

L'ACQUISIZIONE DEI DATI ESTERIORI DELLE COMUNICAZIONI NEL PROCESSO PENALE ITALIANO DOPO LA SENTENZA H.K.: ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLE PRIME APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

di Matteo Aranci

(*Magistrato ordinario in tirocinio e dottore di ricerca in diritto dell'Unione europea*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza H.K. della Corte di giustizia. – 3. Le reazioni in Italia: (dis)orientamenti della giurisprudenza di merito. – 4. I profili di incompatibilità tra l'art. 132 cod. priv. e la disciplina sovranazionale. – 5. Gli strumenti per il superamento dell'antinomia. – 6. Conclusioni.

1. La sentenza H.K., resa dalla Corte di giustizia il 2 marzo 2021¹ e riguardante l'acquisizione e l'impiego, nel corso del procedimento penale, dei c.d. dati esteriori delle comunicazioni conservati dai fornitori², si è rivelata dall'immediatezza della sua pubblicazione una pronuncia di spiccato interesse per l'ordinamento nazionale. Già da tempo, la disciplina italiana in materia – cristallizzata nell'art. 132, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196³ (cod. priv.) – ha formato oggetto di un vivace confronto: alle istanze della dottrina, che ne ha invocato (e ne richiede, *a fortiori* dopo la sentenza H.K.) una

¹ C.G.U.E., 2.3.2021, causa C-746/18, *Prokuratuur (Conditions d'accès aux données relatives aux communications électroniques)*, ECLI:EU:C:2021:152, nota anche come sentenza "H.K.". Una prima analisi della pronuncia può essere consultata in L. Filippi, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.E.*, in www.dirittodidifesa.eu, 20.3.2021; G. Formici, *L'incerto futuro della data retention nell'Unione europea: osservazioni a partire dalla sentenza H.K. v. Prokuratuur*, in www.sidiblog.org, 27.4.2021.

² Con la locuzione "dati esteriori delle comunicazioni" si designa una serie di elementi eterogenei, attestanti il fatto storico di una comunicazione già avvenuta e coesenziali alla stessa, che consentono agli operatori giudiziari di ricostruire il flusso di traffico telefonico e telematico relativo a una certa utenza (così, es., la cella agganciata dal telefono, la durata della conversazione, l'utenza contattata). Con il termine tabulato telefonico si fa riferimento al prospetto, cartaceo o telematico, contenente i dati esterni di cui si è detto: v., in proposito, C. Marinelli, *Tabulati telefonici (dir. proc. pen.)*, in *ED, Annali III* 2010, 1122 ss.

³ Secondo l'art. 132, co. 1, cod. priv., nella sua versione attuale, i fornitori conservano i dati relativi alle comunicazioni telefoniche per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, termine che scende a dodici mesi per le comunicazioni telematiche. Il seguente co. 3 prevede che i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del PM anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'art. 391-*quater* c.p.p. Sulle progressive modifiche del testo normativo in esame, v. M. Riccardi, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico. Il bilanciamento tra privacy e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore*, in *DPenCont.*, 3/2016, 157 ss.

novella in chiave di maggiore garanzia per i diritti alla vita privata e alla riservatezza⁴, si contrappone il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, ferma nel ritenere insussistenti profili di frizione della legislazione nazionale con le fonti sovranazionali⁵. Si tratta di un tema di particolare delicatezza poiché si pone al punto d'intersezione tra due esigenze di estrema attualità, ovvero da un lato la tutela della riservatezza e della vita privata e, da un altro, le istanze securitarie di prevenzione e contrasto della criminalità⁶. Questa tensione è icasticamente delineata in un recente documento del Consiglio dell'Unione europea⁷, in cui si evidenzia la necessità di «stabilire obblighi di conservazione dei dati proporzionali, necessari e trasparenti per gli operatori di telecomunicazioni e i fornitori di servizi al fine di rispondere alle esigenze operative delle autorità di contrasto» e, al tempo stesso, di configurare «regimi di conservazione dei dati [tali da] offrire garanzie sufficienti per i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, in particolare i diritti alla riservatezza, alla protezione dei dati personali, alla non discriminazione e alla presunzione di innocenza»⁸.

In questo quadro, la pronuncia della Corte di giustizia – sebbene resa all'esito di un rinvio pregiudiziale formulato dalla Corte suprema estone – ha avuto una portata dirompente nell'ordinamento interno: di ciò si ha evidenza se si considerano le non poche decisioni di diversi tribunali italiani⁹ che, sia pur in diverse fasi dell'attività

⁴ Soltanto rispetto ai contributi più recenti, in cui vengono evidenziate le criticità della legislazione (e della giurisprudenza) italiana, v. R. Flor, *Data retention ed art. 132 cod. privacy: vexata quaestio (?)*, in *DPenCont.*, 3/2017, 356 ss.; L. Luparia Donati, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Diritto di internet*, 2019, 753 ss.; V. Manes-M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino 2020, 286 ss.; S. Marcolini, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Torino 2019, 1579 ss.; I. Neroni Rezende, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in www.sistemapenale.it, 5/2020, 183 ss.; M. Riccardi, *op. cit.*

⁵ Da ultimo, Cass. 10.12.2019 n. 5741/20; 25.9.2019 n. 48737/19; 19.4.2019 n. 36380/19; 24.4.2018 n. 33851/18, tutte in *DeJure*.

⁶ *Ex multis*, v. G. Caggiano, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in www.medialaws.eu, 2/2018, 64 ss.; M. Orofino, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in www.medialaws.eu, 2/2018, 82 ss.; D. J. Solove, *Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security*, New Haven-Londra 2011.

⁷ Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea sulla conservazione dei dati per finalità di lotta contro la criminalità, 27.5.2019, doc. n. 9663/19.

⁸ *Ivi*, pt. 3.

⁹ Si tratta di T. Milano, VII Sez. penale, ord. 22.4.2021, pres. Malatesta, in www.sistemapenale.it, con nota di V. Tondi; T. Roma, Ufficio G.I.P./G.U.P., decreto pubblicato senza RG e data, dott. Savio, in www.sistemapenale.it, con nota di A. Malacarne; T. Roma, Ufficio G.I.P./G.U.P., decreto 25.4.2021, dott. Sabatini, in www.sistemapenale.it, con nota di J. Della Torre; T. Roma, Ufficio G.I.P./G.U.P., decreto 28.4.2021, dott. Fanelli, disponibile all'indirizzo [https://iz.res.240.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2021/05/15/Gip%20Roma%2028%20aprile%202021%20\(002\).pdf](https://iz.res.240.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2021/05/15/Gip%20Roma%2028%20aprile%202021%20(002).pdf); T. Bari, Ufficio G.I.P./G.U.P., decreto 1.5.2021, dott. Agnino, disponibile all'indirizzo <https://iz.res.240.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/>

procedimentale, si sono dovuti confrontare con il *dictum* proveniente dal Kirchberg. Si tratta di decisioni di merito che – giova sottolinearlo sin da subito – si connotano per eterogeneità negli esiti a cui giungono. Se in alcuni provvedimenti si è ritenuta impossibile un'immediata e diretta ricaduta del *dictum* della sentenza *H.K.*¹⁰, in altri l'autorità giudiziaria ha invece ritenuto l'art. 132 cod. priv. incompatibile con la disciplina sovranazionale così come interpretata dalla Corte di giustizia e ha disapplicato la norma interna¹¹. In un ulteriore caso¹², infine, si è ritenuto opportuno sollecitare un chiarimento interpretativo, con ordinanza *ex art.* 267 TrFUE, da parte della Corte di Lussemburgo, affinché stabilisca se la disciplina sovranazionale osti o meno alla legislazione italiana in tema.

È proprio la varietà, tanto nelle argomentazioni quanto negli approdi, di questi provvedimenti a suggerire un'analisi attenta del dato normativo vigente e dei profili di compatibilità (o meno) con le fonti sovranazionali – in particolare gli artt. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE¹³, letta alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52 CdfUE –, per comprendere quale possa essere, in attesa di un (eventuale ed auspicabile) intervento da parte del legislatore, la soluzione preferibile a fronte della immediata polifonia riscontrata nella giurisprudenza di merito.

2. La sentenza *H.K.* costituisce un passo ulteriore in un percorso già ricco di pronunce della Corte di giustizia in tema di conservazione dei dati generati nella fornitura di servizi di comunicazione (c.d. *data retention*) e di accesso agli stessi da parte delle autorità inquirenti con finalità di prevenzione e contrasto della criminalità. Il fulcro di questo filone giurisprudenziale è rappresentato dall'art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE, che – a seguito della declaratoria di invalidità della dir 2006/24/CE (c.d. direttiva *Frattini*)¹⁴ con la sentenza *Digital Rights Ireland*¹⁵ – costituisce ancora oggi il

QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2021/05/15/Gip%20Bari%201%20omaggio%202021%20(002).pdf; T. Rieti, Sez. penale, ord. 4.5.2021, pres. Sabatini, in www.giurisprudenzapenale.com.

¹⁰ Si tratta della citata ordinanza del T. Milano e dei decreti del T. Roma, dott. Savio e Fanelli (con motivazioni tra loro assai simili).

¹¹ Il riferimento è a T. Roma, decreto 25.4.2021, dott. Sabatini, cit. e a T. Bari, decreto 1.5.2021, cit.

¹² T. Rieti, ord. 4.5.2021, cit.

¹³ Dir. 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), in *GUCE*, 31.7.2002, L 201, 37 ss.

¹⁴ Dir. 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in *GUUE*, 13.4.2006, L 105, 54 ss.

¹⁵ C.G.U.E, 8.4.2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, ECLI:EU:C:2014:238. La sentenza è stata ampiamente commentata: ex multis, v. O. Lynskey, *The Data Retention Directive is Incompatible with the Rights to Privacy and Data Protection and is Invalid in its Entirety: Digital Rights Ireland*, in *Common Market Law Review*, 2014, 1789 ss.; O. Pollicino, *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso*

punto di riferimento normativo a livello sovranazionale, sulla cui corretta interpretazione, anche alla luce delle previsioni della CdfUE, la Corte di giustizia si è ampiamente concentrata.

Senza qui ripercorrere nel dettaglio tutte le pronunce, è opportuno – per meglio comprendere i continui richiami effettuati dalla sentenza *H.K.* – dare conto, pur se in chiave sintetica, degli approdi cui il la Corte di giustizia già era giunta quanto al rapporto tra esigenze securitarie e conservazione dei dati.

Punto di partenza è la sentenza *Digital Rights Ireland*, che ha sancito, nel 2014, l'invalidità della dir. 2006/24/CE, la quale offriva una specifica regolamentazione della conservazione e del trattamento dei dati generati nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica¹⁶. A questo esito, la Corte di giustizia è giunta in forza di uno sviluppo argomentativo imperniato su un principio chiave nell'ordinamento sovranazionale, quello di proporzionalità (come consacrato dall'art. 52 CdfUE), che rappresenta un vero e proprio *fil rouge* in questa materia: l'atto censurato non vi era conforme perché (i) non prevedeva alcuna regolamentazione specifica dei requisiti in presenza dei quali si potessero conservare tali dati, (ii) non limitava, attraverso requisiti procedurali e sostanziali, l'accesso da parte delle autorità pubbliche a queste informazioni per i soli casi relativi alla prevenzione di gravi minacce o al perseguimento di reati di spiccato allarme e (iii) non prevedeva criteri sufficientemente chiari e oggettivi quanto al periodo di conservazione dei dati.

Gli snodi essenziali della pronuncia del 2014 sono stati poi sviluppati dalla Corte di giustizia nella successiva sentenza *Tele2*¹⁷, avente ad oggetto proprio l'interpretazione dell'art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE. Anche in questo caso, l'*iter* argomentativo si è imperniato sul principio di proporzionalità e, ripresi alcuni passaggi della precedente pronuncia, la Corte di giustizia ha affermato – in risposta agli articolati quesiti dei giudici *a quibus* – che le legislazioni nazionali, per potersi dire conformi al diritto dell'Unione, non possono legittimare una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e all'ubicazione degli utenti cui sono forniti i

un digital right to privacy, in *Giur. cost.*, 2014, 2949 ss.

¹⁶ Già in precedenza la validità della direttiva era stata contestata – in quel caso ex art. 263 TrFUE – perché si riteneva che fosse stata adottata in forza di un'errata base giuridica, ovvero l'art. 95 TCE (odierno art. 114 TrFUE) e non gli artt. 31 e 34 Tr.UE (odierno art. 82, par. 2, Tr.FUE). L'assunto del ricorrente (Irlanda) muoveva dalla considerazione del fatto che la direttiva aveva per principale scopo l'agevolazione dell'attività di indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati, in specie quelli terroristici. La Corte di giustizia non ha tuttavia condiviso tale impostazione (v. C.G.UE, 10.2.2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2009:68), tuttavia l'invalidità della direttiva è stata successivamente accertata per altra ragione.

¹⁷ C.G.UE, 21.12.2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, ECLI:EU:C:2016:970, su cui v. I. Cameron, *Balancing Data Protection and Law Enforcement Needs: Tele2 Sverige and Watson*, in *Common Market Law Review*, 2017, 1467 ss.; O. Pollicino-M. Bassini, *La Corte di giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in www.penalecontemporaneo.it, 9.1.2017.

servizi di comunicazione. Inoltre, si è precisato che l'accesso ai dati per finalità di contrasto dei fenomeni delittuosi dev'essere limitato alle ipotesi di criminalità grave, deve essere preceduto da un controllo da parte di un giudice o un'autorità amministrativa indipendente. Proprio sotto quest'ultimo profilo, è interessante osservare che la sentenza della Corte di giustizia ha inserito in via interpretativa – muovendo dalle esigenze sottese alla proporzionalità – il requisito della gravità delle forme di criminalità: soltanto tali condizioni possono legittimare una significativa intrusione nei diritti fondamentali dell'individuo.

Al 2018 risale invece la successiva sentenza *Ministerio Fiscal*¹⁸. Sempre all'esito di un rinvio pregiudiziale interpretativo relativo all'art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE, la Corte di giustizia ha ritenuto che qualora i dati cui le autorità pubbliche intendono accedere riguardino unicamente l'identità dei titolari di carte SIM e la produzione dei dati sia tesa a comprendere chi abbia attivato un'utenza mediante un dispositivo rubato, l'ingerenza nei diritti fondamentali delle persone cui le informazioni ineriscono non deve considerarsi grave. Perciò, in caso di illeciti non gravi può essere consentito all'autorità accedere a questo tipo di dati, poiché questi, da soli, non realizzano – a differenza di quanto accade con la geolocalizzazione o la rilevazione del traffico delle comunicazioni – un'interferenza rilevante nella vita privata.

Ulteriori e fondamentali precisazioni sono poi state offerte da due pronunce rese il 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e Privacy International*¹⁹, con le quali la Corte di giustizia ha affrontato il tema specifico della disciplina della conservazione dei dati per fini di interesse pubblico, quali la tutela della sicurezza o il contrasto ai fenomeni delittuosi. Con la prima pronuncia si è affermato che non sono compatibili con le previsioni della Carta legislazioni che consentano una conservazione generalizzata e indifferenziata di dati a titolo preventivo. Al contrario, è possibile che gli ordinamenti nazionali, al fine di salvaguardare la sicurezza nazionale o di consentire la lotta alle forme gravi di criminalità, permettano l'adozione di provvedimenti (che devono essere suscettibili di controllo giurisdizionale) che impongano ai *provider* la conservazione di tutti i dati relativi a un periodo di tempo limitato, riferibili a categorie di soggetti identificati o individuati secondo un criterio geografico. Parimenti, è possibile che, per le stesse finalità, siano conservati gli indirizzi IP e tutte le informazioni relative

¹⁸ C.G.U.E, 2.10.2018, causa C-207/16, *Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2018:788, su cui v. G. Formici, *Tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche: riflessioni (ri)partendo dalla pronuncia Ministerio Fiscal*, in *Osservatorio AIC*, 3/2018, 453 ss.

¹⁹ C.G.U.E, 6.10.2020, cause riunite C 511/18, C 512/18 e C 520/18, *La Quadrature du Net*, ECLI:EU:C:2020:791 e causa C-623/17, *Privacy International*, ECLI:EU:C:2020:790. Anche in questo caso si tratta di sentenze oggetto di ampia analisi, v. per tutte, e *ivi* con ampi richiami, G. Formici, *La data retention saga al capolinea? Le ultime pronunce della CGUE in materia di conservazione dei metadati per scopi securitari, tra conferme e nuove aperture*, in *DPCE*, 2020, 1361 ss.

all'identità degli utenti, nonché al traffico intercorso e all'ubicazione delle utenze. Tali forme di *data retention* sono possibili solo a fronte di norme chiare e precise, che introducano condizioni di trattamento rigorose e che accordino effettive garanzie a fronte di abusi. La stessa sentenza ha fornito poi alcune precisazioni sulle modalità di raccolta automatizzata e in tempo reale dei dati stessi. Con la coeva pronuncia *Privacy International*, la Corte di giustizia ha invece precisato che la legislazione nazionale non può consentire alle autorità pubbliche di imporre ai fornitori di trasmettere ai servizi di sicurezza quantità indifferenziate e generalizzate di dati relativi al traffico e all'ubicazione degli utenti.

In questo contesto si inserisce la sentenza *H.K.*, la prima che ha affrontato *ex professo* il tema dell'accesso, per finalità di indagine, ai dati conservati dai *provider* e del loro impiego nel procedimento penale. Si tratta, ancora una volta, di una pronuncia resa all'esito di un rinvio pregiudiziale in un processo a carico di un'imputata che era stata condannata a due anni di reclusione per una pluralità di furti e di appropriazioni di somme mediante uso indebito di carte bancarie altrui. Tra gli atti raccolti in istruttoria, vi erano i dati ricavati dai tabulati riferiti alle utenze intestate all'imputata e gli abbinamenti SIM-codici IMEI relativi ad alcuni telefoni mobili.

La Corte suprema – dinanzi alla quale la difesa della ricorrente aveva lamentato, tra l'altro, l'ammissibilità dei dati ottenuti dall'accusa presso i fornitori di servizi di telecomunicazioni alla luce della giurisprudenza europea – ha deciso di formulare tre quesiti pregiudiziali interpretativi, tutti riguardanti l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE e la sostanziale compatibilità, con tale disposizione, di alcune norme della legislazione domestica in tema di comunicazioni e del codice di rito.

La Corte di giustizia, dopo aver rilevato che la legislazione estone consente di accedere ai dati presso i fornitori in caso di qualsiasi illecito penale, ha ribadito alcuni punti essenziali già scolpiti nella propria precedente giurisprudenza, ovvero che l'acquisizione delle informazioni può avvenire soltanto a fronte di dati correttamente conservati, in virtù di uno scopo riconducibile all'interesse generale per cui questi sono stati custoditi e, alla luce del principio di proporzionalità, soltanto quando si tratti di forme gravi di criminalità o minacce – anch'esse gravi – alla pubblica sicurezza. Su queste considerazioni si sono innestate quelle che rappresentano il *novum* della pronuncia in esame. In particolare, secondo la Corte di giustizia, l'ingerenza nei diritti fondamentali dell'individuo – presidiati dagli artt. 7 e 8 CdUE – ha sempre un carattere di gravità quando si acceda a informazioni che, nel loro complesso, consentano di ricavare precise indicazioni sulla vita privata dell'interessato, quali i flussi di comunicazioni e l'ubicazione dell'utente in specifici frangenti. A quest'affermazione si giunge a maggior ragione se si considera che l'acquisizione dei dati viene decisa dall'autorità prima di poter conoscere la quantità e la qualità delle informazioni che

sono state conservate dai fornitori in relazione all'indagato: ne segue che v'è sempre il rischio che l'ingerenza si riveli in concreto significativa e, da ciò, discende un'esigenza di attenta valutazione delle contrapposte esigenze in chiave di proporzionalità. Perciò, secondo la Corte di giustizia, l'ampiezza del lasso di tempo cui i dati possono afferire, la quantità e qualità delle informazioni che si possono ottenere da parte degli organi inquirenti sono parametri non incisivi ai fini di stabilire la gravità dell'ingerenza nei diritti individuali.

La sentenza sottolinea un ulteriore profilo, meritevole d'interesse, anche ai fini di quanto si dirà *infra*. Se è vero che – anche in forza del noto principio dell'autonomia procedurale²⁰ – spetta agli Stati membri disciplinare le regole in tema di prova (e, quindi, anche quelle che prevedono l'utilizzabilità o meno delle risultanze istruttorie nel processo), parimenti gli ordinamenti nazionali non possono consentire che dalla violazione delle disposizioni in tema di acquisizione e conservazione dei dati discenda una violazione del diritto all'equo processo. In particolare, secondo la Corte di giustizia, dev'essere sempre garantito all'interessato di poter spiegare le proprie osservazioni difensive nel caso in cui si intenda dare accesso, nel procedimento, a tabulati o informazioni ove siano stati ottenuti in violazione del diritto sovranazionale.

Sull'ultima delle questioni poste – relativa, cioè, alla possibilità che sia la pubblica accusa a disporre l'acquisizione dei dati – la Corte di giustizia muove da due considerazioni. La prima riguarda il ruolo che tale organo assume nell'ordinamento giudiziario estone: si tratta di un soggetto che agisce in modo indipendente e che ha l'obbligo di acquisire, nel corso dell'indagine, tanto gli elementi a carico, quanto quelli a favore di chi vi è sottoposto, ma la cui organizzazione risente di un modello gerarchico interno e della diretta soggezione alle competenze del Ministero di giustizia. La seconda concerne le modalità con cui avviene l'accesso ai dati, ovvero in assenza di specifiche formalità e senza limitazione rispetto ad alcune categorie di reati e ai soggetti che possono essere interessati dall'acquisizione.

Anche la risposta a questo quesito giunge all'esito di alcuni passaggi argomentativi in cui la Corte richiama la propria giurisprudenza sul punto. Se è vero che spetta agli ordinamenti nazionali disciplinare le modalità di accesso, da parte degli inquirenti, ai tabulati telefonici, dal diritto sovranazionale discende in ogni caso l'obbligo di prevedere regole che precisino i presupposti sostanziali e le condizioni processuali in

²⁰ In forza del quale – secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia (inaugurata da una celebre pronuncia, C.G.U.E, 16.12.1976, causa 33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188) – fintantoché l'Unione europea non abbia adottato (o non possa adottare, per l'assenza di basi giuridiche opportune) proprie regole, debbono necessariamente applicarsi le regole processuali nazionali anche nei settori disciplinati dal diritto sovranazionale, entro tuttavia i due limiti dell'effettività e dell'equivalenza. Per un esame – particolarmente autorevole – dei principi richiamati, cfr. K. Lenaerts, *The Decentralised Enforcement of EU Law: The Principles of Equivalence and Effectiveness*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. II, Napoli, 2014, 1057 ss.

forza delle quali l'acquisizione può avvenire. Poiché l'intrusione che si verifica nei diritti degli individui interessati è sostanziale, non è sufficiente che l'autorità agisca per una delle finalità di interesse generale specificate, ma occorre anche che gli accessi siano circoscritti ai soli casi di progettazione o commissione di un illecito grave. Perché queste esigenze siano rispettate, secondo la Corte, è essenziale che l'acquisizione sia subordinata al controllo preventivo da parte di un giudice o di un'entità amministrativa indipendente – in quest'ultimo caso, solo se abbia uno statuto che le consenta di agire in modo obiettivo e imparziale, senza ingerenze esterne – e avvenga a seguito di una richiesta motivata dell'organo inquirente e previa adeguata ponderazione dei contrapposti interessi. Nello specifico – e in questo si rinviene l'elemento di novità rispetto alle precedenti pronunce – si ritiene necessario devolvere il controllo a un soggetto terzo rispetto all'organo inquirente e che si collochi in posizione di neutralità rispetto alle parti del procedimento penale: e ciò, ad avviso della Corte, non si verifica qualora l'acquisizione venga disposta dal pubblico ministero cui compete dirigere l'attività d'indagine ed esercitare l'azione penale. Ancorché questa figura sia assistita da garanzie in punto di indipendenza e sia chiamata a valutare anche gli elementi a discarico dell'indagato, ciò non è sufficiente – secondo il giudice del Kirchberg – ad assicurare il corretto bilanciamento degli interessi in gioco, ovvero esigenze securitarie da un lato e ragioni di tutela dei diritti fondamentali (in specie, la riservatezza) dall'altro lato.

In sintesi, la sentenza esaminata ha ricavato, in via esegetica, due ulteriori precisazioni rispetto all'art. 15, dir. 2002/58/CE: l'accesso ai dati conservati dai fornitori, da parte di un'autorità pubblica per finalità di prevenzione, accertamento o repressione dei reati può essere consentito (i) solo a fronte di «forme gravi di criminalità» o per scongiurare «gravi minacce alla sicurezza pubblica» e a prescindere dal periodo di tempo cui i dati ineriscono, dalla quantità e qualità degli stessi, nonché (ii) soltanto se preceduto dall'autorizzazione di un'autorità giudiziaria o amministrativa indipendente che si trovi in posizione di assoluta terzietà rispetto alle parti, sia private, sia pubbliche.

3. Come si è già accennato in sede introduttiva, i riverberi della pronuncia appena esaminata nell'ordinamento nazionale sono stati immediati: il *dictum* proveniente da Lussemburgo ha costretto la giurisprudenza di merito a confrontarsi con gli elementi di novità della sentenza *H.K.*

Infatti, la Cassazione era già stata sollecitata, in più di un'occasione, a indagare la compatibilità dell'art. 132 cod. priv. con il diritto dell'Unione, specie all'esito dell'attività interpretativa della Corte di giustizia degli ultimi anni. In tutte le circostanze, il Supremo Collegio aveva ritenuto insussistenti profili di frizione,

osservando – in estrema sintesi – che la legislazione italiana doveva ritenersi compatibile con le esigenze enucleate dalla Corte di giustizia²¹, in quanto la disciplina interna prevede l'enunciazione delle finalità di repressione dei reati, contiene una delimitazione temporale dell'attività di memorizzazione dei dati e subordina l'accesso al previo decreto motivato dell'autorità giudiziaria, ritenendosi pienamente sufficiente l'intervento del solo PM²². Inoltre, è stato *ex professo* escluso ogni profilo di contrasto a causa dell'assenza, nell'art. 132 cod. priv., di criteri che individuino i reati gravi, poiché lo scrutinio sul punto deve essere condotto dal singolo giudice in termini concreti²³. Anche nella giurisprudenza di merito si registrano provvedimenti in cui, a fronte delle eccezioni difensive di inutilizzabilità dei tabulati, è stata esclusa la frizione con la disciplina sovranazionale e, quindi, è stata ribadita la piena legittimità dell'acquisizione da parte del PM²⁴.

Questi approdi – censurati, in modo anche severo, dalla dottrina²⁵ – risultano oggi rimessi in discussione dalla sentenza *H.K.*, ferma nel richiedere una limitazione degli accessi ai dati in caso di sole forme gravi di criminalità e all'esito dell'intervento di un'autorità terza rispetto all'organo inquirente. Gli uffici giudiziari di merito hanno quindi dovuto (ri)affrontare la *quaestio* della compatibilità dell'art. 132 cod. priv. con il diritto dell'Unione, tanto nella fase delle indagini preliminari quanto in quella dibattimentale.

Il problema si è posto in prima battuta quando il PM incaricato dell'indagine – e che intenderebbe procedere all'acquisizione dei tabulati telefonici – si è rivolto al G.I.P. per domandare, secondo lo schema previsto per le intercettazioni *ex artt.* 266 ss. Cpp, l'autorizzazione a ottenere tali dati, ritenendo di non potersi più provvedere in autonomia alla luce della sentenza *H.K.* Così è accaduto, ad esempio, in tre procedimenti penali pendenti presso il Tribunale di Roma: in tutti i casi, l'organo inquirente ha richiesto al G.I.P. l'emissione di un decreto con cui si autorizzasse

²¹ Espressamente si richiamano le sentenze *Digital Rights* e *Tele2*; non risultano, allo stato, pronunce della Cassazione successive alle sentenze della Corte di giustizia del 6.10.2020.

²² Tutte le pronunce già richiamate alla nota n. 5 svolgono, nel loro *iter* argomentativo, queste considerazioni per giungere ad affermare la compatibilità tra la disciplina italiana e i vincoli sovranazionali.

²³ Il profilo è analiticamente esaminato in Cass. 48737/19 cit.: a p. 18 si legge espressamente che «l'art. 132 cod. pr., nella parte in cui non limita l'accesso ai dati di traffico telefonico, a fini di giustizia penale, a categorie di reati ritenuti particolarmente gravi, non si pone in contrasto con la disciplina sovranazionale di matrice eurounitaria, il cui rispetto impone invece una valutazione in concreto della proporzione tra gravità dell'ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata che l'accesso ai dati comporta e gravità del reato oggetto d'indagine».

²⁴ Ne è un esempio T. Padova, ord. 15.3.2017, pres. Marassi, in www.penalecontemporaneo.it, 29.3.2017, esaminata ampiamente da R. Flor, *op. cit.*, *passim*.

²⁵ V., nello specifico, L. Luparia Donati, *op. cit.*, rispetto alle argomentazioni spese da Cass., 36380/19 cit., sottoposte dall'Autore ad attento esame critico.

l'acquisizione di dati relativi al traffico telefonico e telematico di alcune utenze e rispetto ad alcuni dispositivi.

Se l'*iter* è comune ai tre provvedimenti "romani" – il PM chiede al G.I.P., come nel caso delle intercettazioni, l'autorizzazione all'acquisizione dei dati –, ben diversi sono stati altri provvedimenti, pur emessi dalla medesima sezione.

Un primo decreto²⁶ emesso dall'ufficio G.I.P. capitolino – premessi i punti essenziali della sentenza *H.K.* – ha ritenuto le argomentazioni di quella pronuncia inequivoche e innovative, nella misura in cui la Corte di giustizia ha ritenuto dirimente, sotto il profilo dell'individuazione dell'autorità che può disporre l'acquisizione, non tanto l'aspetto dell'indipendenza, bensì quello della neutralità o terzietà del soggetto istituzionalmente preposto a decidere dell'accesso ai dati custoditi. Da ciò discenderebbero, secondo il provvedimento in esame, tanto il sopravvenuto contrasto tra l'art. 132 cod. priv. e il diritto dell'Unione, così come interpretato nella sentenza *H.K.*, quanto l'obbligo di disapplicazione della disposizione nazionale incompatibile con gli obblighi sovranazionali. Il G.I.P., in questo caso, affronta *apertis verbis* la «contraria argomentazione sostenuta nei primi approdi [...] per confutare la diretta applicabilità della sentenza della Corte di Giustizia»²⁷, ovvero l'assenza di specificazioni quanto "gravità" dei reati per cui l'acquisizione dovrebbe essere consentita. Due sono le ragioni per cui tale rilievo non si ritiene preclusivo alla diretta applicazione del *dictum* della Corte di giustizia: da un lato, si ritiene che lo scrutinio sulla gravità dell'illecito si debba effettuare rispetto al caso concreto, perciò senza che vi sia bisogno di una catalogazione di alcune fattispecie come tali; dall'altro lato, si afferma che in ogni caso la categoria delle «forme gravi di criminalità» evocata più volte possa identificarsi, nell'ordinamento interno, con le ipotesi delittuose elencate dall'art. 266 Cpp. Secondo il G.I.P., quindi, l'acquisizione dei tabulati può essere autorizzata – com'è accaduto nel caso di specie – soltanto se si procede per un reato per cui sono ammesse le intercettazioni e se ricorre il requisito che legittima tale mezzo di ricerca della prova, ovvero l'indispensabilità dell'acquisizione ai fini della prosecuzione delle indagini.

Due altri provvedimenti (emessi da magistrati della medesima sezione), all'esito di un'analogha richiesta, sono giunti a un esito ben diverso, sulla base di argomentazioni tra loro sostanzialmente sovrapponibili²⁸. Pur rilevato che la sentenza *H.K.* determina un sopravvenuto quadro di distonia quantomeno nella misura in cui l'art. 132 cod. priv. assegna al PM l'autonomo potere di disporre l'acquisizione dei tabulati, questi provvedimenti rilevano che l'intervento della Corte di giustizia non è suscettibile di

²⁶ T. Roma, decreto 25.4.2021, dott. Sabatini, cit.

²⁷ *Ivi*, 4.

²⁸ T. Roma, decreti 28.4.2021, dott. Fanelli, cit., e senza data, dott. Savio, cit.

«efficacia immediata e diretta»²⁹ in quanto residua, in capo agli ordinamenti nazionali, un profilo di discrezionalità. L'indeterminatezza delle locuzioni “forme gravi di criminalità” e “prevenzione di gravi minacce” impedisce che il *dictum* della Corte di giustizia abbia una pronta ricaduta nei procedimenti penali pendenti nei tribunali nazionali, in quanto è necessario che alla definizione di quelle categorie provveda il legislatore. Viene altresì evidenziato – in totale contraddizione con l'affermazione del decreto in precedenza esaminato – che il catalogo dei reati “gravi” potrebbe essere desunto da altre disposizioni del codice di rito, a mero esempio gli artt. 51, co. 3-*bis*, o 407, co. 2, lett. *a*, Cpp. Inoltre, in entrambi i casi si ritiene che sarebbe arbitrario ricavare – in via interpretativa e in assenza di indici normativi chiari – che sia l'ufficio G.I.P. a doversi pronunciare, in quanto nella sentenza *H.K.* si esprime l'esigenza che l'acquisizione sia disposta da un giudice o da un'autorità indipendente, ma deve essere poi il legislatore a decidere a quale organo in concreto demandare il vaglio sulla richiesta di accesso. Alla luce di queste considerazioni, in entrambi i casi si è dichiarato il non luogo a provvedere, con restituzione degli atti agli organi inquirenti.

Sempre in fase d'indagine, ma in una diversa prospettiva, si colloca il decreto del G.I.P. presso il Tribunale di Bari: in questo caso, il PM aveva chiesto la convalida di un provvedimento con cui erano state disposte in via d'urgenza le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni e la relativa localizzazione di un'utenza telefonica, la cui conoscenza era stata ottenuta dagli inquirenti mediante l'analisi dei tabulati, precedentemente ottenuti e relativi ad altro numero intestato a un diverso indagato. Nel provvedimento – che esordisce con un'ampia sezione ricostruttiva relativa alla giurisprudenza della Corte di giustizia³⁰ – il giudice pugliese evidenzia che l'orientamento della Suprema Corte di cui si è dato conto deve ritenersi superato dalla sentenza *H.K.* specie per quanto concerne il profilo dell'autorità incaricata di disporre l'acquisizione, a cui si richiedono profili di terzietà e neutralità che sono «caratteristiche intrinsecamente estranee»³¹ al PM italiano. Operata questa premessa, il G.I.P. barese esamina le conseguenze in punto di utilizzabilità dei tabulati conseguiti in violazione dei diritti fondamentali. Se è vero che la Corte di giustizia, pur richiamato il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, ha indicato come unica ipotesi di “divieto di utilizzazione” quella in cui i dati siano messi a conoscenza del giudice senza un previo contraddittorio³², nel provvedimento si afferma che il canone di equivalenza richiede di trattare in modo eguale le situazioni giuridiche di fonte europea e di origine interna³³. Alla luce di questa necessità, il G.I.P. ritiene che si possa

²⁹ T. Roma, decreti 28.4.2021, dott. Fanelli, cit., 3 e senza data, dott. Savio, cit., 3.

³⁰ T. Bari, decreto 1.5.2021, cit., 1-8.

³¹ *Ivi*, 10.

³² C.G.U.E, *H.K.*, cit., pt. 44.

³³ Secondo il principio di equivalenza (che costituisce un limite a quello dell'autonomia procedurale degli

applicare l'art. 271 Cpp (pur dettato in tema di intercettazioni) anche al caso dell'acquisizione dei tabulati telefonici, in quanto in entrambe le circostanze occorre dare tutela alla segretezza delle comunicazioni, interesse presidiato dall'art. 15 Cost. Pertanto, se all'accesso si sia provveduto in violazione del diritto dell'Unione (equiparato, dall'estensore del provvedimento, alla legge), per i dati così ottenuti deriva la (medesima) conseguenza dell'inutilizzabilità. Da queste considerazioni discende, secondo il provvedimento esaminato, che «la parte dell'art. 132, comma 3, del codice della privacy [...] non è più operativa, essendo necessario, per contro, richiedere a tal fine da subito l'autorizzazione a un giudice»³⁴; dunque, nella misura in cui i tabulati furono acquisiti – nel caso di specie – direttamente dal PM (e quindi *contra legem*), le risultanze istruttorie così ottenute sono inutilizzabili e impediscono l'autorizzazione a procedere con le intercettazioni delle utenze individuate mediante i tabulati “viziati”.

In sede dibattimentale, invece, la problematica compatibilità dell'art. 132 cod. priv. con il *novum* rappresentato dalla sentenza *H.K.* è stata esaminata a fronte delle eccezioni difensive volte a paralizzare l'utilizzabilità dei tabulati telefonici acquisiti senza il rispetto dei requisiti, sostanziali e procedurali, richiesti dalla Corte di giustizia.

Sul punto, un primo provvedimento è rappresentato dall'ordinanza del Tribunale di Milano, in un procedimento nel quale il PM ha chiesto l'acquisizione al patrimonio conoscitivo del giudice dei tabulati telefonici (già ottenuti in indagini) relativi a un intervallo cronologico assai ristretto, ovvero le 24 ore in cui si sarebbe verificato l'episodio delittuoso. A fronte della richiesta dell'inquirente, la difesa dell'imputato ha eccepito l'inutilizzabilità dei dati in quanto ottenuti secondo modalità incompatibili con quelle richieste dalla giurisprudenza sovranazionale.

Il collegio ha ritenuto di non accogliere le istanze difensive e di disporre l'acquisizione sul rilievo che non è consentito «trasporre i principi espressi dalla Corte di giustizia rispetto all'ordinamento estone al caso sottopost[o] alla cognizione del Collegio e, comunque, all'ordinamento italiano»³⁵. In primo luogo, il Tribunale milanese ha osservato che il procedimento concerneva un reato connotato da spiccato allarme sociale (tanto da essere annoverato all'art. 407, co. 2, Cpp) e che i tabulati controversi si riferivano a un intervallo di tempo assai breve, così ritenendo rispettato il canone di proporzionalità quanto alla ponderazione delle esigenze investigative con la tutela dei diritti fondamentali. Il principale argomento in forza del quale il giudice lombardo ha negato l'immediata applicazione della sentenza *H.K.* nel caso di specie

ordinamenti) gli Stati membri devono, per tutelare le posizioni giuridiche di fonte europea, applicare a queste ultime regole procedurali meno favorevoli di quelle poste a presidio di analoghe posizioni di carattere nazionale.

³⁴ T. Bari, decreto 1.5.2021, cit., 13.

³⁵ T. Milano, ord. 22.4.2021, cit., 2.

attiene al ruolo ordinamentale assicurato alla pubblica accusa in Italia, strutturalmente differente da quanto accade in Estonia. Si è evidenziato, in proposito, che in Italia l'ufficio del PM è sottratto a qualsiasi ingerenza ministeriale ed è un organo che opera non solo in modo indipendente, ma anche come "parte imparziale"³⁶, come si rileva dal fatto che questi raccoglie tanto gli elementi a carico, quanto quelli a discarico della persona sottoposta a indagini. Secondo il Tribunale di Milano, nella misura in cui la sentenza *H.K.* ha ammesso che l'acquisizione possa essere disposta anche da un ente amministrativo indipendente diverso dall'autorità giudiziaria, si può ritenere che l'organo inquirente nazionale sia legittimato a disporre l'acquisizione dei tabulati, in quanto gode di uno *status* che gli consente di operare in modo obiettivo e indipendente. Inoltre, il provvedimento in esame contiene un'ulteriore sottolineatura, relativa al fatto che – ancora una volta a differenza rispetto alla disciplina estone – l'acquisizione dei dati presso i fornitori (e da essi conservati solo per un certo tempo) avviene con decreto motivato dell'autorità giudiziaria, per finalità specificate dalla legge e con la possibilità che sia anche l'indagato o imputato a sollecitare l'accesso ai tabulati, ovvero a provvedervi direttamente secondo le modalità dettate dall'art. 391-*quater* Cpp.

Da queste considerazioni – che portano a distinguere nettamente la legislazione nazionale da quella estone, censurata dalla Corte di giustizia – discende, secondo il collegio milanese, l'impossibilità di ravvisare forme di criticità dell'art. 132 cod. priv., anche perché risulterebbe contrastante con la tutela del legittimo affidamento dell'organo inquirente censurare il compimento di un'attività ai tempi compiuta in modo rituale. In conclusione – e *ad abundantiam* – il Tribunale ha osservato che quand'anche si ritenesse sussistente la (ritenuta) incompatibilità dell'art. 132 cod. priv., nell'ordinamento mancherebbe una norma che consente di sanzionare con l'inutilizzabilità l'acquisizione avvenuta senza il rispetto dei requisiti imposti dalla Corte di giustizia³⁷ e l'eventuale vizio potrebbe ritenersi superato dal successivo provvedimento dell'organo giudicante, come già aveva ritenuto la Suprema Corte per le ipotesi di ottenimento dei tabulati senza il previo decreto del PM procedente³⁸.

³⁶ Sull'impiego di questa locuzione, v. L. Poniz, *Il pubblico ministero come parte imparziale: ossimoro o valore?*, in *Questione giustizia*, 4/2014, 143 ss.; in termini più generali, anche in chiave storica, v. F. Ruggieri, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in ED, *Annali* 2008, 998 ss., spec. 1014.

³⁷ In questo senso, si richiama Cass., 7.2.2018 n. 9494/18, in *DeJure*.

³⁸ Cass., 3.4.2006 n. 33435/06, secondo la cui massima ufficiale «la sanzione dell'inutilizzabilità, che segue all'acquisizione dei tabulati concernenti il traffico telefonico in assenza di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, colpisce non il fatto come rappresentazione della realtà in essi documentata, ma la metodologia di acquisizione di tali atti, sicché, accertata l'inutilizzabilità, può validamente intervenire nello stesso procedimento il decreto motivato di acquisizione dei relativi dati, in modo da legittimarne l'utilizzazione».

Pertanto, il giudice milanese ha confermato la legittimità dell'acquisizione e l'utilizzabilità dei tabulati nel procedimento *de quo*.

Sempre nell'ambito di un procedimento già approdato alla sede dibattimentale si inserisce l'ulteriore provvedimento cui si è fatto cenno, ovvero l'ordinanza con la quale il Tribunale di Rieti, in composizione collegiale, ha ritenuto di sospendere il giudizio dinanzi a sé e rivolgere alcuni quesiti pregiudiziali interpretativi alla Corte di giustizia. Nella fattispecie, si procedeva, con rito immediato, a carico di due coimputati, sottoposti a misura cautelare personale, per una pluralità di reati, tra cui una rapina pluriaggravata anche dall'uso di armi. Nel corso dell'istruttoria – svolta sia tramite prova testimoniale, sia mediante acquisizione delle intercettazioni telefoniche provenienti da un altro procedimento – si erano altresì ottenuti i tabulati telefonici delle utenze in uso ai due imputati: proprio in relazione a quest'ultima acquisizione le difese hanno eccepito l'inutilizzabilità processuale alla luce della sentenza *H.K.* e, in subordine, hanno chiesto che venisse promosso un incidente di costituzionalità rispetto all'art. 132 cod. priv.

Il giudice reatino, premessi alcuni richiami alla normativa (nazionale e sovranazionale) vigente e ripercorsi i punti salienti della pronuncia resa in *H.K.*, ha ritenuto che i principi da quest'ultima formulati esigano, ai fini della loro applicazione nell'ordinamento nazionale, alcuni (e ulteriori) approfondimenti interpretativi rispetto all'art. 15, dir. 2002/58/CE e, così, ha preferito rivolgersi al giudice del Kirchberg, piuttosto che alla Consulta, in quanto si sollecita «la corretta interpretazione delle norme unionali dei Trattati e degli atti derivati»³⁹.

Il primo quesito attiene (nella sostanza) alla possibilità (o meno) di ritenere l'art. 132 cod. priv. compatibile con il diritto dell'Unione nella misura in cui si attribuisce al pubblico ministero italiano – organo dotato di garanzie costituzionali di piena indipendenza e autonomia⁴⁰ – il potere di disporre, con decreto motivato, l'acquisizione dei tabulati telefonici. In questo senso, il collegio intende, attraverso un'operazione di *distinguishing*, mettere in luce le ragioni per cui la disciplina italiana diverge da quella estone, specie «per quanto riguarda il proprio *status* e le garanzie»⁴¹. Mentre l'organo inquirente estone è nominato dall'esecutivo ed è sottoposto a forme di influenza da parte del Ministro della giustizia, al contrario la figura del pubblico ministero italiano presenta connotati di autonomia e indipendenza, assicurati dalla selezione concorsuale e dal pieno inserimento nell'ordine giudiziario, al riparo da qualsiasi interferenza governativa. Inoltre, l'ordinanza di rinvio ha cura di sottolineare,

³⁹ T. Rieti, ord. 4.5.2021, cit., 7.

⁴⁰ Per un approfondimento delle garanzie che la Costituzione e la legislazione sull'ordinamento giudiziario assegnano agli uffici della Procura in Italia, v. per tutti L. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano 2013, p. 338 ss.

⁴¹ T. Rieti, ord. 4.5.2021, cit., 9.

a fronte di una specifica considerazione della Corte di giustizia relativa alle modalità di acquisizione dei tabulati, che l'ordinamento italiano prevede sì un intervento unilaterale del PM, ma l'art. 132 cod. priv. consente anche ai difensori di accedere ai medesimi dati (per iniziativa propria o per sollecitazione dell'inquirente) e, soprattutto, l'art. 495 Cpp impone che ogni elemento documentale sia introdotto nel patrimonio conoscitivo del giudicante soltanto previa audizione, in contraddittorio, delle parti e ferma la possibilità di consultazione del materiale rilevante. In caso di valutazione negativa quanto alla compatibilità della legislazione nazionale rispetto al diritto dell'Unione, il collegio ha sollecitato la Corte di giustizia – così introducendo, sia pur in via subordinata, il secondo quesito – a chiarire se sia possibile effettuare un'applicazione non retroattiva dell'interpretazione fornita nella precedente sentenza *H.K.* Di regola, le pronunce dichiarative – in quanto tali – hanno effetti *ex tunc*⁴² ma, in vicende quale quella in esame, vi è il rischio che siano travolte «fondamentali esigenze di certezza del diritto e “certezza investigativa” [...] tenuto conto dei gravi riflessi sulle attività di indagine in corso»⁴³: per questo, si chiede al giudice del Kirchberg⁴⁴ di limitare nel tempo la possibilità degli imputati di invocare la situazione di contrasto tra le fonti interne e sovranazionale onde non rimettere in discussione rapporti giuridici cui era stato applicato l'art. 132 cod. priv.

Infine, con il terzo quesito si chiede di specificare se sia di fatto compatibile con l'art. 15, dir. 2002/58/CE (letto, come sempre, alla luce delle pertinenti norme della CdfUE) l'ipotesi in cui l'acquisizione dei tabulati avvenga, in casi di urgenza, in forza di un provvedimento del PM, solo successivamente sottoposto a convalida da parte dell'autorità giudiziaria, sulla falsariga di quanto previsto dal nostro codice di rito in tema di intercettazioni telefoniche.

L'ordinanza di rinvio pregiudiziale contiene, in chiusura, l'esplicita richiesta alla Corte di giustizia di voler definire il procedimento nelle forme accelerate di cui all'art. 105 Reg. proc. CG⁴⁵, in quanto la sollecita trattazione dovrebbe derivare dalla sottoposizione di un imputato alla misura della custodia cautelare in carcere. Da

⁴² C.G.U.E, 27.3.1980, causa 61/79, *Denkavit*, ECLI:EU:C:1980:100; nella manualistica, v. *ex multis* G. Strozzi-R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea*⁷, Torino 2017, 444.

⁴³ T. Rieti, ord. 4.5.2021, cit., 9.

⁴⁴ Secondo un orientamento costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in applicazione del principio generale di certezza del diritto e in considerazione dei gravi turbamenti che potrebbero derivare dalle proprie pronunce, è possibile che essa limiti gli effetti temporali delle proprie sentenze: v. C.G.U.E, 8.4.1976, causa 43/75, *Defrenne*, EU:C:1976:56, pt. 24; C.G.U.E, 28.9.1994, causa C-200/91, *Coloroll Pension Trustees*, EU:C:1994:348, pt. 34; 28.9.1994, causa C-28/93, *van den Akker*, EU:C:1994:351, pt. 12.

⁴⁵ In questo caso non pare infatti possibile invocare il ricorso alla diversa procedura di cui all'art. 107 Reg. proc. CG, in quanto quest'ultima può applicarsi soltanto in caso di settori previsti dal titolo V della parte terza TrFUE (artt. 67-89): la direttiva di cui si chiede l'interpretazione è stata adottata su una base giuridica estranea a tali disposizioni (l'odierno art. 114 TrFUE).

questa circostanza, dovrebbe quindi derivare la necessità di una celere risposta da parte del giudice del Kirchberg.

L'ordinanza del Tribunale di Rieti ha quindi il pregio – a differenza di altri provvedimenti in cui la valutazione è stata autonomamente condotta dall'autorità giudiziaria nazionale – di indurre la Corte di giustizia a prendere posizione sull'applicabilità degli esiti della sentenza *H.K.* al PM italiano e di sollecitare una riflessione sull'impatto che quel pronunciamento potrebbe provocare nei singoli ordinamenti processuali degli Stati membri, in assenza di una vera opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia.

4. Il quadro complessivo che emerge dalla lettura dei provvedimenti degli uffici giudiziari – almeno di quelli che sono stati pubblicati – si caratterizza per l'assenza di un orientamento univoco, addirittura all'interno della stessa sezione del medesimo Tribunale; anche tra gli uffici delle Procure non sembra esservi esatta convergenza di intenti⁴⁶. Una situazione caotica che, sin d'ora, induce a invocare come necessario l'intervento del legislatore, poiché le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e di bilanciamento tra contrapposti interessi all'interno dell'ordinamento non possono discendere da una valutazione *case by case*, ma esigono specifiche e precise scelte normative. Tuttavia, in attesa che sul piano della disciplina possa provvedere il legislatore, è non meno necessario cercare di delineare, con un poco di chiarezza, quale sia l'impatto che la sentenza *H.K.* può produrre nell'ordinamento nazionale, in particolare sui procedimenti penali attualmente pendenti.

La prima questione cui occorre porre mente concerne un'accurata indagine sulla compatibilità dell'art. 132 cod. priv. con l'art. 15, dir. 2002/58/CE, letto alla luce della CdfUE e così come interpretato dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza di cui la sentenza *H.K.* costituisce l'ultimo tassello; la seconda⁴⁷ riguarda l'individuazione dello strumento che possa consentire di rimuovere la (eventuale) frizione.

Sotto il primo profilo, appare difficile sostenere che non sussista un contrasto tra la disciplina nazionale e quella di fonte sovranazionale. In disparte ogni considerazione sulla condivisibilità degli approdi cui è giunta la Corte di giustizia, se quella fornita nella sentenza *H.K.* è l'interpretazione che si deve dare dell'art. 15, dir. 2002/58/CE, la frizione con la disciplina italiana sussiste tanto sotto il profilo dei caratteri che devono contrassegnare l'autorità cui è demandato il giudizio sull'acquisizione, quanto per quel che attiene alla delimitazione alle forme gravi di criminalità.

⁴⁶ In proposito, sono interessanti le osservazioni di G. Leo, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in www.sistemapenale.it, 31.5.2021, spec. 15 ss., ove l'Autore ripercorre le diverse tesi emerse nelle Procure italiane.

⁴⁷ V. *infra*, par. 5

Rispetto al primo dei due aspetti – quello legato al soggetto cui affidare la decisione sull'accesso (o meno) ai dati –, la Corte di giustizia ha richiesto con fermezza che la valutazione sia svolta da un soggetto le cui caratteristiche siano (i) la capacità di garantire un giusto equilibrio tra le necessità delle indagini e i diritti fondamentali della vita privata e della protezione dei dati personali⁴⁸ e (ii) la terzietà o neutralità rispetto a chi richiede l'acquisizione⁴⁹. Per quanto i provvedimenti esaminati (specie quelli dei Tribunali di Milano e di Rieti) abbiano tentato di mettere in luce gli elementi discretivi tra l'organo inquirente estone e quello italiano, un esame più attento degli ultimi passaggi argomentativi della sentenza *H.K.* sembra non lasciare spazio a dubbi: il connotato imprescindibile dell'autorità preposta a decidere sull'acquisizione dei dati è la terzietà rispetto a chi ne abbia fatto richiesta, non tanto (e non solo) la sua indipendenza da altri poteri. In altri termini, non è possibile che il titolare di uno dei due interessi sottesi (e contrapposti) sia anche legittimato, in difetto di un controllo "neutrale", a richiedere ai fornitori dei servizi i tabulati. Ancorché il PM italiano goda di uno statuto garantistico ben più ricco e rassicurante rispetto a quanto prevedono molti ordinamenti europei – in cui la pubblica accusa è, in misura più o meno significativa, sottoposta a ingerenze da parte dell'esecutivo⁵⁰ –, ciò non sembra sufficiente a soddisfare lo *standard* richiesto dalla Corte di giustizia, la quale espressamente ha affermato che l'acquisizione dei dati non può essere rimessa alla valutazione di chi conduca le indagini ed eserciti l'azione penale, nemmeno qualora questo soggetto dipenda soltanto dalla legge e svolga l'attività inquirente in modo imparziale. Sembra quindi evocarsi una netta linea di demarcazione tra PM e giudice, assegnandosi al primo – a prescindere dalle garanzie e dall'inquadramento previsti nell'ordinamento di volta in volta rilevante – il solo potere di sollecitare l'acquisizione dei dati e al secondo la facoltà di decidere sull'istanza, all'esito di un'adeguata ponderazione. Considerazione che, in un periodo in cui il dibattito sulla separazione delle carriere sembra essersi, in Italia, nuovamente acuito⁵¹, potrebbe atteggiarsi ad

⁴⁸ C.G.U.E, *H.K.*, cit., pt. 52.

⁴⁹ *Ivi*, pt. 54-55.

⁵⁰ Basti richiamare le numerose sentenze della Corte di giustizia in relazione alla nozione di «autorità giudiziaria emittente» di cui all'art. 6, par. 1, decisione-quadro 2002/584/GAI: nozione nella quale si è ritenuto non possano rientrare quelle figure di PM (tra cui anche quella tedesca) che non siano adeguatamente assistite da garanzie in punto di indipendenza. Cfr. C.G.U.E, 27.5.2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, OG, ECLI:EU:C:2019:456, pt. 68 ss.; 12.12.2019, cause riunite C 566/19 PPU e C 626/19 PPU, JR, EU:C:2019:1077, pt. 60; 28.1.2021, causa C-649/19, IR, ECLI:EU:C:2021:75, pt. 74 ss. Per un'analisi, v. A. Rosanò, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE*, in www.laegislazionepenale.eu, 9.3.2021.

⁵¹ In proposito, basti ricordare la recente presentazione all'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione di un quesito abrogativo da parte di alcune forze politiche nazionali. Ampio risalto è stato dato dalla stampa, v. per tutti G.A. Falci, *Riforma della Giustizia: limiti ai magistrati in politica, no al sorteggio per il Csm*, in *Corriere della Sera (online)*, 3.6.2021. Per un approfondimento sul tema, anche in chiave storica e comparativa, v. L. Scarselli, *op. cit.*, 350 ss.

argomento a favore di chi sostiene l'opportunità di distinguere la magistratura giudicante da quella requirente in modo più incisivo di quanto accada nell'attuale configurazione ordinamentale.

Né, del resto, la successiva valutazione che in sede dibattimentale viene effettuata quando si tratti, ex art. 495 Cpp, di ammettere gli elementi di carattere documentale permette di rimediare in modo convincente ai profili di incompatibilità, in quanto l'intervento del giudice è soltanto successivo – e non preventivo – all'acquisizione dei tabulati: sarebbe illogico, in effetti, compiere un giudizio di bilanciamento tra due interessi quando uno dei due sia già stato compromesso a favore dell'altro. Inoltre, gli aspetti di frizione sono acuiti dal rilievo che, in termini pratici, l'apparato motivazionale che sorregge le richieste del PM è particolarmente scarno, anche in virtù del fatto che, secondo la Corte di Cassazione, l'obbligo in tal senso imposto dall'art. 132 cod. priv. è assolto in presenza di espressioni o formule sintetiche che rivelino le esigenze di prosecuzione o sviluppo delle indagini⁵².

Queste considerazioni – sia pur provvisorie, in attesa del definitivo chiarimento cui la Corte di giustizia è stata espressamente chiamata dal Tribunale di Rieti – sembrano tuttavia deporre nel senso dell'inadeguatezza della figura del PM italiano rispetto agli *standard* richiesti dalla sentenza *H.K.*

Più problematico risulta comprendere se sussista una forma di incompatibilità anche rispetto all'ulteriore elemento richiesto dalla Corte di giustizia, ovvero la restrizione dell'acquisizione dei dati alle sole ipotesi di forme gravi di criminalità. A ben vedere, non è la prima volta in cui il requisito della gravità, in quanto non meglio declinato da una sentenza europea, genera più di qualche perplessità o difficoltà applicativa: il richiamo è, ovviamente, all'obbligo di disapplicazione che fu a suo tempo sancito nella sentenza *Taricco* e che era stato ancorato al requisito della gravità delle condotte fraudolente⁵³.

L'art. 132 cod. priv. risulta applicabile, allo stato attuale, a qualsiasi ipotesi di reato, senza alcuna limitazione, né in base al *nomen iuris* (delitti o contravvenzioni), né con riguardo alle singole fattispecie o agli edittali. A fronte dell'assenza, nel testo normativo nazionale, di una delimitazione ai soli illeciti "gravi", occorre tuttavia chiarire cosa intenda, con quella nozione, la sentenza *H.K.*: operazione rilevante non solo per comprendere se l'omissione determini una forma di incompatibilità, ma anche ai fini di un eventuale intervento legislativo teso a porre rimedio al *deficit* della disciplina interna.

⁵² Cass., 28.4.2014 n. 37212/14; 26.9.2007 n. 46086/07, entrambe in *DeJure*.

⁵³ C.G.U.E, 8.9.2015, causa C-105/14, *Taricco*, ECLI:EU:C:2015:555. Nella giurisprudenza nazionale, prima degli interventi della Consulta sulla complessa vicenda, la Corte di Cassazione aveva ritenuto che la gravità andasse accertata alla luce dei criteri di cui all'art. 133, co. 1, c.p. (Cass., 21.4.2017 n. 31265/17, in *DeJure*).

Si contrappongono due opzioni differenti, ben raffigurate – anche nei loro potenziali (e divergenti) esiti – nei provvedimenti del Tribunale di Roma⁵⁴: da un lato, lo scrutinio di gravità potrebbe essere condotto in concreto, perciò a prescindere dal titolo di reato per cui si procede e osservando i connotati specifici del singolo fatto; dall'altro lato, il vaglio potrebbe riferirsi a una dimensione astratta, per cui sarebbe il legislatore a dover dettare alcuni criteri generali per distinguere le fattispecie per le quali sia (o meno) possibile disporre l'acquisizione dei tabulati.

La lettura della sentenza *H.K.* non sembra dare un'indicazione precisa su quale delle due sia l'opzione corretta. Nel testo italiano, l'aggettivo “grave” viene riferito – nella ricorrente locuzione «forme gravi di criminalità» – alla forma in cui il reato si manifesta, non all'illecito in sé: considerazione che induce a propendere per la prima delle due tesi, poiché l'acquisizione dei tabulati sarebbe possibile per ogni fattispecie delittuosa, a condizione che si sia palesata in termini concretamente gravi. Quest'orientamento riecheggia quanto osservato dalla Corte di Cassazione – secondo cui il vaglio richiesto dalla giurisprudenza europea sarebbe appunto da operarsi in concreto – ed è stato poi fatto proprio da alcuni dei provvedimenti di merito esaminati⁵⁵.

Tuttavia, un simile orientamento sembrerebbe tradire quell'esigenza, più volte segnalata dalla Corte di giustizia, secondo cui è necessario che siano definiti con chiarezza i presupposti sostanziali e procedurali che legittimano l'accesso, da parte dell'autorità pubblica, ai dati. Se il vaglio fosse effettuato in concreto, l'acquisizione dovrebbe dipendere, caso per caso, dalla valutazione del singolo giudice chiamato a pronunciarsi, con il paradosso che in un'indagine per furto di beni di valore ingente si disponga la produzione dei dati, al contrario di quanto accade nell'ipotesi di una rapina in concreto ritenuta poco grave. Inoltre, posto che di regola l'acquisizione avviene in fase di indagini, può essere in quel momento prematura ogni valutazione circa l'intrinseca gravità del singolo fatto-reato, il cui pieno accertamento dipende dal completamento dell'attività istruttoria.

Al contrario, la lettura della sentenza in altre versioni linguistiche potrebbe orientare verso l'opzione della gravità “in astratto”, in quanto l'aggettivo è riferito non alla “forma” in cui si manifesta l'attività illecita, bensì alla criminalità stessa⁵⁶. In questi

⁵⁴ Nel primo provvedimento (T. Roma, decr. 25.4.2021, dott. Sabatini, cit.) si ritiene che la valutazione vada fatta in concreto e così il GIP procede; negli ulteriori due, invece, si afferma che dev'essere necessariamente il legislatore a definire i criteri per determinare quali siano i reati gravi.

⁵⁵ T. Roma, decr. 25.4.2021, dott. Sabatini, cit., 3; T. Milano, ord. 22.4.2021, cit., 3.

⁵⁶ Come equivalenti della locuzione italiana «lotta contro le forme gravi di criminalità» in francese si legge «lutte contre la criminalité grave», in inglese «to combat serious crime», in spagnolo «la lucha contra la delincuencia grave». In tutti questi casi, l'aggettivo è riferito alla criminalità e non alla “forma”, sostantivo che non ricorre nemmeno nelle altre versioni linguistiche.

diversi termini, il riferimento alla “criminalità grave” muta l'angolo di osservazione, perché sembrerebbe dirsi che, tra tutti gli illeciti che un ordinamento prevede, solo quelli che si caratterizzano per intrinseca offensività consentono agli inquirenti di accedere ai tabulati riferibili agli imputati. Questa scelta – che coincide con quella operata dall'art. 266 Cpp in tema di intercettazioni – risulterebbe più armonica con il tessuto argomentativo della Corte di giustizia. Se l'accesso ai dati esteriori delle comunicazioni costituisce sempre un'interferenza grave nei diritti dell'interessato, allora l'acquisizione non può che essere limitata a quelle sole fattispecie che siano da ritenersi, secondo un criterio generale e astratto, gravi *in re ipsa*. In questo modo si assicurerebbe anche una certa omogeneità nelle decisioni da parte delle autorità procedenti, in quanto la definizione degli illeciti per cui è possibile invocare l'acquisizione dei tabulati dipenderebbe da criteri normativi generali e astratti.

La preferenza per l'uno o per l'altro degli orientamenti comporta conseguenze significative sotto il profilo della verifica della compatibilità della legislazione nazionale: se, infatti, si aderisse all'opzione del vaglio “in concreto”, almeno sotto questo profilo potrebbe superarsi il contrasto con la normativa sovranazionale, poiché sarebbe il giudice ad assicurare, nel caso concreto, il rispetto del principio di proporzionalità. In sostanza, si potrebbe evitare il contrasto attraverso un'interpretazione dell'art. 132 cod. priv. conforme alle esigenze formulate dalla Corte di giustizia, pur restando auspicabile l'intervento legislativo volto a introdurre il requisito della gravità. Diverso sarebbe l'esito nel caso della seconda opzione, in quanto se la sentenza *H.K.* dovesse essere intesa nel senso di richiedere dagli ordinamenti una perimetrazione ai soli reati “gravi” in forza di criteri o elencazioni a livello normativo, l'incompatibilità dell'art. 132 cod. priv. sussisterebbe in modo macroscopico e insuperabile.

Alla luce dei rilievi svolti, nonostante il diverso avviso della (pur recente) giurisprudenza di legittimità, il *dictum* della Corte di giustizia nella sentenza *H.K.* conduce a ritenere sussistente un'antinomia tra l'art. 132 cod. priv. e l'art. 15, dir. 2002/58/CE: soltanto un significativo *revirement* potrebbe portare all'esclusione del primo motivo di frizione, mentre quanto al secondo l'assenza di ogni richiamo alla gravità sembra profilare un'inadeguatezza della legislazione nazionale.

5. Se è vero che l'art. 132 cod. priv. si pone in rapporto di contraddizione con l'art. 15, dir. 2002/58/CE così come interpretato dalla Corte di giustizia, altra – e ben diversa – è la questione relativa alla modalità di soluzione dell'antinomia. Questo è, a sommosso avviso di chi scrive, lo snodo cruciale sul quale i provvedimenti esaminati non si sono compiutamente soffermati per comprendere quale in concreto dovesse essere la sorte della disposizione nazionale.

In primo luogo, occorre sgombrare il campo da alcuni elementi di equivocità relativi alla rilevanza delle sentenze rese dalla Corte di giustizia in sede interpretativa. Queste pronunce integrano il contenuto delle norme di volta in volta oggetto di esegesi e ne condizionano l'applicazione da parte di qualsiasi giudice, anche se non appartenente al medesimo ordinamento da cui il quesito pregiudiziale era stato formulato, sino a nuova sentenza interpretativa e senza sottrarre all'autorità giudiziaria la possibilità di promuovere – come fatto dal Tribunale di Rieti – un nuovo rinvio⁵⁷. Tuttavia, il fatto che l'autorità giudiziaria italiana sia vincolata – ove venga in rilievo l'interpretazione dell'art. 15, dir. 2002/58/CE – al *dictum* proveniente dalla Corte di giustizia nella sentenza *H.K.* non altera in alcun modo le modalità di soluzione dell'antinomia che possa riscontrarsi tra diritto interno e fonte sovranazionale. Come la stessa Consulta ha avuto modo di precisare, le pronunce interpretative della Corte di giustizia assumono la medesima efficacia delle norme cui ineriscono⁵⁸: perciò, se una fonte sovranazionale è priva di effetti diretti, neppure la sentenza che fornisca l'esatta esegesi di quella disposizione può mutare tale condizione e rendere la disposizione interpretata *self executing*⁵⁹.

Perciò, mentre è corretto dire che il giudice italiano è tenuto ad applicare la sentenza *H.K.*, non è altrettanto esatto sostenere che ne derivi, *ipso facto*, la disapplicazione dell'art. 132 cod. priv., in quanto ne sia stato accertato il contrasto con l'art. 15, dir. 2002/58/CE.

Secondo il quadro delineato a partire dalla celebre sentenza *Granital* della Corte costituzionale⁶⁰, qualora il giudice ordinario rilevi un conflitto tra una norma interna e una sovranazionale, la prima viene disapplicata soltanto nella misura in cui la disposizione di diritto dell'Unione sia direttamente applicabile o capace di effetto diretto; diversamente, se la norma europea è priva di una di queste caratteristiche, la soluzione del contrasto dipende necessariamente dall'intervento della Consulta o, ovviamente, dall'intervento legislativo⁶¹. Il *discrimen* appare particolarmente delicato ove si tratti di disposizioni contenute in una direttiva, poiché le norme inserite in questi atti possono produrre effetti diretti soltanto a specifiche condizioni, oggetto di

⁵⁷ G. Strozzi-R. Mastroianni, *op. cit.*, 442; nella giurisprudenza costituzionale, v. C. cost., 24.6.2010 n. 227, ECLI:IT:COST:2010:227, pt. 8.

⁵⁸ C. cost., 11.7.1989 n. 389, ECLI:IT:COST:1989:387; 13.7.2007, n. 284, ECLI:IT:COST:2007:284.

⁵⁹ R. Mastroianni, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. eur.*, 3/2007, 585 ss., spec. 589.

⁶⁰ C. cost., 8.6.1984 n. 170, ECLI:IT:COST:1984:170, come poi meglio specificata, sul punto, da C. cost., 18.4.1991 n. 168, ECLI:IT:COST:1991:168, pt. 4.

⁶¹ C. cost., 25.7.2014 n. 226, ECLI:IT:COST:2014:226, pt. 3.1. e ulteriore giurisprudenza *ivi* citata. Per un approfondimento sul punto, v. per tutti R. Mastroianni, *Conflitti tra norme interne*, cit., *passim* e G. Tesauro, *Diritto comunitario e giudici nazionali*, in *Aa.Vv.*, *Convivenza nella libertà: scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1999, 1342 ss.

progressiva definizione da parte della Corte di giustizia⁶². In mancanza di effetto diretto, la disposizione sovranazionale, per costante orientamento, «non può essere fatta valere, in quanto tale, nell'ambito di una controversia rientrante nel diritto dell'Unione al fine di escludere l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale ad essa contraria»⁶³.

Una norma può dirsi suscettibile di effetto diretto, come noto, soltanto se contiene un obbligo chiaro, preciso e incondizionato, tale da accordare ai singoli una posizione giuridica soggettiva di vantaggio che si possa invocare nella singola fattispecie, sia dinanzi all'autorità giudiziaria, sia in caso di procedimento amministrativo. I requisiti di chiarezza e precisione, spesso considerati come un'endiadi, sono intesi dalla Corte di giustizia nel senso che ricorrono ove la norma sancisce obblighi in termini non equivoci, tali da non lasciare margini di discrezionalità agli Stati⁶⁴; si può definire incondizionata, invece, la disposizione che non sia subordinata, quanto all'osservanza e agli effetti, all'adozione di misure di integrazione o esecuzione che debbano essere adottate dal legislatore, sia esso nazionale o europeo⁶⁵. Per quanto sia stato evidenziato che l'interpretazione di questi presupposti, da parte della Corte di giustizia, è spesso estensiva e flessibile⁶⁶ – e lo stesso possa dirsi della medesima valutazione quando viene condotta dalle autorità nazionali⁶⁷ –, è pur vero che un esame di tali requisiti deve quantomeno essere condotto prima di giungere *tout court* all'attribuzione di effetti diretti e quindi (in caso di ritenuto contrasto) alla disapplicazione. Laddove dovesse sussistere un dubbio sul fatto che la disposizione sovranazionale in rilievo, occorre che il giudice nazionale si rivolga, mediante un quesito pregiudiziale, alla Corte di giustizia, affinché fornisca, sul punto, una specifica valutazione.

⁶² Per una panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto, M.C. Ciciriello, *Diretta applicabilità ed effetto diretto delle norme comunitarie nella evoluzione giurisprudenziale e nella prassi degli Stati*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, vol. II, Napoli, 2014, 1601 ss.

⁶³ Da ultimo, cfr. C.G.U.E, 3.6.2021, causa C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario*, ECLI:EU:C:2021:439, pt. 80; v. anche, per una disamina più estesa, C.G.U.E, 24.6.2019, causa C-573/17, *Popławski*, ECLI:EU:C:2019:530, pt. 59 ss.

⁶⁴ *Ex multis*, C.G.U.E, 26.10.2006, causa C-317/05, *G. Pohl-Boskamp*, ECLI:EU:C:2006:684, pt. 41 e giurisprudenza ivi citata.

⁶⁵ Cfr., ad es., C.G.U.E, 1.7.2010, causa C-194/08, *Gassmayr*, ECLI:EU:C:2010:386, pt. 45 e ulteriori precedenti richiamati.

⁶⁶ D. Gallo, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, 1 ss., spec. 7.

⁶⁷ V. Onida, *A cinquant'anni dalla sentenza Costa-Enel: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. Nascimbene, Milano 2015, 29 ss., spec. 45.

Si tratta di una valutazione che i due provvedimenti dei G.I.P. di Roma⁶⁸ e Bari⁶⁹ – ovvero quelli in cui si dispone la disapplicazione dell'art. 132 cod. priv. per contrasto con la disciplina europea – hanno pretermesso, come se dall'accertamento dell'antinomia dovesse *tout court* discendere un effetto di esclusione della disposizione nazionale. Per vero, neppure gli ulteriori provvedimenti – che giungono a diverso esito – hanno effettuato *ex professo* una simile valutazione: gli altri due decreti romani ritengono che sia il *dictum* della sentenza della Corte di giustizia a non poter ottenere immediata e diretta efficacia poiché essa (e non già la direttiva) avrebbe lasciato inalterato un margine di discrezionalità che solo il legislatore nazionale avrebbe dovuto (e dovrebbe) colmare⁷⁰, senza però che vi sia alcun riferimento alla natura dell'art. 15, dir. 2002/58/CE.

Se s'intende far applicazione delle coordinate tracciate in punto di soluzione delle antinomie con riferimento all'art. 15, dir. 2002/58/CE, appare più che legittimo dubitare che a questa disposizione possa attribuirsi un effetto diretto: la norma accorda agli Stati membri la facoltà di adottare una legislazione interna che limiti i diritti e gli obblighi di cui agli artt. 5, 6, 8 e 9 della medesima direttiva⁷¹, purché si tratti di misure necessarie, opportune e proporzionate e tese a certe specifiche finalità ivi menzionate. Gli stessi ordinamenti nazionali sono anche legittimati a prevedere che le informazioni ottenute dai fornitori siano conservate solo per un certo lasso di tempo.

Risulta francamente difficile pensare che a una disposizione di questo tenore – che attribuisce un potere molto ampio e discrezionale agli Stati membri – possa riconoscersi natura incondizionata, nel senso di cui si è detto. Ai legislatori dei singoli Paesi è in primo luogo lasciata la possibilità di adottare (o meno) specifiche norme in materia di *data retention* e, salvo quanto indicato rispetto alle finalità per cui le deroghe possono essere dettate (peraltro con riferimento a nozioni ampie ed elastiche), gli organi nazionali sono liberi di declinare i provvedimenti normativi senza che l'atto dell'Unione contenga criteri specifici o vincolanti. Sebbene l'art. 15, dir. 2002/58/CE sia stato interessato da una pluralità di pronunce della Corte di giustizia che ne hanno meglio chiarito, in chiave tassativizzante, il contenuto (e così i vincoli ai quali il legislatore nazionale è tenuto), è tuttavia arduo sostenere che, così come formulata, la disposizione sia suscettibile di produrre effetti diretti, ovvero di essere

⁶⁸ Nel decreto del 25.4.2021, 3, si legge che si deve «ravvisare il sopravvenuto contrasto [...] la conseguenza del conflitto è quella della non applicazione della norma interna»

⁶⁹ Secondo il Tribunale barese (p. 13 del provvedimento esaminato) l'art. 132 cod. priv., a seguito della sentenza *H.K.*, non è più “operativo”, in forza della diretta applicazione della norma dell'Unione europea.

⁷⁰ T. Roma, 28.4.2021, dott. Fanelli, 3; decr. Senza data, dott. Savio, 3-4.

⁷¹ Disposizioni che dettano la disciplina inerente alla riservatezza delle comunicazioni, al trattamento dei dati nella disponibilità dei fornitori, all'identificazione delle utenze in caso di chiamate e alla conservazione di dati relativi all'ubicazione.

fatta valere – in quanto attributiva di una posizione giuridica di vantaggio – dai singoli nelle specifiche controversie che li vedano coinvolti. Del resto, in nessuna delle sentenze della Corte di giustizia si fa cenno al riconoscimento di effetti diretti alla disposizione in esame, né è mai stato espressamente indicato – pur affermandosi che l'art. 15, dir. 2002/58/CE ostasse a certe previsioni normative nazionali – che spettasse al giudice nazionale procedere alla disapplicazione nei rispettivi ordinamenti. Anzi, proprio nella sentenza *H.K.* la Corte di giustizia ha inteso ribadire che compete al diritto nazionale stabilire i requisiti in presenza dei quali le autorità inquirenti possono richiedere i dati ai fornitori dei servizi di comunicazione⁷² e, in questo senso, pare deporre anche il richiamo al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri⁷³. Diventa così condivisibile il rilievo di chi⁷⁴ ha ritenuto che, tra i quesiti formulati dal Tribunale di Rieti, si sarebbe potuta inserire anche una sollecitazione tesa a comprendere la capacità della norma europea di produrre (o meno) effetto diretto, in modo da sgombrare il campo da possibili incertezze sul punto.

Se si dovesse ritenere che l'art. 15, dir. 2002/58/CE sia una disposizione sfornita di effetti diretti – e una lettura minimamente attenta sembra deporre in tal senso –, lo strumento di soluzione dell'antinomia che si verifichi tra quella norma e l'art. 132 cod. priv. non può essere identificato nella disapplicazione da parte dell'autorità giudiziaria, bensì dovrebbe individuarsi nella formulazione di una questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1, Cost.

Quanto alle prospettive ipotizzabili in caso di intervento della Corte costituzionale, si è autorevolmente evidenziato⁷⁵ il rischio che, a fronte dell'incidente di costituzionalità, la Consulta ritenga di non poter intervenire, in quanto l'intervento sollecitato si risolverebbe in una forma di ingerenza nella discrezionalità dell'organo legislativo, al quale spetterebbe tanto individuare i reati "gravi", quanto delineare l'autorità competente a pronunciarsi sulla richiesta di acquisizione dei dati. A questo proposito, la Corte costituzionale potrebbe però utilmente ricorrere al modello – ormai di non infrequente utilizzo⁷⁶ – della c.d. incostituzionalità differita⁷⁷, impiegato dal

⁷² C.G.U.E, *H.K.*, cit., pt. 50.

⁷³ *Ivi*, pt. 42.

⁷⁴ G. Leo, *Le indagini sulle comunicazioni*, cit., 18.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Si tratta di un modello decisorio il cui primo utilizzo risale alla vicenda *Cappato* (ord. 16.11.2018, n. 207, ECLI:IT:COST:2018:207 e successiva sentenza 22.11.2019, n. 242, ECLI:IT:COST:2019:242), seguito dalle questioni di legittimità relative rispettivamente alla pena detentiva prevista in caso di diffamazione a mezzo stampa (ord. 26.6.2020, n. 132, ECLI:IT:COST:2020:132 e successiva sentenza 12.7.2021, n. 150, ECLI:IT:COST:2021:150) e al c.d. ergastolo ostativo (ord. 11.5.2021, n. 97, ECLI:IT:COST:2021:97). Su questa "nuova" tecnica decisoria, v. *ex multis* 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*, 2/2019, 644 ss.

⁷⁷ Secondo l'espressione impiegata da M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19.11.2018 e poi ampiamente utilizzata anche da altri Autori.

giudice delle leggi qualora la soluzione della questione imponga, a fronte di criticità del tessuto normativo vigente, di «ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo»⁷⁸. In una diversa prospettiva – quella di un potenziale accoglimento della questione con intervento additivo sull'art. 132 cod. priv. –, si può ricordare che di recente la Consulta⁷⁹ ha evidenziato, soffermandosi sulla legislazione speciale relativa al regime delle comunicazioni in cui fosse coinvolto un Parlamentare (art. 6, co. 2, l. 20.6.2003, n. 140), la stretta contiguità tra la disciplina delle intercettazioni e quella in tema di acquisizione dei tabulati telefonici. In quella sentenza, si è sottolineato che non è corretto ritenere che vi sia alcuna «differenza ontologica»⁸⁰ tra i due strumenti, tanto da far presumere, da parte della Consulta, che la disciplina «potrebbe mutare in futuro, proprio sugli aspetti qui rilevanti, e anche in direzione di un più omogeneo trattamento di intercettazioni e acquisizione di tabulati»⁸¹. Anche la Corte Edu, nella sua più autorevole composizione, ha di recente sostenuto la sostanziale omogeneità del livello di ingerenza nei diritti fondamentali tra quanto accade in caso di captazione dei contenuti delle comunicazioni e di rilevazione dei dati esteriori⁸². Queste considerazioni – alla luce del superamento dei rigidi canoni delle rime obbligate⁸³ e in forza delle sollecitazioni provenienti dalla Corte di giustizia – potrebbero trovare ulteriore sviluppo nel senso di rinvenire nella disciplina dettata in tema di intercettazioni telefoniche il termine di confronto cui uniformare l'art. 132 cod. priv., sebbene, in pronunce ormai non recenti, era stata esclusa, dalla Consulta come dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, la necessità di dover applicare la legislazione degli artt. 266 ss. Cpp alle acquisizioni dei tabulati⁸⁴.

Ulteriore profilo da considerare attiene alle modalità con cui, in attesa di intervento legislativo o della Consulta, si possa procedere all'acquisizione dei tabulati o all'utilizzo degli stessi. Se dall'assenza di effetti diretti dell'art. 15, dir. 2002/58/CE discende l'impossibilità di disapplicare la norma interna contrastante, l'art. 132 cod. priv. continua a rappresentare la disposizione in forza della quale si deve disporre l'acquisizione dei tabulati telefonici. Infatti, come si è osservato nella giurisprudenza

⁷⁸ C. cost., ord. 97/2021, cit., pt. II.

⁷⁹ C. cost., 6.3.2019 n. 38, ECLI:IT:COST:2019:38.

⁸⁰ *Ivi*, pt. 2.3.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² C. eur., GC, 25.5.2021, *Big Brother Watch c. Regno Unito*, ECLI:CE:ECHR:2021:0525, pt. 363, ove si legge che «the Court is not persuaded that the acquisition of related communications data through bulk interception is necessarily less intrusive than the acquisition of content. It therefore considers that the interception, retention and searching of related communications data should be analysed by reference to the same safeguards as those applicable to content».

⁸³ V., sul punto, D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate*, in www.sistemapenale.it, 3.2.2021.

⁸⁴ C. cost., 11.3.1993 n. 81, ECLI:IT:COST:1993:81 e 17.7.1998, n. 281, ECLI:IT:COST:1998:281; Cass. S.U., 23.2.2000 n. 6/2000, in *DeJure*.

costituzionale, «la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta [...] affetta da alcuna nullità»⁸⁵, ma rimane pienamente operativa, fino a quando vi sia un intervento della Corte costituzionale o del legislatore.

Quanto ai dati già acquisiti in forza dell'art. 132 cod. priv. (si pensi ai casi esaminati, pur in diversi frangenti processuali, dai Tribunali di Bari, Milano e Rieti), la tesi evocata in dottrina⁸⁶ e giurisprudenza⁸⁷ dell'inutilizzabilità dei dati ex art. 191 Cpp appare senz'altro suggestiva e sembrerebbe inserirsi nel solco di quella giurisprudenza del Supremo Collegio secondo cui dovrebbero considerarsi affette da tale patologia tutte le risultanze istruttorie e probatorie formatesi in violazione «dei diritti soggettivi tutelati in modo specifico dalla Costituzione, come nel caso degli artt. 13, 14 e 15, in cui la prescrizione dell'inviolabilità attiene a situazioni fattuali di libertà assolute»⁸⁸. Una soluzione del genere sembra non del tutto armonica con due fondamentali considerazioni ricavabili dalla sentenza *H.K.* In primo luogo, il fondamento della pronuncia – e in generale di tutta la giurisprudenza in tema di *data retention* – è il principio di proporzionalità, il quale esige di ponderare interessi contrapposti, senza che uno dei due risulti integralmente sacrificato: questo però accadrebbe se dal *dictum* della Corte di giustizia volesse inferirsi la radicale invalidità delle acquisizioni, poiché ciò importerebbe la totale compromissione delle attività compiute dall'organo inquirente. In secondo luogo, la Corte di giustizia ha specificato, in un proprio passaggio⁸⁹, che l'unico caso in cui essa intende imporre l'esclusione del materiale probatorio ottenuto riguarda l'ipotesi di un *vulnus* al principio del contraddittorio, in quanto l'interessato non abbia potuto interloquire sull'acquisizione dei tabulati al patrimonio conoscitivo del giudicante senza potersi difendere. Tale specificazione sarebbe vanificata nella sua *ratio essendi* se poi in qualsiasi caso di contrasto si escludesse l'utilizzo dei dati ottenuti, così come sarebbe sterilizzato il richiamo al canone dell'autonomia procedurale. Come sottolineato dal Tribunale di Rieti nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, poiché – nel momento in cui i tabulati telefonici vengono acquisiti – vi si procede secondo lo schema delineato dall'art. 495 Cpp, questa circostanza induce a ritenere che la causa di esclusione delineata dalla Corte di giustizia non possa essere utilmente invocata. Inoltre, se si volge l'attenzione all'ordinamento nazionale, i dati acquisiti dal PM anche dopo la sentenza *H.K.*

⁸⁵ C. cost., 170/1984, cit., pt. 5.

⁸⁶ F. Iovene, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?*, in *CP*, 12/2014, 4274 ss., spec. 4281; S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *CP*, 2/2015, 760 ss., spec. 779; 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*, 11.5.2021, 13.

⁸⁷ T. Bari, decreto 1.5.2021, cit., 13.

⁸⁸ Cass. S.U., 13.7.1998 n. 21/1998, in *DeJure*.

⁸⁹ C.G.U.E, *H.K.*, cit., pt. 44.

sarebbero ottenuti pur sempre in forza di un testo normativo vigente – non abrogato, non dichiarato illegittimo – e, sotto il profilo formale, non sarebbe agevole affermare che un atto compiuto secondo la legge sia anche affetto da una qualche patologia.

6. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, l'unica (e per questo indifferibile) modalità di soluzione del contrasto che si è riscontrato è rappresentato dall'intervento normativo. Il disorientamento che i giudici nazionali hanno manifestato a fronte della sentenza *H.K.* è una spia che rivela, in modo inequivoco, la necessità che la questione sia esaminata e risolta sul piano della disciplina, non nelle aule di (qualsiasi) organo giurisdicante.

Si tratta di un auspicio che deve riferirsi, tuttavia, non soltanto al Parlamento italiano (o al Governo, mediante un decreto-legge che permetta di provvedere sollecitamente) ma anche al legislatore europeo⁹⁰.

Rispetto a quest'ultimo, mette conto osservare che, per quanto la Corte di giustizia abbia, mediante una continua valorizzazione del principio di proporzionalità, fornito dell'art. 15, dir. 2002/58/CE un'interpretazione volta a specificare i requisiti, sostanziali e procedurali, che presidiano le forme di conservazione e acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni, è innegabile l'urgenza dell'adozione di un testo normativo europeo in materia aggiornato a fronte delle significative evoluzioni che, dal 2002 a oggi, si sono registrate nel settore delle comunicazioni. La Commissione ha adottato, in proposito, una proposta di regolamento nel 2017⁹¹, allo stato ancora pendente, per un intervento che, di anno in anno, appare ancor più necessario se si considera l'opportunità di evitare che i legislatori nazionali conservino discipline tra loro divergenti, con le conseguenti difficoltà per i fornitori che operano in plurimi Paesi e le sperequazioni quanto alle garanzie per gli individui⁹². Inoltre, se le istituzioni sovranazionali intendono procedere a definire un livello omogeneo di tutela del diritto alla riservatezza e alla vita privata con specifico riferimento al processo penale⁹³, sarebbe auspicabile ricorrere a una direttiva *ex art. 82, par. 2, lett. b, TrFUE*, ovvero lo strumento adeguato a rafforzare le garanzie in questa specifica materia: la norma

⁹⁰ G. Caggiano, *op. cit.*, p. 65; G. Formici, *La data retention saga al capolinea?*, cit., 1371; L. Luparia Donati, *op. cit.*, 753.

⁹¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), COM (2017) 10 def., 10.1.2017. L'ultima discussione in Consiglio, ancora in sede di prima lettura, risale al 10.2.2021. La proposta di regolamento si fonda sugli artt. 16 e 114 TrFUE.

⁹² G. Formici, *La data retention saga al capolinea?*, cit., 1373.

⁹³ Tenuto a maggior ragione conto che, secondo il testo della proposta del 2017 (art. 2, par. 2.d), il regolamento non si applicherebbe attività delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse.

menzionata abilita infatti l'Unione di adottare norme minime relative ai diritti della persona nella procedura penale. In questo modo, sarebbe lo stesso legislatore europeo a declinare i requisiti (sostanziali e procedurali) ai quali gli ordinamenti nazionali devono subordinare l'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni nel corso del processo, senza che tale compito sia affidato alla Corte di giustizia, la cui opera interpretativa risente delle peculiarità del singolo ordinamento da cui il quesito proviene; inoltre, come si è osservato, anche nel sistema giuridico dell'Unione – esso stesso tenuto ai canoni essenziali dello stato di diritto – occorre preservare il corretto equilibrio nei rapporti tra giurisdizione e legislatore⁹⁴.

Inoltre, l'entrata in funzione dell'ufficio della Procura europea – che, come noto, non applica un'unica disciplina, ma si riferisce a quella nazionale di volta in volta rilevante in base alla competenza territoriale – dovrebbe se possibile indurre a un ulteriore sforzo di armonizzazione dei mezzi di indagine utilizzabili. E, sotto questo profilo, non può non rilevarsi un profilo di incoerenza – proprio sull'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni – tra le esigenze manifestate dalla Corte di giustizia e la disciplina contenuta nel reg. (UE) 2017/1939: l'art. 30, par. 1, lett. *d* prevede che la produzione di tali informazioni⁹⁵ (così come per molti altri mezzi di indagine) da parte dei fornitori possa avvenire tanto per diretta disposizione del PED, quanto previa autorizzazione del giudice. Sembra quindi che il legislatore europeo (a differenza del giudice del Kirchberg) ritenga sufficientemente tutelati i diritti degli indagati in caso di richiesta dell'organo inquirente, senza che sia imposto agli ordinamenti il preliminare vaglio giurisdizionale. Desta ulteriore perplessità, sempre in questa direzione, il fatto che il reg. (UE) 2017/1939 consenta (art. 30, par. 1, lett. *e*) addirittura che le intercettazioni delle comunicazioni – strumento particolarmente intrusivo, ancor più dell'acquisizione dei tabulati – siano disposte direttamente dal PM. Pertanto, un intervento normativo europeo sarebbe opportuno sia per codificare come *ius positum* la giurisprudenza della Corte di giustizia, sia per superare le forme di potenziale incoerenza appena segnalate: si pensi al caso (un vero e proprio paradosso) per cui un PED italiano sarebbe legittimato dal regolamento e dalla legislazione nazionale ad acquisire i dati esterni riferibili alle comunicazioni degli indagati, ma al tempo stesso ciò sarebbe contrario al *dictum* del giudice del Kirchberg.

Anche da parte del legislatore italiano, come detto in precedenza, sembra indifferibile un intervento sull'art. 132 cod. priv., in modo che questa disposizione risulti meglio allineata alle esigenze di tutela espresse dalla Corte di giustizia e sia

⁹⁴ G. Caggiano, *op. cit.*, 67.

⁹⁵ L'acquisizione dei dati da parte del PED deve essere consentita rispetto ai dati esteriori ad eccezione di quelli specificamente conservati conformemente al diritto nazionale ai sensi dell'art. 15, par. 1, seconda frase, dir. 2002/58/CE, vale a dire quelli la cui conservazione sia stata consentita dalle legislazioni nazionali per un certo periodo di tempo per i motivi enunciati dalla direttiva stessa.

scongiurato il rischio dell'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea. Il principio di leale collaborazione impone infatti agli organi legislativi il compito di adottare ogni provvedimento utile a garantire il rispetto dei vincoli derivanti dalla partecipazione all'Unione⁹⁶. Ciò è vero a maggior ragione quando, come ha recentemente precisato la Corte di giustizia, si tratti di attuare il diritto derivato in modo tale che sia assicurato, nel miglior modo possibile, il rispetto delle garanzie fondamentali dell'individuo⁹⁷. La scelta normativa potrebbe orientarsi verso il modello delle intercettazioni telefoniche, quantomeno per l'introduzione del decreto di autorizzazione da parte del G.I.P. nel corso delle indagini; sembra invece del tutto eterogenea rispetto al sistema processuale nazionale la possibilità di attribuire questa competenza a un'autorità amministrativa, seppur assistita da piena indipendenza e neutralità.

Mentre la scelta più semplice potrebbe essere quella di riscrivere l'art. 132, co. 3, cod. priv. in modo da ricalcare la disciplina in tema di intercettazioni o, in alternativa, di novellare gli artt. 266 ss. Cpp in modo da estenderne l'applicazione anche alle acquisizioni dei dati esteriori (con contestuale abrogazione della normativa extracodicistica), un intervento più articolato sarebbe senz'altro possibile e consentirebbe, ferme le esigenze espresse dalla Corte di giustizia, di plasmare un dettato normativo apposito (meglio se organicamente inserito nel tessuto codicistico) che possa anche differenziarsi, nei presupposti sostanziali e processuali, da quello applicabile per le captazioni delle conversazioni.

Quanto alla gravità dei reati, è sicuramente preferibile che il legislatore adotti criteri di carattere generale, dettati in base all'editto o individuati nello specifico, anche in base alle categorie di delitti per cui l'acquisizione risulta maggiormente frequente o necessaria. Un riferimento utile potrebbe provenire dallo stesso art. 30, reg. (UE) 2017/1939, il quale prevede che i mezzi d'indagine ivi elencati debbano poter essere impiegabili dai PED per tutti gli illeciti penali che siano puniti con la detenzione nel massimo non inferiore a quattro anni di reclusione. Questi requisiti potrebbero venire declinati – come la stessa Corte di giustizia ha ritenuto possibile – in base all'intensità dell'ingerenza che l'ottenimento dei dati comporta nella vita privata dell'interessato, ad esempio consentendo l'accesso a certe categorie di informazioni (come gli abbinamenti codici IMEI-utenze mobili) anche a fronte di illeciti di minore allarme sociale. Inoltre, il legislatore potrebbe introdurre – come nel caso dell'art. 267 Cpp – presupposti procedurali legati all'esistenza di indizi di reità o di assoluta necessità dell'acquisizione ai fini dello sviluppo delle indagini.

⁹⁶ Così, da ultimo, C.G.U.E, 17.3.2021, causa C-64/20, *UH*, ECLI:EU:C:2021:207, pt. 31.

⁹⁷ C.G.U.E, 2.2.2021, causa C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84, pt. 57.

In conclusione, i provvedimenti dei Tribunali italiani hanno di sicuro manifestato un apprezzabile livello di attenzione alle nuove sollecitazioni che, in tema di acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni e di tutela dei diritti, sono pervenute dalla Corte di giustizia, ma si sono anche contraddistinti per percorsi argomentativi ed esiti totalmente eterogenei: circostanze che ben evidenziano la necessità che, a fronte di normative (nazionale ed europea) ormai risalenti, siano gli organi dotati di competenze legislative a farsi carico di definire compiutamente la complessa opera di bilanciamento degli interessi che, in materia, si contrappongono.

ILP