in *Osservatorio Aic*, 2/2020, 288 ss., A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustiziasieme.it, 2019, 3 ss., C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema penale*, 2019, n. 12, 55 ss., A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 791, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 264 ss., A. SPADARO, *I limiti ‘strutturali’ del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207 del 2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quaderni costituzionali*, 2019, 533 ss., M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista Aic* 4/16; D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”. Note a margine della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2/2019, 696 ss. e ID. *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio Aic*, 6/2020.

una rapida risposta alle istanze di certezza del diritto, manifestate sia in dottrina che in giurisprudenza, successivamente alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2 marzo 2021.

5. L'intervento del decreto legge 30 settembre 2021, n. 132

Alla luce delle problematiche sopra esposte, il legislatore ha ritenuto di dover conformare la disciplina nazionale ai principi enucleati dalla Corte di Giustizia europea con la sentenza H.K. del 2 marzo 2021, approvando il decreto legge 30 settembre 2021 che, all'art. 1, ha modificato il testo dell'art. 132 Codice Privacy.

Il decreto legge richiamato ha previsto la modifica del comma 3 dell'art. 132 D.lgs. 196/2003 nonché l'introduzione di un nuovo comma *3bis*. In base a tale nuova disciplina, l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico è consentita esclusivamente qualora sussistano sufficienti indizi in ordine a reati per i quali la legge stabilisca la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni - determinata a norma dell'art. 4 c.p.p. - nonché per i reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo siano gravi; l'acquisizione è consentita solo ove i dati risultino rilevanti ai fini delle indagini⁴⁵.

Il provvedimento autorizzativo⁴⁶ è ora costituito dal decreto motivato del giudice, emesso su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta ad indagini, della persona offesa e delle altre parti private.

⁴⁵ Nel testo del disegno di legge n. 2447 di conversione del d.l. n. 132/2021, approvato definitivamente in Senato in data 17.11.2021, ma non ancora pubblicato alla data odierna, si prevede la sostituzione delle parole "ai fini della prosecuzione delle indagini" con le parole "per l'accertamento dei fatti".

⁴⁶ In merito alla natura giuridica ed al contenuto dispositivo del decreto giudiziale di acquisizione dei *data retention* si sono posti diversi dubbi interpretativi, derivanti dalla diversità dei termini adottati dal legislatore d'urgenza nel comma 3 dell'art. 132 in cui si fa riferimento ad un provvedimento di "acquisizione" e nel comma *3-bis* ove, nel disciplinare il procedimento di urgenza, si parla invece di autorizzazione. Su tale tema e sulle conseguenze pratiche derivanti dalle diverse interpretazioni si veda la Relazione su novità normativa - Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico ai fini di indagine penale (art. 1 D.L. 30 settembre 2021, n. 132) redatta dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione. In sede di definitiva approvazione in Senato del disegno di legge n. 2447, di conversione del decreto legge n. 132/21, tale questione è stata superata attraverso la modifica della lettera a) dell'art. 1, co. 1 d.l. 132/21 con cui si sono sostituite le parole "presso il fornitore con decreto motivato del giudice" con le parole: "previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato".

Il nuovo comma 3-bis prevede, inoltre, una procedura d'urgenza in base alla quale, laddove vi sia fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare un grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone l'acquisizione dei dati con decreto motivato che deve essere comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria; il giudice nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del P.M. non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati⁴⁷.

Il Governo è pertanto intervenuto con lo strumento del decreto legge, ritenendo “urgente ed imprescindibile” l'intervento legislativo sul tema, *“anche per offrire una soluzione chiara, non passibile di equivocità e coerente con la citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 2 marzo 2021, H.K.”*⁴⁸.

Lo scopo primario della novella legislativa, dunque, è quello di adeguare la disciplina italiana, in modo univoco, ai principi espressi dall'Unione europea e già descritti nei paragrafi precedenti. Se la scelta di raggiungere tale obiettivo tramite la fonte legislativa appare sicuramente condivisibile, d'altro canto però non si può non evidenziare come il decreto legge ponga delle criticità dal punto di vista dei contenuti.

In primo luogo, il legislatore, non condividendo l'impostazione della giurisprudenza di legittimità secondo cui spetterebbe al p.m. (o al giudice) il compito di verificare nel caso concreto se la limitazione della libertà personale imposta tramite l'acquisizione di determinati dati sia proporzionale rispetto alla gravità del fatto per il quale si svolgono le indagini (o il processo), ha deciso di individuare in modo generale ed astratto una soglia di pena oltre la quale si considera “grave” il reato e, di conseguenza, legittima e proporzionata la compressione della riservatezza.

Pertanto, a partire dal 30 settembre 2021, per tutti i reati per i quali sia prevista una pena non inferiore nel massimo a tre anni – nonché per i reati di minaccia e molestie gravi – il legislatore consente l'acquisizione di tutti i dati relativi al traffico telefonico, senza, perciò, operare alcuna distinzione fra quelli meno invasivi (come l'elenco delle chiamate effettuate in una determinata data, la durata delle conversazioni telefoniche, l'intestatario di una determinata scheda SIM) e quelli

⁴⁷ Tale previsione, inserita all'interno del comma 3-bis dell'art. 132 del d.lgs. n. 196/2003 dal d.l. 132/2021, è stata, invece inserita, dal disegno di legge di conversione del predetto decreto legge approvato dal Parlamento, all'interno di uno specifico comma 3-quater che statuisce: “i dati acquisiti in violazione delle disposizioni dei commi 3 e 3-bis non possono essere utilizzati”.

⁴⁸ Vedi Camera dei Deputati, Legislatura XVIII, disegno di legge A.C. 3298, pag. 6.

maggiormente penetranti nella sfera privata (quali la mappatura delle celle telefoniche ovvero il cd. *positioning*).

Questo accesso generalizzato, unitamente all'individuazione di una soglia di pena piuttosto bassa e, quindi, idonea a ricomprendere la maggior parte dei delitti disciplinati dal codice penale, oltre ai reati di minaccia e molestia grave, a parere di scrive, rende sostanzialmente non raggiungibile l'obiettivo, proclamato dallo stesso legislatore, di operare una valutazione di proporzionalità in via generale ed astratta.

Ciò in quanto, laddove si ritenga che il superamento della soglia di pena produca una presunzione assoluta di proporzionalità, legittimando così l'acquisizione di ogni tipo di dato, indipendentemente dalla valutazione del caso concreto, si renderebbe l'intervento legislativo sostanzialmente inidoneo ad eliminare i paventati profili di incompatibilità della disciplina italiana con i principi europei. Infatti, seguendo una simile impostazione, pur in vigenza della novella legislativa, si realizzerebbero delle penetranti violazioni del diritto alla riservatezza anche al fine di perseguire reati che, concretamente, risultino di minore offensività (si pensi ad es. ad una ipotesi di ricettazione di beni di esiguo valore).

Dunque, appare evidente come sia assolutamente indispensabile integrare la valutazione effettuata dal legislatore con quella operata dal Giudice in concreto, valutando le peculiarità del caso di specie ed utilizzando i parametri indicati nel nuovo articolo 132 (sussistenza dei sufficienti indizi di reato, rilevanza ai fini della prosecuzione delle indagini).

Ed allora, l'obiettivo perseguito dal legislatore di adottare una disciplina che consenta di evitare una valutazione in concreto⁴⁹ (ritenuta invece necessaria dalla giurisprudenza nella vigenza della precedente disciplina) non pare, allo stato, raggiunto.

In secondo luogo, il decreto legge intende adeguare la disciplina nazionale in materia di acquisizione dei dati relativi al traffico a quanto statuito nella sentenza della CGUE del 2 marzo 2021, attribuendo al Giudice per le indagini preliminari il potere di autorizzare l'acquisizione del traffico telefonico, su richiesta del P.M., dell'indagato e della persona offesa.

In particolare, secondo quanto indicato nella Relazione del disegno di legge di conversione del D.L. 132 del 2021, "a prescindere da ogni profilo di qualificazione del pubblico ministero (da cui peraltro la Corte di Giustizia prescinde, focalizzando l'attenzione sulla posizione di parte che esso

⁴⁹ V. Camera dei Deputati, Legislatura XVIII, A.C. 3298, pag. 7.

riveste nel processo), l'accesso ai dati esterni alle comunicazioni conservati appositamente per un ampio lasso di tempo per finalità di accertamento o di prevenzione di reati, seppure aggredisca in modo meno invasivo dell'attività dell'intercettazione il diritto alla riservatezza, tuttavia, non si può certo ritenere parificabile ad un mero provvedimento di sequestro probatorio di beni di cui un indagato abbia la disponibilità (di competenza del solo pubblico ministero), proprio perché, prima di tutto, con l'atto qui in valutazione si acquisisce materiale che in se stesso presenta profili di particolare delicatezza e sensibilità”.

Tale argomentazione, a parere di chi scrive, non appare condivisibile sotto diversi profili. In primo luogo sembra difficilmente comprensibile la scelta del legislatore di prescindere dalla particolare natura del pubblico ministero, dimenticando che è proprio tale originale connotazione dell'organo requirente a caratterizzare la normativa italiana, distinguendola nettamente da quella di altri ordinamenti europei.

In secondo luogo, il parallelismo, operato dal legislatore nella propria relazione, con il diverso strumento rappresentato dal provvedimento con cui si dispone il sequestro probatorio, non appare calzante. Ed infatti al P.M., nello svolgimento dell'attività di direzione delle indagini, sono riconosciuti poteri ben più incisivi rispetto a quelli che si estrinsecano nell'adozione del decreto di sequestro; basti pensare alle limitazioni che i decreti di perquisizione personale, domiciliare ed informatica, ispezione, autorizzazione alla installazione di dispositivi GPS producono sulla libertà personale dell'indagato e, talvolta, persino di soggetti terzi. Tuttavia, della legittimità dell'attribuzione di tali poteri in capo all'organo inquirente nessuno dubita e ciò proprio in virtù di quel ruolo peculiare che gli viene riconosciuto dalla Costituzione, di cui si è diffusamente parlato nei paragrafi precedenti, e da cui non si può prescindere nel disciplinare le norme che regolano il procedimento penale.

Infine, permangono alcuni dubbi in relazione alla opportunità di collegare tale disposizione al raggiungimento di una giustizia più efficiente. Ed infatti, proprio per la varietà delle informazioni che è possibile acquisire tramite i dati relativi al traffico telefonico, tale strumento appare frequentemente “rilevante” al fine di proseguire le indagini⁵⁰; si presume, pertanto, che numerosissime saranno le richieste trasmesse agli uffici Gip sia da parte Pubblici ministeri che degli

⁵⁰ Tali argomentazioni rimangono valide, a parere di chi scrive, anche alla luce dei correttivi apportati dal disegno di legge di conversione del d.l. 132/21 e della previsione della rilevanza “ai fini dell'accertamento dei fatti”.

indagati e delle persone offese, con il rischio concreto di incidere sull'efficienza di tali uffici – mettendo così anche in pericolo il principio costituzionale della ragionevole durata del processo - e, inoltre, di accrescere il numero delle c.d. procedure d'urgenza, di cui al comma 3-*bis* dell'art. 132 (utilizzate di frequente e non soltanto in via eccezionale⁵¹), inevitabili se non al prezzo di determinare un irrimediabile pregiudizio per le indagini.

⁵¹ Di particolare interesse appaiono le osservazioni operate all'interno della Relazione sulle novità normative - Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico ai fini di indagine penale (art. 1 d.l. 30 settembre 2021, n. 132) redatta dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, pag. 28, nella quale si evidenzia come "il legislatore del 2021 solo nelle situazioni urgenti e di fondato pericolo nel ritardo ha inteso conservare un potere di intervento diretto del p.m., sottoposto poi a tempestiva convalida del giudice. Ciò in ossequio a quanto statuito dalla sentenza H.K. secondo la quale, solo in via d'eccezione – individuata in «situazioni di urgenza debitamente giustificate» – il controllo può essere successivo all'accesso, ma deve «avvenire entro tempi brevi», tenendo presente che un controllo successivo è sempre inadeguato perché non consente di impedire un accesso ai dati in questione eccedente i limiti dello stretto necessario".