



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Servizio Penale

Relazione su novità normativa

Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale

(art. 1 d.l. 30 settembre 2021, n. 132)

Rel.: n. 55/2021

Roma, 13 ottobre 2021

SOMMARIO: 1. Il d.l. n. 132 del 2021: *sedes materiae* ed oggetto dell'intervento. - 2. I dati di traffico "esterno" delle comunicazioni: definizione, evoluzione ed inquadramento costituzionale, convenzionale e comunitario (cenni). - 2.1 *Segue*: la copertura ex art. 15 Cost. - 2.2 *Segue*: la "comunitarizzazione" del *data retention*. - 3. Le ragioni della riforma: la sentenza CGUE, Grande Sezione, 2/3/2021, *H.K. c. Prokuratuur* (causa C-746/18). - 4. Le ricadute domestiche della sentenza *H.K.* - 4.1 *Segue*: (dis)orientamenti della giurisprudenza di merito. - 4.2 *Segue*: la giurisprudenza di legittimità *post* e *ante* sentenza *H.K.* - 5. La giurisdizionalizzazione del procedimento acquisitivo: inquadramento generale ed ambito di applicazione. 5.1 I presupposti applicativi. - 5.1.1 Il catalogo dei reati-presupposto "gravi". - 5.1.2 La sufficienza indiziaria. - 5.1.3 La rilevanza a fine di indagine. - 5.2 La procedura ordinaria: lo *ius postulandi* delle parti. - 5.3. La procedura *ex abrupto*: il decreto d'urgenza del p.m. - 5.4 Le (inespresse) conseguenze patologiche: l'inutilizzabilità. - 6. Tutela dei titolari dei dati: diritti dell'interessato. - 7. L'assenza della disciplina transitoria: le possibili soluzioni. - 7.1 L'applicabilità del principio *tempus regit actum*. - 7.2. La sopravvenuta inutilizzabilità dei tabulati acquisiti nel precedente regime. - 7.2.1. La rinnovazione dell'acquisizione alla luce della nuova disciplina - 7.3. L'ipotesi del rinvio pregiudiziale alla CGUE.

1. Il d.l. n. 132 del 2021: *sedes materiae* ed oggetto dell'intervento.

Lo scorso **30 settembre 2021** è entrato in vigore, il giorno stesso della sua pubblicazione (art. 7), il decreto legge **30 settembre 2021 n. 132** recante «*Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP* (pubblicato nella *Gazzetta ufficiale* n. 234 del 30 settembre 2021), il cui art. 1 modifica la disciplina sull'**acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale**.

Art. 1.

Disposizioni in materia di acquisizione dei dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale

1. All'articolo 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. Entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati

di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private»;

b) dopo il comma 3 sono inseriti i seguenti:

«3-bis. Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati.

3-ter. Rispetto ai dati conservati per le finalità indicate al comma 1 i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2-undecies, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo.».

La *sedes materiae* dell'intervento novellistico è l'**art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003** (d'ora in poi: "cod. pr."), disciplinante la conservazione (e l'acquisizione) dei dati "esterni" di traffico telefonico (*data retention*),

La travagliata evoluzione legislativa che ha contraddistinto questa disposizione – ad oggi, con quello in commento, si contano ben **undici** aggiornamenti all'articolo¹ – denota la sua collocazione nell'oscillante punto di frizione tra la **tutela delle esigenze securitarie collettive, di prevenzione e repressione dei reati e la tutela della privacy individuale nei sistemi di comunicazione**². Quanto all'autorità competente ad autorizzare l'accesso, l'asse di bilanciamento è stato continuamente spostato dal legislatore, che ha riconosciuto – ora all'autorità giudiziaria in genere (art. 3, comma 1, d.l. n. 354 del 2003), ora al giudice (l. di conversione n. 45 del 2004), ora al p.m. e al giudice a seconda della fascia di reati interessati (art. 6 d.l. n. 144 del 2005, conv., con modif., in l. n. 155 del 2005³), ora al p.m. in via esclusiva (art. 2 d.lgs. n. 109 del 2008) e, da ultimo, nuovamente al **giudice in via esclusiva** (art. 1 d.l. n. 132 del 2021) – il potere di procedere all'acquisizione dei dati del traffico telefonico e telematico a fini di indagini e di prova nel **processo penale**.

¹ Sulla tormentata stratificazione della norma v. MARCOLINI, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, in *Cybercrime*, Trattato Omnia diretto da CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, Milano, 2019, pag. 1582; ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano, 2008, pag. XV; 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 *Diritto penale contemporaneo*, 2016, n. 3, pagg. 157 ss.; RODOLFI, *Il regime normativo della data retention nell'ordinamento italiano. Stato attuale e problematiche concrete*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2010, vol. 11, n. 1, pagg. 147 ss.

² Sul rapporto tra privacy e sicurezza nella dottrina italiana, *ex plurimis*: OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni e critiche su una presunta contrapposizione*, in *MediaLaws - Rivista di Diritto dei Media*, 2018, n. 2, pagg. 82 ss.; CALIFANO, *Privacy e sicurezza*, in *Democrazia e sicurezza*, 3, 2013; CLEMENTI-TIBERI, *Sicurezza interna, diritti e cooperazione internazionale nella lotta al terrorismo: i casi PNR e Swift*, in *www.astrid-online.it*, 2013; COSTANZO, *Videosorveglianza e Internet*, in MANETTI-BORRELLO (a cura di), *Videosorveglianza e privacy*, Firenze, 2010; RICCARDI, *op. ult. cit.*, pagg. 157 ss.; RUBECHI, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e privacy: nuove esigenze e vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *www.federalismi.it*, 23, 2016; SCAFFARDI, *Nuove tecnologie, prevenzione del crimine e privacy, alla ricerca di un difficile bilanciamento*, in TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2013, pagg. 425 ss.; Id., *Data retention e diritti della persona*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, n. 2, pagg. 55 ss.; PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, cit., Rimini, 2013, pagg. 547 ss. In tema di libertà e sicurezza, con particolare riferimento alle emergenze terroristiche, cfr. AIC, *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee: atti del 18. Convegno annuale, Bari, 17-18 ottobre 2003: annuario 2003*, Padova, 2007; DOGLIANI-SICARDI (a cura di), *Diritti umani e uso della forza*, Torino, 1999; CARNEVALE (a cura di), *Guerra e Costituzione*, Torino, 2004; GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006; CAVINO-LOSANO-TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2009; DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004; BALDINI, *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione. Problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2004; BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; BASSU, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Torino, 2010; DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, pagg. 205 ss.

³ Sulla cui analisi, a prima lettura, v. MENGONI, *Commento all'art. 6 d.l. 27.7.2005, n. 144, conv., con modif., in l. 31.7.2005, n. 155. Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, in *Legislazione penale*, 2005, n. 4, pagg. 463 ss.

Un "moto pendolare" che, nell'era dei *big data*⁴ e della telefonia digitale, con le sempre più pervasive metodologie di investigazioni offerte dal progressivo sviluppo tecnologico-scientifico⁵, è indicativo delle mutevoli sensibilità del decisore politico (nazionale) in punto di garanzie rispetto ai diritti inviolabili della persona incisi dai *data retention*⁶ e, in particolare, al diritto alla **riservatezza della vita privata**, tutelato a, livello sovranazionale, dagli artt. 8 CEDU e 7 e 8 CDFUE e, a livello interno, dagli artt. 2 e 15 Cost⁷.

Va subito anticipato che l'odierna novella non riguarda – come del resto chiarisce l'intitolazione dell'art. 1 del d.l. in commento – la disciplina della **conservazione** dei dati di traffico telefonico e telematico⁸: aspetto, questo, pure ritenuto meritevole di revisione secondo il nostro Garante per la privacy⁹.

⁴ In argomento, diffusamente, DE GREGORIO-TORINO, *Privacy, tutela dei dati personali e Big Data*, in Tosì (a cura di), *Privacy Digitale*, Milano, 2019, pagg. 447 ss.; DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018. Per una prospettiva comparata e di diritto costituzionale sul tema dei cd. neurodiritti, nell'alveo delle consolidate categorie a protezione del diritto alla privacy, già sottoposte a importanti sollecitazioni dall'avvento delle tecnologie digitali, v. da ultimo POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *MediaLaws, Rivista di diritto del Media*, 2021, n. 1, pagg. 9 ss.

⁵ Cfr. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *Sistema penale*, 2021, pag. 1; ADOLINA, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *Archivio penale*, 2015, n. 3, pagg. 916 ss.

⁶ Sulla correlazione necessaria tra progresso tecnico e vulnerabilità della sfera privata, v. già BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pag. 1079. Sull'inadeguatezza ed il carattere obsoleto della normativa italiana in tema di privacy v. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, ivi, 2014, Pg. 1154.

⁷ La Costituzione italiana non contiene una equivalente affermazione di tale diritto alla riservatezza ma, in un sistema di fonti quale quello attuale, ciò non pare consentire una sua minore tutela. In termini MARCOLINI, *L'Istituto della data retention*, cit., pag. 1582 ss. Come ricorda 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 maggio 2021, la riservatezza è stata considerata diritto inviolabile ex art. 2 Cost. fin dalla sentenza costituzionale n. 38/1973, anche se poi la Consulta ha tenuto un atteggiamento piuttosto ondivago negli anni successivi. "È partita quindi, a suo tempo, la ricerca di una disciplina regolatrice, e nella giurisprudenza di quel periodo si legge di tutto. Ad un certo punto parve affermarsi l'orientamento favorevole ad una **applicazione analogica degli artt. 266 ss.** del codice di rito, ma una autorevole smentita venne dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 81/1993, la quale per altro affermava la riconducibilità dei "dati esteriori" all'area di tutela dell'**art. 15 Cost.**, chiarendo che i tabulati avrebbero potuto essere acquisiti ed utilizzati solo con provvedimento giudiziale applicativo d'una norma di legge, ed enunciando la dottrina del «**livello minimo delle garanzie**», e cioè la giurisdizionalità".

⁸ Da ultimo l'art. 24 della l. n. 167 del 2017, al fine di garantire strumenti di indagine efficace in considerazione delle straordinarie esigenze di contrasto del terrorismo, anche internazionale, per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen., ha innalzato a **settantadue mesi** (sei anni) il periodo di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico da parte degli enti gestori. Il quadro complessivo della disciplina in materia, pertanto, si articola secondo una sorta di "quadruplici binario" a seconda del tipo di reato perseguito e della natura dei dati: i tempi di conservazione sono scanditi, di regola, in **ventiquattro mesi** (traffico telefonico), **dodici mesi** (traffico telematico) e **trenta giorni** (chiamate senza risposta) ai sensi dell'art. 132, comma 1 e 2, del d.lgs. n. 196 del 2003, in parte qua non modificato dal d.l. in commento; nei casi in cui vengono in rilievo reati a matrice terroristica o previsti dall'art. 407, comma 2, lettera a), i tempi di conservazione sono dettati dall'art. 24 della l. n. 167 del 2017, la cui disciplina è fatta salva dall'art. 132, comma 5-*bis*, cod. pr.

⁹ Cfr. *Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, acquisito dal governo prima dell'emanazione del decreto-legge in commento ai sensi degli artt. 36, paragrafo 4, e 57, paragrafo 1, lettera c), del regolamento UE 2016/679 nonché e 24, comma 2, d.lgs. n. 51 del 2018, secondo cui: «2. Resta, tuttavia, da adeguare alla giurisprudenza di Lussemburgo la disciplina della durata della conservazione dei tabulati, considerando anzitutto che la direttiva CE 2006/24 (la quale prevedeva un termine massimo di conservazione di ventiquattro mesi) è stata invalidata dalla Corte per violazione, in particolare, del canone di proporzionalità. La legittimità dell'acquisizione dei tabulati – obiettivo perseguito dallo schema di decreto-legge, come si evince dallo stesso preambolo esige, infatti, una parimenti legittima conservazione (alla prima preordinata), che tale potrebbe non ritenersi se incompatibile con il principio di proporzionalità, secondo cui, come chiarito dalla citata sentenza *Tele2 Sverige*, "le deroghe e le restrizioni alla tutela dei dati personali" devono intervenire "entro i limiti dello stretto necessario (sentenze del 16 dicembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*, C 73/07, EU:C:2008:727, punto 56; del 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, C 92/09 e C 93/09, EU:C:2010:662, punto 77; *Digital Rights*, punto 52, nonché del 6 ottobre 2015, *Schrems*, C 362/14, EU:C:2015:650, punto 92)". Alla luce di tale criterio andrebbe, dunque, ripensato – se del caso anche in sede di conversione del decreto-legge – il termine di conservazione di settantadue mesi previsto dalla disciplina vigente, riconducendolo entro margini maggiormente compatibili con il canone di proporzionalità, tenendo conto dei precedenti sui quali la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di pronunciarsi. Di qui, del resto, la riserva di un più approfondito esame della questione, espressa nella richiesta di parere. 3. Rispetto al testo attuale, quello del nuovo comma 3 dell'art. 132 non chiarisce almeno non espressamente – il regime

Il legislatore urgente è (re)intervenuto sulla disciplina **procedurale** riguardante l'accesso a fini di indagine penale dei dati esterni di traffico telefonico e telematico, limitandolo d'ora in poi ai soli procedimenti penali relativi a determinati **reati gravi**, selezionati *quoad poenam*, e (ri)attribuendo il **controllo preventivo sull'accesso all'autorità giurisdizionale** (in luogo del magistrato inquirente), salvo i casi d'urgenza per i quali ha riproposto una procedura *ex abrupto* ispirata a quella di cui all'art. 267, comma 2, cod. proc. pen. (v. *postea* § 5.3).

A far data dal **30 settembre** scorso sono mutati, dunque, i **presupposti** e i **requisiti** per poter acquisire (e, quindi, utilizzare quale fonte di prova) i tabulati di traffico telefonico e informatico, con un assetto che, quanto al controllo giurisdizionale, sembra ripristinare quello antecedente alla novella del 2005, mentre, sotto altri profili, sembra parificarlo a quello delle intercettazioni "in una sorta di *mixtum compositum* tra la disciplina ordinaria e quella prevista per i reati di mafia e terrorismo"¹⁰. Un'assimilazione che potrebbe preconizzare un (parziale) "ripensamento" legislativo della tradizionale distinzione tra dati "esterni" e contenuto delle comunicazioni (su cui v. *postea* § 2) che, finora, aveva giustificato la diversità di disciplina.

2. I dati di traffico "esterno" delle comunicazioni: definizione, evoluzione e loro inquadramento costituzionale, comunitario e convenzionale (cenni).

Prima di esaminare le ragioni dell'odierno intervento d'urgenza e di analizzare la disciplina di nuovo conio e le attuali problematiche di diritto intertemporale che pone, non sembra un inutile *hors-d'oeuvre* una sinossi sul rilievo processuale dei *data retention* e sul loro inquadramento costituzionale, convenzionale e comunitario.

Nel contesto delle modalità di indagine di nuova generazione, sempre maggior rilievo centrale assume, col progredire delle forme di condivisione delle informazioni digitali, il ricorso generalizzato agli strumenti di raccolta automatizzata di dati personali: siano essi dati "non comunicativi" di geolocalizzazione, dati relativi ad immagini, dati digitali o, piuttosto, **informazioni relative al traffico telefonico o telematico**. Queste ultime, nel nostro ordinamento, sono **prestazioni** considerate **obbligatorie** per gli operatori ai sensi dell'art. 96, comma 1, d.lgs. n. 259 del 2003 (codice delle comunicazioni elettroniche) a fronte delle richieste provenienti dalle competenti autorità giudiziarie¹¹.

Con la tradizionale locuzione "**dati esteriori di comunicazioni**" – conservati dai

di esperibilità dei rimedi sanciti dagli artt. da 12 a 22 del Regolamento in favore dell'interessato, in funzione strumentale alla garanzia dell'effettività del diritto alla protezione dei dati personali. Il disposto normativo attuale rinvia alla disciplina dell'art. 2-*undecies* comma 3, periodi da terzo a quinto del Codice sulla regolamentazione dell'esercizio dei diritti, modulando dunque questi particolari strumenti di tutela sulla base delle caratteristiche del trattamento, funzionale ad esigenze (in particolare pubblicistiche) primarie. È pertanto opportuno richiamare tali disposizioni, anche al fine di fugare ogni possibile dubbio interpretativo sul punto e di riaffermare il bilanciamento tra diritti dell'interessato ed esigenze confliggenti, sotteso alla disciplina dell'art. 2-*undecies* (richiamata peraltro, nei periodi da terzo a quinto del comma 3, dal comma 3 dell'art. 2-*duodecies*). In tale prospettiva si potrebbe introdurre, allo stesso comma 3 novellato, o con un ulteriore comma 3-*ter* dell'art. 132, una clausola di salvaguardia in favore della disciplina di cui all'art. 2-*undecies*, comma 3, periodi da terzo a quinto, del Codice, nei casi di esercizio dei diritti di cui agli artt. da 12 a 22 del Regolamento. Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, 10 settembre 2021, doc. web 9704851 (in www.garanteprivacy.it).

In dottrina nello stesso senso, per le stesse motivazioni espresse dal Garante, RESTA, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, in www.giustiziainsieme.it, 2 ottobre 2021, § 3, secondo cui il termine di conservazione dei tabulati di settantadue mesi, previsto dalla disciplina vigente, andrebbe ripensato alla luce del criterio di **proporzionalità** richiamato dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia (CGUE 6/10/2020, *Privacy International*, causa C-623/17).

¹⁰ Così a prima lettura, in senso critico, PESTELLI, *DL 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in [Quotidiano giuridico](http://www.quotidianogiuridico.it), in www.quotidianogiuridico.it del 4 ottobre 2021, secondo cui la soluzione prescelta dal Governo, "oltre a riportare indietro le lancette dell'orologio della nostra legislazione di quasi vent'anni (quando invero i tabulati potevano essere acquisiti solo con decreto del giudice su richiesta delle parti), nel dare seguito - del tutto acriticamente - a tale giurisprudenza [unionale], da un lato ha (re)introdotta disposizioni farraginose per lo sviluppo delle indagini e pesanti limiti all'attività di ricerca della prova penale, dall'altro non ha tenuto conto delle difformità tra il caso che aveva determinato la suddetta pronuncia e la figura del nostro P.M., così come emergente dall'ordinamento costituzionale".

¹¹ Con conseguente loro rilascio in forma gratuita, ai sensi del comma 4 dell'art. 96, comma 4, d.lgs. n. 259 del 2003, fino al nuovo assetto.

competenti gestori telefonici, anzitutto, a fini di gestione e fatturazione verso gli abbonati, quindi a prescindere dall'instaurazione di un procedimento penale – si designa una serie di elementi eterogenei attestanti il fatto storico di una comunicazione già avvenuta e coesenziali alla stessa, che consentono a forze dell'ordine e magistratura inquirente di ricostruire – necessariamente *a posteriori* e senza il consenso dell'abbonato – dati cd. "esterni" relativi al flusso di traffico telefonico ("in entrata" ed "in uscita", comprese le chiamate perse) e telematico (*files di log*¹²) intercorso con riguardo ad una certa utenza¹³.

Dalle ampie definizioni recate dall'art. 1 cod. pr.¹⁴ si evince la "ricchezza" delle informazioni di varia natura suscettibili di acquisizione a fini processuali: esse riguardano non solo i dati relativi alle telefonate su apparecchi fissi o mobili, ma anche ogni altro tipo di comunicazione elettronica, come i fax, gli sms, gli mms, le e-mail e, in senso estensivo, i dati relativi ai siti internet visitati¹⁵. Peraltro, la prassi tecnologico-operativa si è evoluta al punto di poter geolocalizzare un'utenza mobile non solo *ex post* ma anche *in real time* (ed in assenza di captazione) mediante la costante rilevazione delle celle di aggancio della *Mobile Station*, consentendo una sorta di "pedinamento elettronico"¹⁶ del possessore del cellulare anche quando non telefona (cd. *positioning*).

Il **tabulato di traffico** indica invece il prospetto – cartaceo o telematico – contenente i suddetti dati esterni generati dai gestori dei servizi di telecomunicazione¹⁷ e costituisce

¹² Durante le indagini, attraverso un decreto di "acquisizione dei *files di log*", contenenti i tempi e gli orari della connessione internet, si può risalire all'intestatario dell'abbonamento al fine di verificare che questo coincida con il titolare del profilo che ha commesso il reato informatico o col mezzo informatico (ad es. diffamazione online): difatti, conoscendo l'indirizzo IP assegnato all'utente in via esclusiva all'atto della connessione da una data postazione dal servizio telefonico si può identificare il *provider* che ha fornito l'accesso al web e, quindi, all'utenza telefonica collegata. Attraverso l'IP di destinazione, invece, è possibile identificare anche il sito internet visitato (in proposito v. RODOLFI, *op. cit.*, pag. 159). Si può altresì disporre l'acquisizione dell'*account recent activity ip log*, con indicazione del *caller id*, dell'intestatario dell'abbonamento e dei dati di inizio-fine connessione relativamente ad un certo indirizzo di posta elettronica.

¹³ In proposito MARINELLI, *Tabulati telefonici (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, 2010, pagg. 1122 ss.

¹⁴ «Art. 1. Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto si intende:

a) per **utente**: qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, senza esservi necessariamente abbonata;

b) per **dati relativi al traffico**: qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione, ivi compresi i dati necessari per identificare l'abbonato o l'utente;

c) per **dati relativi all'ubicazione**: ogni dato trattato in una rete di comunicazione elettronica che indica la posizione geografica dell'apparecchiatura terminale dell'utente di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, ivi compresi quelli relativi alla cella da cui una chiamata di telefonia mobile ha origine o nella quale si conclude;

d) per **traffico telefonico**: le chiamate telefoniche, incluse le chiamate vocali, di messaggia vocale, in conferenza e quelle basate sulla trasmissione dati, purché fornite da un gestore di telefonia, i servizi supplementari, inclusi l'inoltro e il trasferimento di chiamata, la messaggia e i servizi multimediali, inclusi i servizi di messaggia breve, servizi mediali avanzati e servizi multimediali;

e) per **chiamata senza risposta**: la connessione istituita da un servizio telefonico accessibile al pubblico, non seguita da un'effettiva comunicazione, in quanto il destinatario non ha risposto ovvero vi è stato un intervento del gestore della rete;

f) per **identificativo dell'utente**: l'identificativo unico assegnato a una persona al momento dell'abbonamento o dell'iscrizione presso un servizio di accesso internet o un servizio di comunicazione internet;

g) per **indirizzo di protocollo internet (IP)** univocamente assegnato: indirizzo di protocollo (IP) che consente l'identificazione diretta dell'abbonato o utente che effettua comunicazioni sulla rete pubblica».

In argomento v. RICCARDI, *op. cit.*, pag. 171; RODOLFI, *op. cit.*, pagg. 153 ss.

¹⁵ BUSIA, *Elenco tassativo delle informazioni da archiviare*, in *Guida dir.*, 2004, n. 2, pag. 29, sottolinea il rischio che, in tal modo, le informazioni acquisite rivelerebbero non solo i dati esteriori, ma anche i contenuti della comunicazione elettronica e sarebbero state assimilabili a intercettazioni vere e proprie. Sul punto si è registrato in passato anche un intervento delle associazioni di categoria dei fornitori di accesso e servizi su Internet (Assprovider e Aup), le quali evidenziarono come la conservazione per un totale di cinque anni del traffico degli utenti di Internet avrebbe comportato la creazione di archivi vastissimi, utilizzabili come "dossier" a carico di un soggetto.

¹⁶ In argomento, in generale, BRUNO, *La localizzazione elettronica tra indagine e prova*, in *Giust. pen.*, 2011, III, coll. 683 ss.

¹⁷ Nella prassi applicativa dell'art. 132 cod. pr., i diversi gestori di servizi sono soliti rispondere alle richieste di accesso secondo le proprie esigenze organizzative, fornendo i tabulati in un formato da loro confezionato, il quale può variare sensibilmente anche in relazione al dettaglio delle informazioni ivi riportate. Il ventaglio dei dati contenuti nel tabulato sembra, insomma, nella pratica, esser dettato dall'organizzazione interna dei gestori, piuttosto che dalle effettive esigenze conoscitive degli organi inquirenti: REALE, *I dati telefonici e*

la **documentazione**, in forma intellegibile, del flusso telefonico-informatico (così già Sez. U, n. 21 del 13/7/1998, Gallieri, Rv. 211197-01¹⁸).

Dunque, i *data retention* costituiscono tracce (o "impronte elettroniche") estranee, per definizione, al *contenuto* delle intercorse comunicazioni, donde la loro tradizionale nozione¹⁹ e la ritenuta lesione quale "lesione periferica" del diritto alla riservatezza, spiegata proprio in ragione della minore invasività del mezzo rispetto a quello intercettivo²⁰. Nondimeno, è indubbio che detti dati divengono "qualificati" nella misura in cui forniscono notizie *retrospettive* assai rilevanti (il tempo, la durata, la frequenza delle chiamate, le utenze contattate, i codici IMEI, gli intestatari delle schede SIM, l'ubicazione dell'utenza mediante la "geolocalizzazione" storica delle celle di aggancio²¹) e talora **sensibili**, caratterizzanti finanche la **personalità** e la **sfera privata** del titolare dell'utenza telefonica o telematica²² o, addirittura, di una categoria indistinta di utenti presenti in una determinata area geografica (si pensi al traffico telefonico, in entrata e in uscita, assorbito da una determinata "cella di apertura" con mappatura d'irraggiamento²³).

telematici per l'autorità giudiziaria: la necessità di convergere su modelli di dati e procedure condivise, in *Informatica e diritto*, XLI annata, Vol. XXIV, 2015, nn. 1-2, pag. 335; NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention* (nota a Cass., Sez. III, 19 aprile 2019, n. 36380, in *Sistema penale*, 2020, n. 5, pagg. 187).

¹⁸ Commentata da DIDDI, *Tutela della privacy e acquisizione dei tabulati telefonici*, in *Giust. pen.*, 1999, III, coll. 615 ss.

¹⁹ Di qui il valore da attribuire all'espressione "dati esterni": MARCOLINI, *loc. ult. cit.*

²⁰ CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 11, pag. 1572: la natura emergente o periferica del diritto inciso è il parametro che ha indotto la Consulta a ritenere, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, non indispensabile il rispetto della riserva di giurisdizione, considerando sufficiente un modello di tutela più tenue, costituito da un provvedimento del pubblico ministero adeguatamente motivato. La Consulta, già con la sentenza Corte Cost. n. 81/1993 delineava, dunque, parallelamente alle prove incostituzionali (e come tali inammissibili) perché, appunto, lesive di diritti costituzionalmente tutelati, la categoria delle prove (allora atipiche) "rafforzate" perché incisive su diritti di libertà, ammettendo per lesioni solo periferiche di tali diritti un bilanciamento "attenuato" che moduli le tutele in ragione dell'entità solo marginale della compressione del diritto.

²¹ Com'è noto, i fornitori conservano traccia delle cd. "celle di apertura" dei telefoni cellulari, cioè dei ponti radio "agganciati" da ciascun apparecchio, con conseguente possibilità di ricostruire con buona approssimazione la posizione di un soggetto assunta a ritroso nel tempo attraverso l'analisi del solo tabulato telefonico. I dati di georeferenziazione – come spesso emerge dalle vicende di cronaca giudiziaria di maggiore rilevanza mediatica – assumono grande importanza nelle indagini. Sul punto la disciplina più analitica della direttiva 2002/58/CE, al considerando n. 14, stabiliva che «*I dati relativi all'ubicazione possono riferirsi alla latitudine, longitudine ed altitudine dell'apparecchio terminale dell'utente, alla direzione di viaggio, al livello di accuratezza dell'informazione sull'ubicazione, all'identificazione della cella di rete in cui l'apparecchio terminale è ubicato in un determinato momento, e al momento in cui l'informazione sull'ubicazione è stata registrata*». Naturalmente – va precisato – il movimento del cellulare non equivale al movimento della persona indagata o imputata che potrebbe avere in uso utenze intestate a terze persone o, viceversa, utenze intestate all'imputato potrebbero essere in uso a terze persone. Saranno le inferenze probatorie aggiuntive a determinare chi, in concreto, ha la reale disponibilità di quell'utenza telefonica in un certo momento. Analogamente, essere agganciati ad una certa cella, di per sé, non dà alcuna certezza circa la precisa posizione della persona, atteso che un ponte telefonico copre a volte territori di svariati chilometri quadrati, ma appare altrettanto innegabile che l'aggancio della cella valga ad escludere il posizionamento del cellulare del soggetto in ogni altro luogo; e soprattutto, nel caso del suo movimento, serve a dare l'idea precisa della direzione tenuta dall'utenza dell'indagato o imputato in un certo momento, circostanza significativa in un numero non trascurabile di procedimenti. Cfr. MARCOLINI, *L'istituto del data retention*, cit., pag. 1581 e 1585.

²² Come si legge nella *Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione recante "Conversione in legge del decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, recante misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP"*, "la crescita dell'attenzione verso le esigenze di tutela della vita privata è avvenuta anche in ragione dello sviluppo tecnologico degli ultimi decenni, che ha consentito l'impiego su larga scala di strumenti capaci di determinare forme di compressione di quei diritti in passato non concepibili. In questa prospettiva, la diffusione di reti e mezzi di comunicazione sempre più raffinati, anche nella capacità di raccolta, conservazione ed elaborazione dei dati, e l'ampio utilizzo di questi mezzi da parte della generalità dei cittadini hanno posto all'attenzione il fatto che attraverso essi sia possibile raccogliere informazioni, anche dettagliate, sulla vita privata delle persone che ne fanno uso: un aspetto che si è amplificato in ragione del fatto che l'accesso a quei dati e, prima ancora, la loro conservazione, proprio per l'idoneità conoscitiva che garantiscono, è diventato prezioso, in vista delle ordinarie e legittime attività di prevenzione e repressione dei reati, anche per gli Stati, i quali, quindi, hanno effettuato interventi diretti a consentirne la più ampia e diffusa conservazione". Cfr. Camera dei deputati, Legislatura XVIII, Disegno di legge A.C. 3298, pagg. 3 ss.

²³ Si tratta di una categoria di dati che – come spesso emerge dalle vicende di cronaca giudiziaria di maggiore rilevanza mediatica – assumono grande importanza per le indagini: com'è noto, i fornitori conservano traccia delle cd. "celle di apertura" dei telefoni cellulari, cioè dei ponti radio "agganciati" da ciascun apparecchio, potendosi così individuare con buona approssimazione i luoghi in cui un soggetto si trova in un determinato

In definitiva, i *data retention* consentono di creare "una mappatura tanto fedele quanto esaustiva di una parte importante dei comportamenti di una persona facenti strettamente parte della sua vita privata, se non addirittura un ritratto completo della sua identità personale"²⁴.

Pertanto, con l'avvento della telefonia digitale è accresciuta la capacità di raccolta dei *metadati* e la possibilità *ex post* di "archiviarli", "organizzarli" e "correlarli", traendo dai medesimi, anche attraverso l'intelligenza artificiale, una *profilazione* assai precisa²⁵, sicché alla loro attitudine esplorativa così estesa è corrisposta un'elevata potenzialità euristica dello strumento investigativo in esame, quale incisivo mezzo a vocazione squisitamente **probatoria** utilizzabile dalle agenzie di *law enforcement* o di *intelligence*²⁶ ma, volendo, anche dall'imputato²⁷. Infatti, una volta ottenuti i dati esterni di traffico, essi rientrano nel compendio del magistrato che li ha richiesti: in indagini, nel fascicolo del p.m.; in giudizio, nel fascicolo del dibattimento, quali prove documentali (art. 234 cod. proc. pen.); quanto ad efficacia probatoria, sono liberamente valutabili come ogni altro mezzo di prova, a seconda delle ragioni che ne hanno suggerito l'acquisizione²⁸.

Proprio in considerazione della gravità dell'ingerenza nella vita privata oggi provocata dall'analisi incrociata dei *metadati* e della capillarità delle indagini sulle tracce delle comunicazioni elettroniche, grazie alla loro formidabile capacità di "scandagliare e riportare in superficie eventi del passato"²⁹, da più parti in dottrina si propone un ripensamento della tradizionale distinzione tra dati esterni e contenuto delle comunicazioni³⁰: ciò non in termini dogmatici, ma a fini di elevazione degli standard di garanzia, osservandosi come attraverso la raccolta dei dati concernenti le comunicazioni (tabulati) si possono ottenere informazioni talora ancora più sensibili delle captazioni³¹ e potenzialmente (cioè in assenza di una disciplina regolatrice) disponibili per sempre³².

A tal fine si richiamano – a sostegno – anche i recenti arresti della giurisprudenza sovranazionale di Strasburgo sul caso *Big Brother*, in cui la Corte di Strasburgo ha equiparato, sotto il profilo della gravità, l'ingerenza derivante dall'acquisizione dei dati esterni a quella relativa alla captazione del contenuto comunicativo (Corte EDU 13/9/2018, ric. nn. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, *Big Brother Watch & others c. UK*, secondo cui la geolocalizzazione in tempo reale è un'ingerenza ancor più intensa della

momento. Sul punto, si può ricordare, ancora una volta, la disciplina più analitica della direttiva 2002/58/CE la quale, al considerando n. 14, stabiliva che «i dati relativi all'ubicazione possono riferirsi alla latitudine, longitudine ed altitudine dell'apparecchio terminale dell'utente, alla direzione di viaggio, al livello di accuratezza dell'informazione sull'ubicazione, all'identificazione della cella di rete in cui l'apparecchio terminale è ubicato in un determinato momento, e al momento in cui l'informazione sull'ubicazione è stata registrata».

²⁴ Cfr. § 65 e 74 delle conclusioni dell'Avv. Gen. UE Cruz Villalón nelle cause riunite C-293/12 e C-294/12, *Digital Rights e Seitlinger e a. c. Minister for Communication, Marine adn Natural Resources e a.*

²⁵ Tanto dei singoli quanto dei gruppi sociali: così OROFINO, *op. cit.*, pag. 83 ed ivi per richiami. Sui problemi che l'evoluzione dell'Intelligenza Artificiale (IA) pone in materia di protezione dei dati personali, v. il recente volume di PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018 ed ivi in particolare la prima parte dell'A. e nella seconda parte i contributi di D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza artificiale: Intelligenza dai dati e Intelligenza dei dati*, pagg. 265 ss.; BASSINI-LIGUORI-POLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi*, *ibidem*, pagg. 333 ss.; BIFULCO, *Intelligenza artificiale e ordine spontaneo*, pagg. 383 ss.

²⁶ ADOLINA, *Il potere del difensore di acquisizione diretta dei dati di traffico telefonico relativi al proprio assistito: limiti normativi e prospettive de iure condendo*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2018, pag. 1.

²⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla valenza probatoria dei dati di ubicazione del cellulare normalmente utilizzato dall'imputato al fine di dimostrare di essersi trovato in luogo diverso da quello di consumazione del delitto ascrittogli.

²⁸ Così, ad esempio, se era stato l'imputato ad affermare che in un dato momento, rilevante ai fini dell'imputazione, si trovava al telefono con una data persona, a mezzo dell'acquisizione dei dati si verificherà se ciò corrisponde al vero. Se, invece, a rivestire interesse è la geo localizzazione, l'aggancio delle celle telefoniche ne potrà rivelare la posizione (approssimativa) e gli eventuali movimenti da una cella all'altra nel tempo. In termini, MARCOLINI, *op. cit.*, pag. 1585.

²⁹ CAMON, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pagg. 595 e 638.

³⁰ Per tutti NERONI REZENDE, *op. cit.*, pagg. 191 e 194 ss.; implicitamente LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone*, *cit.*, pagg. 4 s.

³¹ Come osserva LEO, *op. ult. cit.*, pag. 5, "la gente – che abbia o non ragioni di effettiva preoccupazione – al telefono dice spesso cose insignificanti o utilizza un linguaggio cifrato".

³² LEO, *op. ult. cit.*

ricostruzione "storica" degli spostamenti compiuti attraverso il cellulare³³; Corte EDU, Grande Sezione, 21/5/2021, ric. n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, *Big Brother Watch & others c. UK*)³⁴.

Va nondimeno precisato che, con specifico riguardo ai tabulati telefonici relativi ad utenze telefoniche, la Corte EDU ha da ultimo ritenuto che il loro ottenimento non è lesivo dell'art. 8, paragrafo 2, della CEDU, ove avvenuto nel rispetto di normative (nella specie, quella francese) che prevedono adeguate garanzie contro il rischio di abusi (Corte EDU, Sez. V, 8/2/2016, *Ben Faiza c. Francia*).

2.1 Segue: la copertura ex art. 15 Cost.

La tralattizia distinzione tra dati esterni e contenuto delle comunicazioni è da tempo cristallina sia in dottrina che nella giurisprudenza, anche costituzionale: già a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, l'individuazione degli estremi di colloquio telefonico (allora chiamato il cd. "blocco telefonico", riferito ai soli telefoni fissi³⁵) veniva qualificata come attività *ontologicamente* diversa rispetto a quella captativa del contenuto della comunicazione³⁶.

Benché il tenore dello scambio comunicativo resti sconosciuto, si è sempre ritenuto che l'acquisizione dei dati esterni rientri comunque nell'alveo di protezione dell'art. 15 Cost., secondo cui la libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione possono essere limitate per legge e con atto motivato dell'Autorità giudiziaria, sorretto da adeguata e specifica motivazione (Corte Cost. n. 281/1998). Ciò perché, in sostanza, è l'utilizzo del mezzo tecnologico – idoneo a lasciare traccia del dato storico dell'avvenuta comunicazione – a richiedere lo spiegamento delle garanzie costituzionali³⁷.

³³ Secondo la Corte EDU, alcuni aspetti del sistema di sorveglianza inglese in vigore prima della riforma del 2016 violavano la CEDU. Diversi ricorrenti (per un totale di 16 tra associazioni e giornalisti) operanti «nel campo delle libertà civili» lamentavano che i servizi segreti inglesi, in accordo con quelli americani, avrebbero istituito un programma d'intercettazione di massa, con ricerca, selezione, archiviazione e trasmissione dei dati raccolti dai servizi di comunicazione: giudicavano che tutto ciò discriminasse maggiormente i cittadini residenti fuori dal Regno ritenuti più suscettibili ad essere oggetto di queste intercettazioni. La CEDU permette che, di per sé, le intercettazioni di massa non violano la CEDU se sono adottate tutte le garanzie enunciate dalla sua prassi (*Roman Zakharov c. Russia* del 2015 e *Weber e Saravia c. Germania* del 2006), ma nella fattispecie non sono state rispettate, perciò ha ravvisato plurime violazioni dell'art. 8 CEDU. Infatti il sistema con cui le autorità ottengono i dati dai fornitori di servizi della comunicazione non è conforme ai requisiti legali previsti da questa norma, è insufficiente la sorveglianza sulle scelte dei providers che effettuano le intercettazioni, "setacciano" la rete, ricercano e selezionano i dati intercettati da esaminare e le garanzie legate a quest'ultima fase sono inadeguate. Questi sistemi d'intercettazione di massa e di ottenimento dei dati dai fornitori di servizi per la comunicazione violano anche il combinato degli art. 8 e 10 perché non offrono garanzie atte a tutelare le fonti giornalistiche confidenziali. Sono state ritenute infondate invece le doglianze ex art. 6 CEDU. Infine, è conforme alla CEDU e, perciò, lecito lo scambio d'informazioni con i servizi di *intelligence* di Stati stranieri. Cfr. PISAPIA, *Sentenze di settembre 2018. Le più interessanti sentenze della Corte EDU emesse nel 2018*, in *Questione giustizia online*, 7 dicembre 2018.

³⁴ NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale*, cit., pag. 195.

³⁵ Espressione che alludeva all'arresto degli organi di commutazione del circuito su tutta la rete. Successivamente, si è utilizzato il cd. tracciamento *axe* (o rilevamento del tracciato *axe*), tecnica investigativa che consisteva nell'individuazione dell'utenza telefonica in partenza di una o più telefonate tramite sottoposizione a controllo dell'apparecchio ricevente. Cfr. RICCARDI, *op. cit.*, pag. 165 nt. 43 ed ivi per richiami. Nel senso che il tracciamento *axe* implicherebbe pur sempre l'acquisizione di un «dato personale», FILIPPI, *Il rilevamento del «tracciato axe»: una nuova denominazione per una vecchia tecnica d'indagine*, in *Giur. it.*, 1999, II, 1687. Per ulteriori rilievi, cfr. VIALI, *L'acquisizione dei dati «esteriori» di conversazioni o comunicazioni: tra nuove tecnologie e sbandamenti giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 1999, 2582.

³⁶ CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996, pagg. 28 ss.

³⁷ CAMON A., *Le intercettazioni*, cit., pag. 29; ID., *Sulla inutilizzabilità nel processo penale dei tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi cellulari, acquisiti dalla polizia senza autorizzazione dell'Autorità giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 3720; DE LEO, *Controllo delle comunicazioni e riservatezza*, ivi, 2002, pag. 2213; CALAMANDREI, *Acquisizione dei dati esteriori di una comunicazione ed utilizzazione delle prove c.d. incostituzionali*, in *Giur. it.*, 1999, II, pag. 1692; DOLSO, *Ipotesi sulla possibilità di un diverso esito utilizzando il parametro della ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 2111; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, pag. 25; POTETTI, C. Cost. 81/93: *la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, co. 1, Cost.*, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 2746 ss.; DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. it.*, 1995, I, pag. 107; MELILLO, *L'acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico tra limiti normativi ed equivoci giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 478. L'opinione contraria – rimasta minoritaria – escludeva invece che i dati esterni alle comunicazioni fossero meritevoli di tutela ex art. 15 Cost.: CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, pag. 66; DIDI, *Tutela della privacy e acquisizione dei tabulati telefonici* (nota a Cass., Sez. U, 24 settembre 1998, Gallieri), cit., pagg. 615 ss.

Questa soluzione interpretativa è stata accolta dalla Corte Costituzionale sin dagli anni novanta, quando non esisteva una normativa speciale in materia e veniva utilizzato per l'apprensione dei tabulati di traffico l'art. 256 cod. proc. pen.³⁸ – allorché, con una “storica” decisione interpretativa di rigetto (Corte Cost. n. 81/1993³⁹), il giudice delle leggi ebbe ad affermare che, in forza dell'art. 15 Cost., va riconosciuto il diritto di mantenere segreti tanto i dati che possano portare all'identificazione dei soggetti della conversazione, quanto quelli relativi al tempo e al luogo dell'intercorsa comunicazione⁴⁰ (cfr. altresì Corte Cost. n. 281/1998 cit., che dichiarò inammissibile la questione di costituzionalità, sollevata con riferimento all'art. 267 cod. proc. pen., nella parte in cui non prescrive l'adozione di un provvedimento autorizzativo del giudice per l'acquisizione dei tabulati telefonici, in ragione del diverso grado di tutela; v. altresì Corte Cost. n. 372/2006⁴¹).

Più di recente, i giudici costituzionali hanno evidenziato “la notevole capacità **intrusiva**” di un'attività investigativa che coinvolga i tabulati, con conseguente sua riconducibilità “alle garanzie dell'art. 15 Cost. in rapporto alle limitazioni della libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione” (Corte Cost. n. 188/2010), confermando che per ogni cittadino il ricorso a tale strumento di indagine deve essere necessariamente soggetto alle garanzie previste dall'art. 15 Cost. (Corte Cost. n. 38/2019).

2.2 Segue: la “comunitarizzazione” dei *data retention*.

Quanto alla cornice unionale di riferimento, nessun dubbio può sussistere in ordine al fatto che l'impiego dei dati “esterni” del traffico telefonico ed informatico nel processo penale sia materia di matrice unionale: non tanto perché – si è affermato in dottrina – il diritto ed il processo penale, nello scenario post-Lisbona, possono dirsi direttamente “comunitarizzati” (artt. 82 e 83 TFUE), quanto perché il trattamento dei dati in generale e la *data retention* nello specifico rientrano pienamente, ben prima del Trattato di Lisbona, nelle competenze dell'Unione, indipendentemente dalla sede (stragiudiziale o giudiziale, civile o penale) in cui i dati stessi vengono trattati⁴².

Ne consegue che l'art. 132 cod. pr., oggi interpolato, disciplina una materia rientrante nelle competenze dell'Unione⁴³ donde la necessaria sua (verifica di) **conformità col**

³⁸ Norma che prevede la possibilità di invitare i soggetti detentore di documentazione, che rivestono un qualche ruolo di pubblico rilievo, ad esibirla. In senso critico, poiché questa norma non tutela i comunicanti ma il soggetto che detiene la documentazione e che sarebbe tenuto al riserbo, se non intervenisse il provvedimento dell'a.g., DE LEO, *op. ult. cit.*, pag. 41, secondo il quale la Consulta, eludendo nell'occasione il problema della riserva di legge ex art. 15 Cost., lasciò aperta una falla che derivava proprio dall'impostazione che essa aveva dato al problema della garanzia da apprestare ai dati esterni alla comunicazione; falla che, per le suddette ragioni, non poteva essere colmata dalla citata norma processuale.

Si è anche osservato che l'art. 256 cod. proc. pen. non contempla divieti di acquisizione e di utilizzazione né forme di controllo sulla legittimità del provvedimento di acquisizione, tanto meno alcuna tutela della riservatezza sulle comunicazioni non rilevanti per il procedimento; infine, i dati acquisiti ex art. 256 non risultano assoggettati al divieto di utilizzazione in altri procedimenti contemplato dall'art. 270: in argomento, v. ZACCHE', *Acquisizione di dati esterni ai colloqui telefonici*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pag. 340.

³⁹ Commentata da POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15 comma primo della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 2741 ss.; DOLSO, *Ipotesi sulla possibilità di un diverso esito utilizzando il parametro della ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 2111 ss. e da PACE, *Nuove frontiere della libertà di comunicare riservatamente (o piuttosto del diritto alla riservatezza)?*, *ibidem*.

⁴⁰ Tuttavia la Consulta non ritenne che tali dati costituissero oggetto di un'intercettazione in senso tecnico giungendo alla conclusione che dovesse escludersi l'applicazione delle forme previste dal codice in materia di intercettazioni. Secondo la Corte, infatti, le radicali differenze di struttura ravvisabili tra intercettazioni ed acquisizione di tabulati, avrebbero reso, da un lato, improponibile qualunque lettura estensiva degli artt. 266-271 cod. proc. pen. e, dall'altro, applicabile [allora] la disciplina prevista dall'art. 256 cod. proc. pen. La conclusione è stata poi ribadita dalla Corte (Corte Cost. n. 281/1998, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 27) che, ritenendo inammissibile un nuovo incidente di costituzionalità, affermò che la disciplina di cui all'art. 256 cod. proc. pen. è in linea con le “irrinunciabili garanzie stabilite dall'art. 15, comma 2, Cost.”

⁴¹ Commentata da BELTRANI, *L'accesso ai tabulati delle intercettazioni. Sui tempi scelte legittime del legislatore*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 44, pagg. 56 ss.

⁴² Così, per tutti, RUGGERI, *Data retention e giudice di merito penale. Una discutibile pronuncia* (nota a Trib. Padova, ord. 15 marzo 2017), in *Cass. pen.*, 2017, pagg. 2483 ss.

⁴³ Sin dall'inizio (cfr. art. 26 l. n. 14 del 2003 – cd. legge comunitaria 2002), il legislatore delegato che ha approvato il codice della privacy aveva il compito di attuare anche la **direttiva 2002/58/CE**, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. Detta

diritto comunitario, individuato dalle pertinenti norme degli artt. 7, 8 e 52 CDFUE – che, peraltro, costituiscono diritto *primario* unionale (art. 6, paragrafo 1, TUE) – nell'interpretazione risultante dalla giurisprudenza della CGUE⁴⁴.

Di qui il problema – postosi per il vero già con la pronuncia *Digital Rights Ireland* dell'8/4/2014 (cause riunite C-293/12 e C-594/12)⁴⁵ e da ultimo acuitosi con la sentenza *H.K.* del 2/3/2021 (causa C-746/2018), su cui v. *postea* § 3 – se l'art. 132 cod. pr. superi o meno lo *stress test* del principio di **proporzionalità**, nella misura in cui consent[iv]a [nel regime *ante* d.l. n. 132 del 2021] la conservazione e l'impiego dei dati per l'accertamento di qualunque tipo di reato, senza isolare alcuna sfera di criminalità grave.

3. Le ragioni della riforma: la sentenza CGUE, Grande Sezione, 2/3/2021, H.K. c. Prokuratuur (causa C-746/18).

L'odierno intervento **d'urgenza** – come esterna il preambolo del d.l. n. 132 del 2021 – muove dalla ritenuta «*straordinaria necessità ed urgenza di garantire la possibilità di acquisire dati relativi al traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale nel rispetto dei principi enunciati dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 2 marzo 2021, causa C-746/18, e in particolare di circoscrivere le attività di acquisizione ai procedimenti penali aventi ad oggetto forme gravi di criminalità e di garantire che dette attività siano soggette al controllo di un'autorità giurisdizionale*». Analoga finalità è ben illustrata nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 132 del 2021 (A.C. n. 3298, in fase di esame, in prima lettura, alla Camera dei deputati)⁴⁶.

Occorre rammentare che la Camera dei deputati, nella seduta del 1° aprile 2021, aveva approvato un ordine del giorno (primo firmatario on. Costa) con cui impegnava il governo «*ad adeguare la normativa italiana alle disposizioni di cui all'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche [...], come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, conformemente all'interpretazione datane dalla Corte di giustizia dell'Unione europea quanto alle condizioni soggettive e oggettive di applicabilità, apportando le opportune modifiche al codice di procedura penale e al codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, prevedendo, tra l'altro, che l'accesso del pubblico ministero ai dati sia subordinato all'autorizzazione del giudice ovvero in caso di urgenza alla successiva convalida*»⁴⁷.

direttiva, nella versione successivamente modificata in particolare dalla direttiva 2009/24/CE, costituisce tuttora il pilastro normativo che regola la materia, dopo l'annullamento della direttiva 2006/24/CE.

⁴⁴ RUGGERI, *loc. ult. cit.*

⁴⁵ Per una lettura commentata di questa importante sentenza v. RUGGERI, *loc. ult. cit.*; MERCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in Cass. pen., 2015, pag. 760 ss.; CRESPI, *Diritti fondamentali. Corte di giustizia e riforma del sistema UE di protezione dei dati*, in Riv. it. dir. pubb. com., 2015, pagg. 819 ss.; FLOR, *Data retention e art. 132 cod. privacy: vexata questio?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2017; BONFIGLIO, *Diritto alla privacy e lotta al terrorismo nello spazio pubblico europeo*, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 3/2014; NINO, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione Europea da parte della Corte di giustizia UE: Prospettive ed evoluzioni future nel sistema europeo di Data Retention*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno XIX, n. 4, 2014, pagg. 803 ss.; CASCIONE, *I diritti fondamentali prevalgono sull'interesse alla sicurezza: la decisione data retention della corte di giustizia e gli echi del datagate*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, n. 11, pag. 11039. Per una sintesi, cfr. altresì *Bollettino Protocollo Cassazione - Corte di Giustizia UE*, 2021, n. 1, pag. 26, scaricabile dal sito internet della Corte di Cassazione (https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Bollettino_Protocollo_Cassazione-CGUE_I_semestre_2021.pdf, § 5.2, pagg. 34 ss.).

⁴⁶ «[...] l'intervento che si è ritenuto **urgente e imprescindibile** effettuare, anche per offrire una soluzione chiara, non passibile di equivocità e coerente con la citata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 2 marzo 2021, *H.K.*, è stato, in primo luogo, il ritorno ad una disciplina nella quale la legittimazione all'acquisizione dei dati conservati appositamente per finalità di accertamento o di prevenzione di reati sia sempre attribuita al giudice che procede, salva la possibilità di un intervento nei casi di urgenza da parte del pubblico ministero, con successiva convalida da parte del giudice [art. 1, lettera a)]». Cfr. Camera dei deputati, Legislatura XVIII, Disegno di legge A.C. 3298, pagg. 3 ss.

⁴⁷ L'ordine del giorno è del seguente tenore: «La Camera, premesso che:

Ancora, il 22 luglio 2021, il Garante per la protezione dei dati personali aveva inviato una segnalazione al Parlamento e al Governo con la quale chiedeva di valutare l'opportunità di una riforma della disciplina della conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico a fini di giustizia in particolare subordinandone l'acquisizione

- il tabulato telefonico contiene una notevole quantità di informazioni molto sensibili: "traccia" la vita di ciascuno, dalle relazioni agli spostamenti, alle abitudini, ai collegamenti informatici e può, dunque, "svelare" la posizione nello spazio e nel tempo di una persona e la sua cerchia di relazioni sociali (con chi parla, a che ora parla, quanto tempo parla, dove si trova quando parla, con quale frequenza lo fa, chi chiama dopo aver sentito una persona e così via). Nel 2014 solo la compagnia Vodafone dichiarò di essere destinataria in Italia di oltre 600.000 richieste di tabulati;
- le informazioni relative al traffico telefonico sono conservate dalla compagnia telefonica per anni. Esistono persino appositi programmi che, analizzando i registri delle chiamate su un determinato periodo, costruiscono un grafico delle relazioni di una persona; con l'evoluzione tecnologica e le nuove conoscenze sarà possibile progressivamente ottenere un controllo della persona sempre più pregnante;
- l'art. 132 del codice privacy prevede al comma 3 che i dati relativi al traffico telefonico sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero;
- con la sentenza pregiudiziale del 2/3/2021 nella causa C-746/18, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato che l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, letto alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, "deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo";
- la Corte ha inoltre affermato che l'articolo già citato "deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale"; la Corte precisa che il requisito di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare "imponesse che tale autorità abbia la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna. In particolare, in ambito penale, il requisito di indipendenza implica (...) che l'autorità incaricata di tale controllo preventivo, da un lato, non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e, dall'altro, abbia una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale. Ciò non si verifica nel caso di un pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale. Infatti, il pubblico ministero non ha il compito di dirimere in piena indipendenza una controversia, bensì quello di sottoporla, se del caso, al giudice competente, in quanto parte nel processo che esercita l'azione penale. La circostanza che il pubblico ministero sia tenuto, conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze e il suo status, a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento non può essere sufficiente per conferirgli lo status di terzo rispetto agli interessi in gioco nel senso descritto al punto 52 della presente sentenza. Ne consegue che il pubblico ministero non è in grado di effettuare il controllo preventivo";
- la sentenza precisa inoltre che "conformemente al principio di proporzionalità, soltanto la lotta contro le forme gravi di criminalità e la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare ingerenze gravi nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta, come quelle che comporta la conservazione dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione";
- la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha dunque fatto chiarezza, stabilendo che per ottenere i tabulati non basta la richiesta del pubblico ministero, ma è necessaria l'autorizzazione del Giudice, e che deve essere la legge a stilare l'elenco dei reati per i quali consentire la richiesta;
- è opportuno ricordare che le pronunce dei giudici della Corte di Giustizia quando la decisione è resa in sede di rinvio pregiudiziale non sono vincolanti solo per il giudice che ha sollevato la questione, ma spiegano i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto dell'Unione interpretata dalla Corte, impegna il Governo ad adeguare la normativa italiana alle disposizioni di cui all'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, conformemente all'interpretazione data dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea quanto alle condizioni soggettive e oggettive di applicabilità, apportando le opportune modifiche al codice di procedura penale e al Codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, prevedendo, tra l'altro, che l'accesso del pubblico ministero ai dati sia subordinato all'autorizzazione del giudice ovvero in caso di urgenza alla successiva convalida». Cfr. XVIII Legislatura Camera dei deputati, Allegato A, seduta n. 479 del 1° aprile 2021, Ordine del giorno n. 9/2670-A/10 (Nuova formulazione) d'iniziativa dei deputati COSTA, ANNIBALI, MAGI, VITIELLO, ZANETTIN, BARTOLOZZI, CRISTINA, PITTALIS, CASSINELLI, SIRACUSANO, GIANNONE, MARCHETTI, BISA, DI MURO, MORRONE, PAOLINI, POTENTI, TATEO, TOMASI, TURRI, BAZOLI, FORNARO, GIULIANO, LUCASELLI.

all'autorizzazione del Giudice, ferma restando, nei casi d'urgenza, la possibilità per il Pubblico Ministero di provvedere con proprio decreto soggetto a convalida e articolando «condizioni, limiti e termini di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico in ragione della particolare gravità del reato per cui si proceda, comunque entro periodi massimi compatibili con il [...] principio di proporzionalità».

La finalità del d.l. in commento è, dunque, quella di **conformarsi** alle indicazioni fornite dalla sentenza della **Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Camera, del 2 marzo 2021, H.K. c. Prokuratuur** (causa C-746/18, d'ora in poi *breviter*: "sentenza H.K."⁴⁸) che, in relazione a un caso riguardante la legislazione dell'Estonia, ha statuito che l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 e 52, paragrafo 1, CFUE:

- 1) «**deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche a un insieme di dati relativi al traffico telefonico/informatico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo**»;
- 2) «**deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, la quale reda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale**».

Con questa decisione la CGUE, in maniera ancora più netta di quanto già rilevato con le precedenti pronunce *Tele2 Sverige* e *Watson e al.* del 21/12/2016 (cause C-202/15 e C-698/15), *Digital Rights Ireland* dell'8/4/2014 (cause riunite C-293/12 e C-594/12⁴⁹) e *Commissione Germania* del 9/3/2010 (causa C-518/07), ha individuato due limiti di compatibilità:

- la limitazione dell'accesso ai dati relativi al traffico telefonico e telematico per procedimenti aventi per scopo la lotta contro le **forme gravi di criminalità** o la

⁴⁸ Il cui report, con osservazioni, è leggibile nel *Bollettino Protocollo Cassazione - Corte di Giustizia UE*, 2021, n. 1, pag. 26, cit. In dottrina, sulla "storica" sentenza H.K. e sulle sue ricadute nel regime interno, cfr. ex plurimis: FORMICI, *L'incerto futuro della data retention nell'Unione europea: osservazioni a partire dalla sentenza H.K. v. Prokuratuur*, in *SIDIBlog* (blog della società italiana di Diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea), in www.sidiblog.org, 27 aprile 2021; BATTARINO, *CGUE e dati relativi al traffico telefonico e telematico. Uno schema di lettura*, in *Questione Giustizia online*, 21 aprile 2021; FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto UE*, in www.dirittodifesa.eu; RESTA, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza. La Corte di giustizia interviene sulla data retention. I riflessi sulla disciplina interna*, in www.giustiziasieme.it, 6 marzo 2021; 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 www.giurispnzenapenale.com; PARODI, *Tabulati telefonici e contrasti interpretativi in attesa di una nuova legge*, ne *Il penalista*, 25 maggio 2021; AGNINO, *Data retention: la Corte di Giustizia "spariglia" le carte, i giudici nostrani trovano soluzioni non condivise si torna alla Corte di Giustizia*, in *ForoNews*, www.foroitaliano.it, 20 maggio 2021; DELLE FOGLIE, *Dubbi interpretativi e criticità applicative in materia di acquisizione dei c.d. dati esterni: il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, *ibid.*, 15 giugno 2021; DI STEFANO, *La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati di traffico telefonico e telematico e ai dati di ubicazione a fini di prova nel processo penale: solo un obbligo per il legislatore o una nuova regola processuale*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 7-8, pagg. 2563 ss.; altresì i commenti di CISTERNA, AMATO, SCIAUDONE, SPANGHER, in *Guida al Diritto*, 2021, n. 11, pagg. 19 ss.

⁴⁹ La Corte di giustizia, interpellata in via pregiudiziale dall'Alta Corte irlandese e dalla Corte costituzionale austriaca, ha dichiarato invalida l'intera direttiva in materia di conservazione dei dati 2006/24/CE (modificativa della precedente direttiva 2002/58/CE) per violazione degli artt. 7, 8 e 52, paragrafo 1, CFUE, in quanto non stabiliva che l'interferenza dello Stato nella riservatezza del singolo individuo doveva essere minima e non operava alcuna limitazione alla conservazione dei dati, il cui ambito era così ampio da permettere il suo utilizzo anche in relazione a fattispecie penali non sufficientemente gravi da consentire la compressione di un diritto fondamentale.

prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica («conformemente al principio di **proporzionalità**, soltanto la lotta contro le forme gravi di criminalità e la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare **ingerenze gravi** nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta»: *ibidem*, § 33);

- l'**esclusione dell'accesso ai dati direttamente ad opera del p.m.**, in quanto esso è parte del procedimento penale in fase di istruttoria, essendo invece necessario che, in considerazione dei valori in gioco, l'accesso ai dati sia subordinato a un controllo preventivo effettuato da un giudice (o da un'entità amministrativa indipendente) la cui decisione intervenga a seguito di una richiesta **motivata** presentata nel quadro di procedure di prevenzione o di accertamento di reati gravi. Il richiesto requisito di **indipendenza** che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare impone la «qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati», di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo **obiettivo** e **imparziale** al riparo da qualsiasi influenza esterna, non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e, dall'altro, abbia una posizione di **neutralità** ed **indipendenza** nei confronti delle parti del procedimento penale.

Secondo la sentenza *H.K.* spetta al diritto nazionale stabilire i presupposti in presenza dei quali i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche possono concedere l'accesso ai dati di cui essi dispongono ma, per soddisfare il requisito di **proporzionalità**, le norme nazionali devono prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura in questione e fissino dei requisiti minimi, per garantire la protezione dei dati contro i rischi di abusi e in modo da garantire che l'**ingerenza sia limitata allo stretto necessario**.

L'odierno intervento legislativo, dunque, mira a risolvere i profili di incompatibilità o comunque di frizione della procedura acquisitiva interna enucleati dalla sentenza *H.K.* che – come si è osservato nel *Bollettino Protocollo Cassazione-CGUE* n. 1/2021 – giunge all'esito di un tormentato, e non sempre lineare, percorso legislativo ed interpretativo sulla disciplina della conservazione e dell'accesso ai dati delle telecomunicazioni elettroniche per finalità di indagine penale, affermando **due principi di forte impatto** sull'ordinamento nazionale italiano, che aprono scenari in parte inediti⁵⁰. In attesa dell'auspicato intervento del legislatore in materia, tenuto conto degli interessi in gioco anche con legislazione d'urgenza – come ora avvenuto col d.l. in disamina – si era affermato nello stesso *Bollettino* che «l'immediata cogenza delle statuizioni della sentenza *H.K.* circa il significato da attribuire alle norme eurounitarie in materia di *data retention* impone[ss]e all'interprete nazionale di confrontarsi sin d'ora con il "diritto vivente" e, probabilmente, di rivedere orientamenti sviluppatisi, almeno in sede di legittimità, lungo una direttrice finora sostanzialmente univoca»⁵¹.

4. Le ricadute domestiche della sentenza *H.K.*

Anche se non si volessero ravvisare nella sentenza *H.K.* i presupposti per un *prospective overruling* – si discute in dottrina se essa si sia limitata a chiarire principi affermati nella consolidata giurisprudenza eurounitaria⁵² o se piuttosto abbia avuto una forte portata innovativa⁵³ – indubbiamente la stessa ha avuto una portata dirompente nell'ordinamento interno⁵⁴: di ciò si ha evidenza – come rileva la stessa *Relazione* del d.d.l. di conversione⁵⁵ – se si considerano le non poche decisioni di merito edite di diversi

⁵⁰ *Ibidem*, § 5, pag. 31.

⁵¹ *Ibidem*. Negli stessi termini, RESTA, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza*, loc. cit.

⁵² Sono di questo avviso RESTA, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, loc. cit.; DI STEFANO, *La Corte di giustizia*, loc. cit.

⁵³ In questo senso *Bollettino Protocollo Cassazione - Corte di Giustizia UE*, 2021, n. 1, pagg. 42 s.

⁵⁴ Così per tutti, PARODI, *Tabulati telefonici e contrasti interpretativi come sopravvivere in attesa di una nuova legge*, ne *Il penalista*, 25 maggio 2021. ¹

⁵⁵ «Le conseguenze di questa decisione sull'ordinamento nazionale [...] sono state immediatamente oggetto di un acceso e ampio dibattito, sia in sede dottrinale che in sede giurisprudenziale, i cui esiti si sono caratterizzati per numerosi profili di incertezza circa l'idoneità della decisione a imporre un'interpretazione conseguente e diretta del diritto nazionale, ma anche circa gli effettivi esiti cui quell'interpretazione dovrebbe condurre, oltre che con riferimento alle attività di acquisizione già compiute»: Camera dei deputati, XVIII Legislatura, Disegno di legge A.C. 3298, cit., pag. 2.

tribunali italiani che, sia pure in diverse fasi dell'attività procedimentale, si sono dovuti confrontare con il *dictum* proveniente dal Kirchberg⁵⁶.

Gli operatori del diritto si sono immediatamente posti il problema di come esso potesse incidere in ambito domestico nella dinamica dei rapporti tra p.m. e giudice per le indagini preliminari⁵⁷, considerato l'indubbio valore investigativo dell'acquisizione, analisi, conciliazione con altri strumenti d'indagine, tradizionali o tecnici, dei dati sul traffico telefonico e telematico.

La prima e fondamentale questione ha riguardato, preliminarmente, l'eventuale **immediata operatività** della sentenza H.K. nell'ordinamento nazionale: ipotizzandola come sussistente⁵⁸ – ma tale soluzione è rimasta del tutto isolata, quantomeno tra le decisioni edite⁵⁹ – l'acquisizione dei dati avrebbe dovuto transitare attraverso un giudice (nella sistematica del codice di rito: «il giudice che procede») il quale avrebbe dovuto rispondere a un'istanza del p.m., traslandosi **analogicamente** le disposizioni di cui agli artt. 266 ss. cod. proc. pen. per *eadem ratio*⁶⁰.

Tale soluzione è stata suggerita nel *Bollettino Protocollo Cassazione-CGUE* n. 1/2021, § 5.6.2, a commento della sentenza H.K., nel rilievo che il ricorso all'interpretazione analogica, di regola non preclusa in campo processuale, può colmare il vuoto normativo derivante dalla **sopravvenuta inapplicabilità** dell'art. 132, comma 3, cod. pr. (nella parte in cui consenti[va] che i dati conservati dai gestori dei servizi telefonici potessero essere acquisiti con decreto motivato del p.m.).

In dottrina – pur senza unanimità di vedute – questa soluzione è stata ritenuta resa impervia dalla stessa lettura delle parti più significative della sentenza e delle tre questioni pregiudiziali decise⁶¹; inoltre, si è opposta l'impossibilità di procedersi ad interpretazione analogica (art. 14 preleggi) della disciplina delle intercettazioni stante il suo carattere indubbiamente **"eccezionale"** rispetto al principio forgiato nell'art. 15 Cost. (Corte cost. n. 366/1991; Corte cost. n. 63/1994; Cass., Sez. 5, n. 23438 del 20/7/2020, Capaldo ed altri, n.m.; Cass., Sez. 2, n. 13809 dell'11/3/2021, Caianiello, n.m., entrambe con riferimento all'art. 270 cod. proc. pen.)⁶².

Di qui la considerazione – secondo la migliore lettura interpretativa – che il recepimento nel nostro sistema del *dictum* eurounitario esigesse un **intervento del legislatore** (peraltro auspicato anche nel *Bollettino*, *loc. cit.*), non essendosi in

⁵⁶ In proposito, v. ARANCI, *L'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni nel processo penale italiano dopo la sentenza H.K.: alcuni spunti di riflessione sulle prime applicazioni giurisprudenziali ed ivi per ampi richiami*; PARODI, *Tabulati telefonici e contrasti interpretativi*, cit.

⁵⁷ Lo ricorda SPANGHER, *Data retention: svolta garantista ma occorre completare l'impianto* in *Guida al diritto*, 2021, n. 39, pag. 12.

⁵⁸ La Corte Costituzionale ha affermato con continuità che le statuizioni della Corte di giustizia – sia quelle pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE, sia quelle emesse a seguito di procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni (v. Corte Cost. n. 227/2010; Corte cost. n. 284/2007; Corte cost. n. 389/1989; Corte cost. n. 113/1985).

⁵⁹ Cfr. Trib. Milano, Sez. VII pen., ord. 22/4/2021, in *www.sistemapenale.it*, 7 maggio 2021, con scheda di TONDI, *La disciplina italiana in materia di data retention a seguito della sentenza della Corte di giustizia UE: il Tribunale di Milano nega il contrasto con il diritto sovranazionale*; Corte d'assise Napoli, Sez. I, ord. 16/6/2021, in *www.giurisprudenzapenale.com*, secondo cui l'interpretazione della direttiva espressa nella citata sentenza CGUE non può avere «effetti applicativi immediati e diretti per la indeterminatezza del riferimento ai casi nei quali i dati del traffico telematico e telefonico e di ogni altra limitata ingerenza della privacy possono essere acquisiti, con la conseguente necessità che il regime di acquisizione sia demandato alla legge nazionale e, certamente, non alla mera elaborazione giurisprudenziale»; negli stessi termini, Trib. Tivoli, Ufficio Gip, ord. 9/6/2021, *idibem*.

⁶⁰ Trib. Roma, Ufficio Gip, decr. 25/4/2021, in *www.sistemapenale.it*, con scheda di DELLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza Grande Camera della Corte di giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma*; in *Quotidiano giuridico online* del 6 maggio 2021, con scheda di D'ANNA, *Tabulati telefonici: lecita l'acquisizione dei dati previa autorizzazione del giudice*. Il decidente romano – in difformità con l'altro indirizzo maturato all'interno dello stesso Ufficio – ha riconosciuto la piena operatività, nel nostro ordinamento, dei principi di diritto stabiliti dalla CGUE nell'ambito del rinvio pregiudiziale estone, con automatica applicazione, pur in assenza di un catalogo di reati relativo alla **"forme gravi di criminalità"**, della disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e 266-bis cod. proc. pen. in sostituzione della – disapplicata – normativa di cui all'art. 132 cod. pr. Nel dispositivo, ha autorizzato l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico completo presso i competenti gestori, ravvisando la sussistenza dei presupposti dettati dalla normativa unionale ossia **"la lotta contro le gravi forme di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica"**.

⁶¹ BATTARINO, *CGUE e dati relativi al traffico telefonico e telematico. Uno schema di lettura*, *loc. ult. cit.*

⁶² Per tutti RINALDINI, *op. cit.*, pag. 10;

presenza di una decisione **immediatamente e automaticamente autoapplicativa** quanto meno con riguardo alla "selezione" dei reati "gravi" tali da legittimare l'acquisizione dei tabulati.

Invero, il fatto che l'autorità giudiziaria italiana sia vincolata – ove venga in rilievo l'interpretazione dell'art. 15 della direttiva 2002/58/CE – al *dictum* proveniente dalla CGUE 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 ineriscono (Corte Cost. n. 389/1989 e n. 284/2007); perciò, se una fonte sovranazionale è priva di effetti diretti – e tale sarebbe la direttiva in esame, in quanto priva di obblighi *chiari, precisi ed incondizionati* – neppure la sentenza che fornisca l'esatta esegesi di quella disposizione potrebbe mutare tale condizione e rendere la disposizione interpretata *self executing*⁶³.

Perciò – si è concluso – 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. pr., in quanto ne sia stato accertato il contrasto con l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE⁶⁴.

4.1 *Segue*: (dis)orientamenti della giurisprudenza di merito.

Nel panorama della giurisprudenza di merito si sono evidenziati per lo più esiti di non luogo a provvedere del giudice eventualmente adito, proprio in ragione della ritenuta inapplicabilità diretta della sentenza *H.K.*, con conseguente conferma delle precedenti risultanze acquisitive ad opera del p.m. ovvero con rigetto delle eccezioni difensive formulate in fase dibattimentale⁶⁵.

Questo è stato l'orientamento della stragrande maggioranza degli uffici giudiziari (e in questo stesso senso ci si è mossi, per gli uffici requirenti, in esito ad un incontro all'uopo fissato dal Procuratore generale della Cassazione)⁶⁶, salve isolate decisioni di segno contrario che hanno cercato di radicare da subito la competenza del giudice e, soprattutto, di "ricostruire" il catalogo di reati particolarmente gravi in applicazione analogica della disciplina sulle intercettazioni⁶⁷, previa disapplicazione dell'art. 132 cod. pr.⁶⁸.

In un caso è stata inoltre sollevata **questione pregiudiziale interpretativa**. Il Tribunale di Rieti, con perspicua ordinanza di rimessione, ha infatti sottoposto alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni:

1) se l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta di Nizza, in forza anche dei principi stabiliti dalla stessa CGUE nella sentenza del 2/3/2021 nella causa C-746/18, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, prevista dall'art. 132, comma 3, d.lgs. n. 196 del 2003, la quale renda il p.m., organo dotato di piene e totali garanzie di **indipendenza e autonomia** come previsto dalle norme del Titolo IV

⁶³ Così, per tutti, ARANCI, *L'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni*, cit., pag. 22, ed ivi per richiami.

⁶⁴ Ancora ARANCI, *loc. ult. cit. Contra Bollettino Protocollo Cassazione - Corte di Giustizia UE*, 2021, n. 1, pag. 44, secondo cui "deve ritenersi non più applicabile l'art. 132, comma 2, cod. pr. [ante d.l. n. 132 del 2021, *NdA*] nella parte in cui consente che i dati conservati dai gestori dei servizi telefonici necessari ai fini di indagine possano essere acquisiti con decreto motivato del pubblico ministero".

⁶⁵ Trib. Milano, Sez. 7 pen., ord. 22/4/2021, cit.; Corte d'assise Napoli, Sez. 1, ord. 16/6/2021, cit.; Trib. Roma, Ufficio Gip, decr. senza R.G. e senza data, est. Savio, in *www.sistemapenale.it*, con scheda di Malacarne, *Ancora ricadute interne della sentenza della Corte di giustizia in materia di acquisizione dei tabulati telefonici: il G.I.p. di Roma dichiara il "non luogo a provvedere" sulla richiesta del p.m.*; Trib. Roma, Ufficio Gip, decr. 28/4/2021, est. Fanelli.

⁶⁶ Ne dà notizia AMATO, *Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, in *Guida al diritto*, 2021, n. 39, pag. 19.

⁶⁷ Trib. Roma, Ufficio Gip, decr. 25/4/2021, cit., che ha riconosciuto piena operatività anche nei confronti dell'Italia dei principi di diritto stabiliti dalla CGUE nell'ambito del rinvio pregiudiziale estone, con automatica sostituzione della normativa di cui all'art. 132 cod. pr. ed applicazione della disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e 266-bis cod. proc. pen.;

⁶⁸ Trib. Bari, Ufficio Gip, decr. 1/5/2021; Trib. Roma, Ufficio Gip, decr. 24/4/2021, cit. *Contra*, in dottrina, nel senso che l'applicazione analogica della normativa sulle intercettazioni all'acquisizione dei dati esterni di comunicazioni pone eguali problemi di "impatto" con la sentenza *HK* perché non è affatto "scontato che tutte le fattispecie penali previste dall'art. 266 cod. proc. pen., possano ritenersi *forme gravi di criminalità*" (si pensi alle lett. e, f ed f-ter), v. RINALDINI, *op. cit.*, pag. 9.

della Costituzione italiana, competente a disporre, mediante decreto motivato, l'acquisizione dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale.

2) Nel caso in cui alla prima domanda sia data risposta negativa, se sia possibile fornire ulteriori chiarimenti interpretativi riguardanti una eventuale applicazione **irretroattiva** dei principi stabiliti nella sentenza del 2/3/2021, causa C-746/18, tenuto conto delle preminenti esigenze di certezza del diritto nell'ambito della prevenzione, accertamento e contrasto di gravi forme di criminalità o minacce alla sicurezza;

3) Se l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta di Nizza, in forza anche dei principi stabiliti dalla stessa CGUE nella sentenza del 2/3/2021 nella causa C-746/18, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, prevista dall'art. 132, comma 3, d.lgs. n. 196 del 2003, letto alla luce dell'art. 267, comma 2, cod. proc. pen., la quale consenta al p.m., in casi di urgenza, l'immediata acquisizione dei dati del traffico telefonico con successivo vaglio e controllo del Giudice procedente⁶⁹.

4.2 Segue: la giurisprudenza di legittimità *post* e *ante* sentenza *H.K.*

Sul fronte della giurisprudenza di legittimità, giova premettere che, poiché un problema di **restrizioni nell'accesso** ai tabulati telefonici si è posto anche prima della sentenza *H.K.*, quantomeno a far data dalla sentenza *Digital Rights*⁷⁰, vi è già giurisprudenza di legittimità relativamente cospicua che ha affrontato il tema della pretesa incompatibilità dell'art. 132 cod. pr. col diritto unionale in materia di *data retention*, come interpretato dalla CGUE.

Ciò premesso, due recenti arresti della S.C. hanno **escluso la diretta applicabilità dei principi** enucleati dalla sentenza *H.K.*, sollecitando l'intervento del legislatore, frattanto realizzatosi col d.l. in commento.

Pur partendosi dalla premessa che non può dubitarsi, in astratto, della possibile diretta applicabilità, nell'ordinamento nazionale, delle decisioni della Corte di giustizia (organo che, quale interprete qualificato del diritto unionale, indica il significato e i limiti di applicazione delle norme comunitarie, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità), la S.C. ha osservato che la decisione *H.K.* non introduce effetti applicativi immediati e diretti, non potendo ritenersi "idonea a escludere la sussistenza di residui profili di incertezza interpretativa e discrezionalità applicativa in capo alla normativa interna" a causa dell'**indeterminatezza** delle espressioni ivi utilizzate al fine di legittimare l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata dei cittadini. Infatti il riferimento alle «*forme gravi di criminalità*» e alla funzione di «*prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica*», sembra implicare necessariamente un intervento legislativo volto a individuare, sulla base di "criteri oggettivi", così come richiesto dalla

⁶⁹ Trib. Rieti, Sez. penale, ord. 4 maggio 2021, in www.giurisprudenzapenale.com, che ha rilevato, alla luce dei profili di "criticità applicativa" dei principi elaborati dalla CGUE nella sentenza *H.K.*, che «tali principi non possano costituire presupposto per una diretta disapplicazione della normativa nazionale in ipotesi contrastante ma debba essere sollecitato un espresso chiarimento da parte del Giudice Europeo in punto di efficacia della predetta sentenza interpretativa, in primo luogo valutando la possibilità di ritenere che il P.M. per come disegnato dall'ordinamento italiano offra sufficienti garanzie di giurisdizionalità, per continuare ad essere titolare in proprio di tale potere di acquisizione, considerando anche il vaglio comunque rimesso *ex post* al giudice che deve emettere la decisione; ovvero di modulare gli effetti della sentenza in chiave irretroattiva, al fine di non pregiudicare fondamentali esigenze di certezza del diritto e "certezza investigativa", limitatamente ai giudizi tuttora pendenti, in chiave di prevenzione e repressione di gravi reati, nell'ottica anche di consentire un possibile e auspicabile intervento del legislatore nazionale in materia senza che si realizzino ingiustificate disparità di trattamento con altri istituti della legislazione nazionale, ad esempio in tema di intercettazioni telefoniche». Si tratta – conclude l'ordinanza – «di un percorso certamente "eccezionale" ma comunque già intrapreso in passato (v. sentenza CGUE 27/3/1980, in cause riunite C-66, C-127 e 128/79), secondo cui la Corte di giustizia potrebbe essere indotta, in base a un principio generale di certezza del diritto, inerente all'ordinamento giuridico comunitario, e tenuto conto della innovatività della posizione assunta rispetto alle interpretazioni rese dalle Corti nazionali e dei gravi riflessi sulle attività di indagine in corso, a limitare la possibilità degli interessati di far valere la disposizione così interpretata per rimettere in questione pregressi rapporti giuridici».

⁷⁰ Si rinvia alla sintesi operata nel *Bollettino Protocollo Cassazione - Corte di Giustizia UE*, 2021, n. 1, cit., pag. 26.

stessa pronuncia della Corte europea, le categorie di reati per i quali possa ritenersi legittima l'acquisizione dei dati di traffico telefonico o telematico» (Sez. 1, n. 28523 del 15/7/2021, Lordi, n.m.⁷¹: fattispecie in cui la S.C. ha dichiarato manifestamente infondata, anche per la genericità del motivo in punto di concreta rilevanza in causa, la questione prospettata sulla legittimità delle acquisizioni dei tabulati in forza del solo decreto autorizzativo del p.m.).

Negli stessi termini, richiamando in parte motiva questo primo arresto, si è da ultimo riespressa la S.C., chiamata a decidere sull'eccezione di inutilizzabilità, quale fonte di prova, dei *data retention* acquisiti dal p.m. nel 2019, in esito alla sentenza *H.K.*, all'uopo invocata dalla difesa. La Corte, ritenendo l'interpretazione proposta dalla CGUE "del tutto **generica** nell'individuazione dei casi nei quali i dati di traffico telematico e telefonico possono essere acquisiti", ha scandito che tali aspetti "non possono essere disciplinati da singole (e potenzialmente contrastanti) decisioni giurisprudenziali, dovendosi demandare al legislatore nazionale il compito di trasfondere i principi interpretativi delineati dalla Corte in una legge dello Stato" (Sez. 2, n. 33116 del 2/7/2021, Avram, n.m.).

La Cassazione, in parte motiva, ha spiegato che l'impostazione della CGUE debba essere confrontata con l'assetto normativo attualmente delineatosi nel nostro ordinamento e, in particolare, con il consolidato orientamento di legittimità – peraltro censurato, in modo anche severo, dalla dottrina⁷² – costante nel ritenere che la disciplina italiana di cui all'art. 132 cod. pr. sebbene non limiti la possibilità di accesso ai dati esterni ad un "catalogo di reati" particolarmente gravi, predeterminati dalla legge, è **compatibile col diritto sovranazionale** in tema di tutela della *privacy* (direttiva 2002/58/CE, l'unica applicabile a seguito dell'invalidazione della successiva direttiva), come interpretato dalla giurisprudenza unionale (CGUE dell'8/4/2014, *Digital Rights*, cit.; CGUE del 21/12/2016, *Tele 2*, cit.), da cui si ricava solo la necessità della **proporzione** tra la gravità dell'ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata, che l'accesso ai dati comporta, e quella del reato oggetto di investigazione, in base ad una verifica che il giudice di merito deve compiere in concreto, che non si presta ad una rigida codificazione e non può che essere rimessa al prudente apprezzamento dell'autorità giudiziaria (Sez. 3, n. 48737 del 25/9/2019, R., Rv. 277353-01; nel senso della compatibilità della normativa italiana in tema di *data retention* in considerazione delle finalità di repressione dei reati e tenuto conto dei limiti temporali di conservazione e dell'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria, funzionale all'effettivo controllo della stretta necessità dell'accesso ai dati nonché al rispetto del principio di proporzionalità, cfr. Sez. 2, n. 5741 del 10/12/2019 dep. 2020, Dedej, Rv. 278568-01; Sez. 3, n. 48737 del 25/9/2019, R., Rv. 277353-01; conf. Sez. 5, n. 33851 del 24/4/2018, M., Rv. 273892-01).

In particolare, per la Corte, i principi enunciati dalle sentenze della CGUE non avrebbero effetto sulla disciplina italiana della *data retention*, perché esse riguarderebbero Stati privi di una disciplina legislativa sulla conservazione e sull'accesso ai dati, mentre l'Italia dispone di una specifica disciplina (Sez. 5, n. 33851 del 24/4/2018, cit.; Sez. 3, n. 36380 del 19/4/2019, D'Addiego, non mass.).

In concreto, e più in generale, per la Corte, gli unici dati finora giudicati patologicamente **inutilizzabili** sono quelli relativi al traffico telefonico contenuti nei tabulati acquisiti dall'Autorità giudiziaria **dopo i termini previsti dall'art. 132 cod. pr.** [indirettamente riconfermati dal d.l. n. 132 del 2021], atteso il divieto di conservazione degli stessi da parte del gestore al fine di consentire l'accertamento dei reati oltre il periodo normativamente predeterminato (Sez. 5, n. 7265 del 25/1/2016, Nucera, Rv. 267144-01; conf. Sez. 5, n. 15613 del 5/12/2014, Geronzi e altri, Rv. 263805-01; in ambito civile, v. altresì Sez. 1 civ., n. 1625 del 28/1/2016, Rv. 688562-01⁷³).

⁷¹ Commentata da CISTERNA, *Infondata la questione di legittimità sull'utilizzo dati dopo autorizzazione*, in *Guida al Diritto*, 2021, n. 36, pagg. 68 ss. e da PARODI, *La Suprema Corte si esprime dopo le indicazioni della CGUE, ne Il penalista*, 5 agosto 2021.

⁷² LUPARIA DONATI, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Diritto di Internet*, 2019, pagg. 753 ss.

⁷³ Pubblicata in *Foro it.*, 2016, col. 1813 ss., che ha ritenuto legittimo il rigetto dell'istanza di accesso ai tabulati telefonici, da parte di privati per finalità di repressione di reati diversi da quelli di criminalità

La Corte in passato ha altresì escluso che la carenza di motivazione del decreto acquisitivo di tabulati concernenti il traffico telefonico comporti l'inutilizzabilità degli elementi raccolti, posto che tale sanzione non è espressamente prevista dalla legge e non si tratta di prova assunta in violazione di un divieto legale. Dalla violazione del dovere di motivazione deriva piuttosto, a mente dell'art. 125 cod. proc. pen., la nullità del provvedimento di acquisizione, la quale, non presentando il carattere assoluto, deve essere dedotta prima della pronuncia della sentenza di primo grado (Sez. 4, n. 20558 del 24/2/2005, Pietroleonardo e altro, Rv. 231920-01).

In altra occasione, si è precisato che 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 (Sez. 6, n. 33435 del 4/5/2006, Battistella e altri, Rv. 234356-01).

5. La giurisdizionalizzazione del procedimento acquisitivo: inquadramento generale ed ambito di applicazione.

In questo contesto, caratterizzato dall'eterogeneità delle soluzioni praticate in sede pretoria all'indomani della sentenza *H.K.*, con esiti contrastanti, da più parti ed a più livelli – giurisprudenza di legittimità, dottrina, Parlamento, Garante della privacy – era stato sollecitato un intervento legislativo, attesa la persistenza di un "quadro incerto, incombenza sulla concreta attività di pubblici ministeri, difensori, giudici, nel quale risultava concreto il rischio che le acquisizioni di indagine già ottenute sulla base delle norme nazionali vigenti potessero essere messe in dubbio, e quelle future fossero fondate su provvedimenti del p.m. successivamente contestabili o su provvedimenti del giudice potenzialmente resi *inutiliter* o *extra ordinem*, con ulteriori conseguenze processuali"⁷⁴.

L'intervento è stato realizzato, in via d'urgenza, con l'art. 1 del d.l. n. 132 del 2021.

In disparte, sotto il profilo metodologico, ogni considerazione – già da taluno sollevata⁷⁵ – sul difetto del requisito di omogeneità delle disposizioni contenute all'interno del decreto legge in esame⁷⁶, la riforma introduce *pro futuro* – dal 30 settembre scorso – una disciplina ordinaria e una *ex abrupto* entrambe accomunate, sia pure con diverse scansioni, dalla piena **giurisdizionalizzazione** della procedura di **acquisizione e selezione dell'ambito oggettivo** (e, indirettamente, **soggettivo**) di applicazione della disciplina, d'ora in poi esperibile solo nell'ambito dei procedimenti iscritti per reati connotati da una **certa gravità indiziaria**, configurata *quoad poenam*.

Il nuovo art. 132, comma 3, cod. pr. trasla il **controllo (preventivo di regola) sull'accesso** dei dati esterni di traffico telefonico e telematico (in luogo del p.m.) **al giudice** [che procede], al quale affida – dovendo provvedere con **decreto motivato** – quel giudizio discrezionale sul bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco imposto sin dall'origine dall'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE: ovvero l'effettività

organizzata, inoltrata oltre i termini previsti dall'art. 132 cod. pr. (nel testo applicabile *ratione temporis* risultante dalle modifiche apportate dal d.l. n. 144 del 2005).

⁷⁴ Così BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *Questione giustizia* online, 4 ottobre 2021.

⁷⁵ PESTELLI, *loc. cit.*

⁷⁶ Recante «*misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP*». Nel senso che la disomogeneità del decreto-legge costituisce indice di mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza ex art. 77, comma 2, Cost., v. Corte Cost. n. 171/2007 e n. 128/2008; sulla necessaria omogeneità contenutistica del decreto legge v. altresì Corte cost. n. 22/2012, secondo cui l'esercizio senza delega della potestà legislativa da parte del Governo implica la necessità di «una intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico», richiedendo per il suo rispetto un «insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo»; per cui, al contrario, l'inserimento all'interno di uno stesso provvedimento d'urgenza di norme eterogenee tra loro, quanto all'oggetto o alla loro finalità, spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo in ordine all'urgenza del provvedere ed il «caso» che lo ha reso necessario, «trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale». Solleva questo vizio, a prima lettura, PESTELLI, *loc. ult. cit.*

delle indagini, da un lato, e la tutela dei diritti di riservatezza ed alla vita privata degli interessati, dall'altro (v. *retro* § 1).

In questi termini, il legislatore urgente – “a prescindere da ogni profilo di qualificazione del p.m.” italiano, come spiega la Relazione al d.d.l. di conversione⁷⁷ – ha adeguato la normativa interna sull'impiego nel **processo penale** dei *data retention* ai principi sanciti dalla Corte di giustizia, da ultimo, dalla sentenza *H.K.*⁷⁸, ponendo al riparo da contestazioni l'uso di una così importante fonte di conoscenza investigativa⁷⁹ ed affidando le statuite esigenze di **proporzionalità** e di attribuzione della competenza autorizzatoria sull'acquisibilità dei tabulati alla valutazione di un'**autorità** non soltanto autonoma e indipendente, ma anche **terza** in senso proprio rispetto all'autorità pubblica **richiedente**⁸⁰: per l'appunto il giudice, che provvede su richiesta di parte (*ne procedat iudex ex officio*).

Da segnalare, per completezza, che la novella non riguarda il **procedimento acquisitivo dei tabulati a fini di prevenzione** dei delitti di cui agli artt. 407, comma 2, lett. a), n. 4, e 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., rispetto al quale – salvo un eventuale intervento di giurisdizionalizzazione piena ad opera del Parlamento in sede di conversione del d.l.⁸¹ – resta ferma la disciplina *speciale* di cui all'art. **226, commi 1, 3-*bis* e 4, disp. att. cod. proc. pen.**, secondo cui è il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma ovvero i procuratori distrettuali a dover *autorizzare* (oltre che le attività di intercettazione preventiva) la conservazione dei dati, anche di flusso telematico, per un periodo non superiore a ventiquattro mesi (comma 3-*bis*), nonché il tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche e l'acquisizione dei dati esterni relativi alle suddette comunicazioni ed ogni ulteriore informazione utile in possesso degli operatori di telecomunicazioni (comma 4).

Con riguardo alla **natura giuridica** ed al **contenuto dispositivo del decreto giudiziale** di acquisizione dei *data retention*, si pongono dubbi interpretativi – peraltro gravidi di conseguenze non solo teoriche ma anche pratiche – derivanti da una **dicotomia** (non è dato sapere se intenzionale o frutto di una imprecisione linguistica) rilevabile dalla *littera legis* dei due nuovi commi qui in analisi, laddove:

- nel comma 3 dell'art. 132, disciplinante la procedura ordinaria, si allude ad un provvedimento di **acquisizione** [diretta] del giudice («...i dati sono **acquisiti** presso il fornitore con **decreto motivato** del giudice su richiesta...»);

- nel comma 3-*bis*, recante la procedura d'urgenza attivata dal p.m. (v. *postea* § 5.3), si parla invece di **autorizzazione** (per di più) in via ordinaria del giudice competente («...al giudice competente per il rilascio dell'**autorizzazione in via ordinaria**»).

Se si trattasse di una scelta *consapevole* dei compilatori, si dovrebbe ritenere che le diverse espressioni siano indicative di una difforme natura e contenuto dispositivo del provvedimento giudiziale: **acquisizione diretta** da parte del giudice nella procedura ordinaria; **autorizzazione** in quella d'urgenza. Il che, però, sarebbe incongruo, attesa l'esigenza di una *reductio ad unum* nel contesto della medesima fattispecie acquisitiva e, soprattutto, perché si verrebbe a costruire una figura di giudice dotato di poteri

⁷⁷ “A prescindere da ogni profilo di qualificazione del pubblico ministero (da cui peraltro la Corte di giustizia prescinde, focalizzando l'attenzione sulla posizione di parte che esso riveste nel processo), l'accesso ai dati esterni alle comunicazioni conservati appositamente per un ampio lasso di tempo per finalità di accertamento o di prevenzione di reati, seppure aggredisca in modo meno invasivo dell'attività di intercettazione il diritto alla riservatezza, tuttavia, non si può certo ritenere parificabile ad un mero provvedimento di sequestro probatorio di beni di cui un indagato abbia la disponibilità (di competenza del solo pubblico ministero), proprio perché, prima di tutto, con l'atto qui in valutazione si acquisisce materiale che in se stesso presenta profili di particolare delicatezza e sensibilità (trattandosi di dati idonei a rivelare profili rilevanti della vita privata), ma, soprattutto, la cui conservazione deriva da un obbligo imposto con un atto autoritativo in danno della generalità dei cittadini”. Cfr. Camera dei deputati, Legislatura XVIII, Disegno di legge A.C. 3298, pagg. 6 s.

⁷⁸ Ad avviso del Garante per la protezione dei dati personali, “complessivamente [...] la disciplina proposta si conforma alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, in particolare con la sentenza del 2 marzo scorso”: cfr. *Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, 10 settembre 2021, *loc. cit.*

⁷⁹ Così BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico*, *loc. cit.*

⁸⁰ In termini il parere del Garante per la protezione dei dati personali sullo schema di decreto-legge in esame, *loc. ult. cit.*; RESTA, *La nuova disciplina*, *loc. cit.*

⁸¹ Auspica l'opportunità di una piena giurisdizionalizzazione del procedimento acquisitivo dei tabulati anche a fini di prevenzione RESTA, *loc. ult. cit.*, nel rilievo che la CGUE nella sentenza *X.K.* ha chiarito che la disciplina sulla privacy si applica anche alla *data retention* effettuata a fini di sicurezza nazionale.

acquisitivi diretti (seppur "veicolati" dalle parti), in apparente contraddizione con la sua posizione ordinamentale e processuale⁸².

La questione del contenuto dispositivo e della natura giuridica dell'atto giudiziale ha riflessi di non poco rilievo. Anzitutto a livello **dogmatico-classificatorio**: mentre il provvedimento di *acquisizione diretta* è assimilabile ad un *ordine*⁸³ (al pari di quello di esibizione e consegna ex art. 256 cod. proc. pen.) che viene impartito ai competenti gestori telefonici, tenuti ad adempiervi *ex lege* (art. 96, comma 1, d.lgs. n. 259 del 2003), ben diversa è l'*autorizzazione*⁸⁴ ad altro soggetto (come prevista nell'art. 267, comma 1, cod. proc. pen.) affinché acquisisca i tabulati, che fa piuttosto pensare, in termini amministrativistici, alla "rimozione di un limite" legale ad un potere [nella specie in capo al p.m.] *preesistente*⁸⁵. Come a dire che l'attività acquisitiva del p.m. (o di altro soggetto processuale) che vi ha interesse, non è libera o diretta, ma incontra un limite legale che l'**autorizzazione del giudice rimuove**, consentendola⁸⁶.

A livello pratico-operativo, dall'adesione all'una o all'altra tesi derivano conseguenze rilevanti perché se si trattasse di acquisizione diretta:

- l'**esecuzione** del provvedimento dovrebbe essere curata dallo stesso giudice emittente mediante trasmissione, via pec, del decreto di acquisizione ai competenti gestori telefonici, senza restituzione degli atti al p.m. (come nel caso delle intercettazioni) o alle altre parti richiedenti perché vi provvedano materialmente; il che sarebbe, peraltro, tecnicamente possibile, non essendo necessario compiere atti materiali che fuoriescano dalle mansioni della cancelleria e non essendo necessario coinvolgere la polizia giudiziaria nell'esecuzione di tale attività⁸⁷ (da coinvolgere, semmai, nell'analisi dei dati). D'altronde, il codice di procedura penale, quando demanda al p.m. l'esecuzione di provvedimenti di un giudice, lo esplicita direttamente (si pensi all'art. 92 disp. att. cod. proc. pen.) ed in questo caso – salvo interpolazioni che dovessero sopraggiungere nell'iter di conversione del d.l. – il legislatore non ha espressamente previsto che sia il p.m. o il difensore richiedente a dover curare l'esecuzione dell'atto;
- il **pagamento** delle spese di giustizia correlate al rilascio di informazioni relative al traffico telefonico, in favore dei gestori, ove dovessero essere previste in futuro⁸⁸, sarebbe di competenza del giudice che procede (e non del p.m. titolare né tantomeno del difensore istante⁸⁹), tenuto a provvedervi ex art. 168 d.P.R. n. 115 del 2002, trattandosi di dovere istituzionale correlato alla disponibilità del fascicolo (in tal senso v. già Sez. 4, n. 21757 del 10/5/2006, P.M. in proc. Romano, Rv. 234519-01; conf. sulla ritenuta abnormità dell'atto del Gip di restituzione al p.m.: Sez. 1, n. 21703 del 21/5/2008, Rv. 240078-01; Sez. 4, n. 19650 del 4/2/2009, P.M. in proc. Musumeci, Rv. 243444-01; Sez. 4, n. 34184 del 12/1/2012, P.M. in proc. Cifarelli e altri, Rv.

⁸² Per quest'ultimo rilievo, cfr. BATTARINO, *loc. ult. cit.*

⁸³ Secondo VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 1997, pag. 18, l'ordine è l'atto con cui si impone ad un soggetto un determinato comportamento.

⁸⁴ Nel diritto amministrativo, come noto, si definisce *autorizzazione* quell'atto con cui si rimuove un limite all'esercizio di una potestà da parte di un organo ovvero di una facoltà giuridica da parte di un privato: così, per tutti, VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 15. Sulla nozione amministrativistica di autorizzazione v. altresì GASPARRI, *Autorizzazione*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, pag. 509; ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Torino pag. 58; CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazione*, in *Dir. amm.*, 1993, pag. 95.

⁸⁵ Sulla classificazione delle autorizzazioni, v. già ACQUARONE, *Contributo alla teoria della classificazione delle autorizzazioni amministrative*, Milano, 1962.

⁸⁶ Così BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico*, *loc. ult. cit.*

⁸⁷ In termini, v. già, nel regime del 2005, DE BELLIS, *La disciplina della acquisizione dei tabulati telefonici nel suo sviluppo normativo e giurisprudenziale* (nota a Corte cost. n. 372/2006), in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2008, n. 1, con riferimento all'interpolazione apportata con d.l. n. 354 del 2003, conv., con modif., in l. n. 45 del 2004, all'art. 132 cod. pr., laddove per i primi ventiquattro mesi si parlava di un provvedimento di acquisizione del giudice, mentre per i successivi ventiquattro mesi si parlava, nella legge di conversione, di una autorizzazione del giudice ad acquisire i dati.

⁸⁸ Cfr. circolare ministero giustizia 30/3/2010 secondo cui, ai sensi del disposto dell'art. 2, comma 111, l. n. 191/2009 (legge finanziaria 2010), dal 1° gennaio 2010 e fino al decreto interministeriale con quale saranno stabiliti i costi sostenuti dagli operatori e le modalità di pagamento in forma di canone annuo, il rilascio di informazioni relative al traffico telefonico deve essere effettuato in forma **gratuita**.

⁸⁹ Nelle indagini difensive, l'art. 391-*quater* cod. proc. pen. prevede che le spese siano a carico del difensore, ma non è altrettanto chiaro se ciò debba avvenire anche nel caso di acquisizione disposto dal giudice su richiesta del difensore.

253499-01; Sez. 4, n. 2820 del 30/11/2012, P.M. in proc. Drigo, Rv. 254963-01).

Viceversa, le conseguenze sarebbero opposte se si riconoscesse sempre natura **autorizzatoria** all'atto giudiziale in questione, per ragioni interpretative di ordine *letterale, sistematico e storico*.

La *littera legis* del comma 3-bis («...autorizzazione **in via ordinaria**») è talmente pregnante da ridondare anche in relazione alla natura dell'atto del precedente comma 3. In più lo schema autorizzatorio è sistematicamente conforme alle norme codicistiche in tema di intercettazioni (artt. 267 cod. proc. pen.) anche a fini di prevenzione (art. 226, commi 2, 3-bis, 4, disp. att. cod. proc. pen.: *autorizza*). Infine esso è aderente all'*occasione legis* ed al preciso intento "storico" del riformatore di "limitare" l'attività acquisitiva del p.m., che non è [più] libera, donde la necessità di questi di farsi *autorizzare*.

Una plausibile lettura da operare in seno al comma 3 per condividere la natura autorizzatoria potrebbe essere quella di assumere la "neutralità" della formula normativa del comma 3 («...i dati **sono acquisiti**...»), nel senso che essa non descriva la natura dell'atto né fondi poteri probatori diretti in capo al giudice, bensì si limiti ad esprimere l'effetto (per l'appunto acquisitivo) del decreto motivato [da intendersi, implicitamente, «di autorizzazione»] del giudice; in secondo luogo – come anche da taluno osservato – l'espressione «con decreto motivato» dovrebbe essere intesa come «sulla base di»⁹⁰.

5.1 I presupposti applicativi.

Le esigenze di tutela e garanzia che emergono dalle fonti unionali in materia di *data retention*, così come interpretate dalla Corte di giustizia, hanno imposto al legislatore urgente di dare contenuto precettivo anche ad un profilo motivazionale che nel previgente testo dell'art. 132 cod. pr. era, invece, solo implicito. Infatti, benché la norma previgente richiedesse che il decreto del p.m. fosse motivato, non era precisato il contenuto minimo richiesto per quella motivazione, il quale, invece, proprio in ragione del tenore della norma di riferimento e dell'interpretazione che ne ha dato, da ultimo, la sentenza H.K. "non può che essere agganciato – si legge nella *Relazione* del d.d.l. di conversione – ad una valutazione di sussistenza di un pregresso quadro indiziario di peso non minimale circa la sussistenza di un reato da accertare. L'acquisizione di dati con provvedimento sganciato da ogni valutazione di pregressa e autonoma sussistenza di elementi almeno sufficienti a far ravvisare la sussistenza del reato vanificherebbe in radice la funzione di garanzia del mezzo, ledendo il principio di proporzionalità imposto dalla direttiva"⁹¹.

Di qui l'innesto dei seguenti **presupposti applicativi** – comuni ad entrambi i regimi: **ordinario ed urgente** – legittimanti d'ora in poi l'acquisizione dei tabulati entro gli (invariati) termini di conservazione dei dati:

1) la necessità che si tratti di reati puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni (determinata a norma dell'art. 4 cod. proc. pen.) o dei reati di minaccia (art. 612 c.p.) e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono (art. 660 cod. pen.), quando la **minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi**;

2) la sussistenza di sufficienti indizi di reato;

3) la rilevanza dell'acquisizione ai fini della prosecuzione delle indagini.

La specificità di regime rispetto alla disciplina codicistica sulle **intercettazioni** telefoniche e ambientali – rinvenibile nel carattere *sufficiente* e non grave degli indizi di reato; nel più ampio ambito di reati per i quali si ammettono le acquisizioni; nella *rilevanza*, anziché indispensabilità investigativa dei dati stessi; nel più lungo termine di quarantotto ore, anziché ventiquattro, per la comunicazione al giudice ai fini della convalida da parte del p.m. che abbia proceduto d'urgenza (v. *postea* § 5.3) – sarebbe

⁹⁰ Per quest'ultimo rilievo BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico*, loc. cit., che pure propende, sia pure più succintamente, per lo schema autorizzatorio tipico.

⁹¹ Camera dei deputati, Legislatura XVIII, A.C. 3298, pag. 7.

giustificabile in ragione della minore invasività della sfera personale del mezzo (tabulati) rispetto a quello captativo⁹².

Il previsto vaglio giurisdizionale, invece, assimila le due discipline, essendosi previsto un più elevato standard garantistico che dà piena attuazione alla riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost., oltreché al *dictum* della CGUE. Da questo punto di vista il legislatore urgente ha inteso superare quelle diffuse resistenze al "trasferimento" della competenza al giudice prospettate soprattutto da parte dei pubblici ministeri, che avevano paventato un rallentamento delle indagini e il pregiudizio per le attività richiedenti interventi immediati, sottolineando al tempo stesso il ruolo di autonomia, di indipendenza e di garanzia svolto dalla Procura⁹³.

Della sussistenza di ciascuno di tali stringenti requisiti dovrà dar conto il giudice in motivazione (v. *postea*), la cui espressione in forma sintetica – ma, evidentemente, rigorosa⁹⁴ – è da ritenersi senz'altro possibile, atteso che la casistica dei presupposti può, per vari aspetti, essere sintetizzata senza particolari difficoltà⁹⁵.

È necessario che la motivazione enunci, *in primis*, la concreta ipotesi di reato per il cui accertamento si fa ricorso all'acquisizione dei tabulati; va poi indicata l'eventuale condizione di procedibilità o il ricorrere dell'ipotesi di cui all'art. 346 cod. proc. pen.; deve poi darsi conto del periodo a cui i tabulati si riferiscono, al fine di evitare che il decreto sia veicolo di acquisizione dell'intero insieme dei dati disponibili ove non necessario ai fini dell'accertamento penale (criterio di **proporzionalità**); infine è dovuta la segnalazione della titolarità dell'utenza, se nota, e la disponibilità di questa in capo all'indagato o imputato, se intestata a soggetto diverso⁹⁶.

5.1.1 Il catalogo dei reati-presupposto "gravi".

L'articolazione del profilo pertinente ai casi nei quali l'acquisizione dei dati può essere d'ora in poi ammessa – definito *in parte qua* intervento "urgente e imprescindibile" dalla *Relazione* illustrativa al d.d.l. di conversione⁹⁷ – supera la radicale assenza, nel testo previgente, di ogni riferimento ad un qualche profilo di gravità dei reati.

Il legislatore urgente – nella sua valutazione discrezionale – ha così dato attuazione al *dictum* eurounitario (indeterminato sul punto: v. *retro* § 4.2), definendo il catalogo dei "reati-presupposto" che ammettono il provvedimento acquisitivo, e non reputando "soddisfacente" "l'affermazione, che si trova in giurisprudenza, per cui il pubblico ministero (oggi) o il giudice (domani) sarebbe tenuto a compiere quella valutazione in concreto"⁹⁸.

Il novellatore ha ritenuto opportuno fare ricorso, in via prioritaria, al **criterio astratto della comminatoria edittale** del reato per cui si procede individuato con riguardo alla misura della pena **massima** («...la pena dell'**ergastolo** o della **reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale...**»); ad esso ha aggiunto la previsione *ad hoc* relativa ai reati di minaccia e di molestie «**gravi**»; il tutto in combinazione con gli altri parametri della

⁹² RESTA, *La nuova disciplina*, loc. cit., § 2; BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico*, loc. cit.

⁹³ Assai critico è il giudizio espresso a prima lettura da PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, loc. cit., secondo cui la prescelta soluzione del d.l. n. 132 del 2021, "oltre a riportare indietro le lancette dell'orologio della nostra legislazione di quasi vent'anni (quando invero i tabulati potevano essere acquisiti solo con decreto del giudice su richiesta delle parti), nel dare seguito – del tutto acriticamente – a tale giurisprudenza, da un lato ha (re)introdotto disposizioni farraginose per lo sviluppo delle indagini e pesanti limiti all'attività di ricerca della prova penale; dall'altro non ha tenuto conto delle difformità tra il caso che aveva determinato la suddetta pronuncia e la figura del nostro P.M., così come emergente dall'ordinamento costituzionale".

⁹⁴ A prima lettura, manifesta il pericolo che dietro i nuovi requisiti – affatto stringenti – si possano celare formule di stile, PESTELLI, loc. cit.

⁹⁵ Come rileva PARODI, *Sottratto al P.M.*, loc. cit., "se il mio telefono squilla di notte e il numero è sconosciuto, la rilevanza della richiesta è facilmente intuibile".

⁹⁶ Per questo "catalogo", ricavato dalla disciplina del sequestro di corrispondenza, talora accostato all'acquisizione di tabulati per identità di *ratio*, v. CORDI, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 5, pag. 600 ed ivi per richiami.

⁹⁷ Camera dei deputati, Legislatura XVIII, A.C. 3298, pag. 8.

⁹⁸ Camera dei deputati, Legislatura XVIII, A.C. 3298, *ibidem*.

sufficienza indiziaria e della rilevanza investigativa (su cui v. *postea* § 5.1.2 e 5.1.2), i quali, invece, sono da apprezzarsi **in concreto**⁹⁹.

La soluzione legislativa è stata quindi, principalmente, quella di agganciare il giudizio di "gravità" alla pena edittale¹⁰⁰; ciò si legge nella *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. – "in coerenza con il fatto che per il più invasivo mezzo costituito dalle intercettazioni telefoniche il limite edittale di gravità dei reati che ne consente l'attivazione è individuato nell'articolo 266 del codice di procedura penale nella misura di cinque anni di reclusione"¹⁰¹.

Da rilevare che dall'indicazione tipologica di pene si evince, altresì, che l'acquisizione dei tabulati è d'ora in poi limitata, generalmente, ai soli **delitti** (a parte l'eccezione della contravvenzione di cui all'art. 660 cod. pen., espressamente individuata *nominatim*). Pertanto è più opportuno parlare di "**delitti-presupposto**".

La prima dottrina si mostra divisa sull'operata selezione ed usa argomenti di opposto tenore.

Taluno¹⁰² reputa ragionevole la previsione della comminatoria edittale massima non inferiore ai tre anni, essendo conforme a quella considerata, ad esempio, ai fini dell'emissione del M.A.E. dalla decisione quadro 2002/548/GAI¹⁰³.

Per altri si tratta di una selezione piuttosto ampia "che sembra superare gli ambiti delineati dalla Corte di giustizia"¹⁰⁴. In effetti il legislatore urgente non ha raccolto il suggerimento che l'area *de qua* potesse essere individuata, con qualche allargamento mirato, sulla scorta di quanto previsto in tema di intercettazioni (artt. 266 e 266-bis cod. proc. pen.)¹⁰⁵: soluzione che peraltro – hanno obiettato altri¹⁰⁶ – sarebbe stata verosimilmente eccessiva. Di certo non tutti i reati rientranti nel *range* della vigente previsione rientrano nel novero delle fattispecie incriminatrici dirette a contrastare «*le forme gravi di criminalità*» o a prevenire «*gravi minacce alla sicurezza pubblica*», come preteso dalla Corte di giustizia¹⁰⁷.

All'opposto, si è osservato che, seppure la nuova previsione è in grado di "coprire" verosimilmente la maggior parte delle ipotesi di reato per le quali finora venivano disposte le acquisizioni di tabulati, per altre ciò non sarà più possibile¹⁰⁸. Ed in senso più radicale è stata criticata la scelta, le cui ragioni derivano, d'altra parte, proprio dalla necessità di adeguare la normativa alle indicazioni della sentenza *H.K.*, perché "taglia fuori una serie di fatti odiosi e meritevoli di sanzione"¹⁰⁹ per i quali non sarà più possibile

⁹⁹ In termini *Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, loc. cit.; negli stessi termini RESTA, *La nuova disciplina*, loc. cit., § 2.

¹⁰⁰ In termini AMATO, *Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, cit., pag. 22.

¹⁰¹ Camera dei deputati, Legislatura XVIII, A.C. 3298, pag. 8.

¹⁰² RESTA, *La nuova disciplina*, loc. cit., § 2.

¹⁰³ Cfr. art. 2, comma 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri: «Danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è **pari o superiore a tre anni**: [...]». Tale riferimento sovranazionale è annoverato anche nella *Relazione illustrativa* al d.d.l. di conversione: cfr. Camera dei deputati, Legislatura XVIII, A.C. 3298, *ibidem*.

¹⁰⁴ SPANGHER, loc. ult. cit.

¹⁰⁵ SPANGHER, *Data retention: svolta garantista ma occorre completare l'impianto*, cit., pag. 13.

¹⁰⁶ Secondo PARODI, loc. ult. cit., si sarebbe trattata di una compressione verosimilmente eccessiva della possibilità di acquisire elementi di accertamento, tenuto conto che oggettivamente l'"invasività" dei tabulati e del *log* non possa essere equiparata a quella derivante dalle captazioni.

¹⁰⁷ Cfr. AMATO, *Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, cit., pag. 21.

¹⁰⁸ PARODI, *Sottratto al P.M.*, loc. cit., che porta l'esempio del reato di diffamazione (art. 595, commi 1 e 2, cod. pen.): la missiva di contenuto diffamatorio pubblicata *online* ma trasmessa via mail a vari soggetti da un account con titolare non identificato, potrebbe, in questo senso, risultare di improbabile accertamento.

¹⁰⁹ PESTELLI, D.L. 132/2021: *un discutibile e inutile aggravio*, loc. cit., che porta alcuni esempi: "Si pensi al reato di sostituzione di persona di cui all'art. 494 c.p. (ad es. in caso di creazione di un falso *account online* a nome altrui o di utilizzo dell'identità e delle generalità altrui per acquistare beni o attivare servizi), alla rivelazione colposa di segreto d'ufficio di cui all'art. 326, comma 2, c.p., alla rivelazione di segreti inerenti a un procedimento penale di cui all'art. 379-bis c.p., al commercio di prodotti con segni falsi di cui all'art. 474, comma 2, c.p., alla turbata libertà dell'industria o del commercio di cui all'art. 513 c.p., alla frode in commercio di cui all'art. 515 c.p., alla vendita di prodotti industriali con segni mendaci di cui all'art. 517 c.p., alla fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale di cui all'art. 517-ter c.p., alla contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari di cui all'art. 517-quater c.p., alla diffamazione non aggravata di cui all'art. 595 c.p. (ad es. attraverso l'invio di mail

individuare il loro autore, "con facili quanto evidenti riflessi negativi sui risultati delle indagini preliminari e sui diritti delle loro vittime"¹¹⁰.

Quanto, poi, alla previsione "ontologica"¹¹¹ che estende l'acquisibilità dei tabulati ai reati di **minaccia e di molestia e disturbo gravi**, a prima lettura è stata apprezzata di massima nel rilievo che, senza l'acquisizione dei tabulati, spesso sarebbe impossibile risalire ai relativi autori¹¹²; in effetti, per questo genere di reati, "la principale, se non unica, modalità di accertamento è da rinvenire esattamente nei dati del traffico telefonico (oltre che, quando la condotta è in atto, nelle intercettazioni telefoniche)"¹¹³.

Eppure l'indicazione normativa è ritenuta parimenti, e *a fortiori*, non perfettamente in linea con le molto più rigorose indicazioni della Corte europea: sembra difficile ipotizzare, infatti, che si tratti di reati la cui punibilità trovi fondamento in una esigenza di «*prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica*»¹¹⁴.

Altri, ancora, hanno evidenziato la problematicità: anzitutto perché la *gravità* dipende in parte anche dalla *percezione* della persona offesa¹¹⁵; inoltre perché, mentre il concetto di "minaccia grave" trova un sicuro addentellato codicistico (artt. 339 e 612, comma 2, cod. pen.) e solidi riferimenti negli ormai consolidati orientamenti interpretativi, i neo introdotti concetti di molestia o disturbo «*gravi*» appaiono del tutto nuovi, prestandosi pertanto ad interpretazioni discrezionali ed incerte e rendendo impossibile la prevedibilità delle decisioni¹¹⁶.

In proposito può "soccorrere", a fini esegetici, la *Relazione* illustrativa al d.d.l. di conversione, ove si specifica che, in questo caso, nel derogarsi al limite di pena generale, "si è imposta una valutazione, **in concreto** questa volta, della gravità delle condotte di minaccia, molestia o disturbo, allo scopo di confermare l'esigenza di un rapporto di **proporzionalità** tra l'atto di indagine e i diritti compressi con esso"¹¹⁷.

Allo scopo di "vestire" di contenuto tali attributi può senz'altro attingersi alla giurisprudenza formatasi sulla minaccia grave di cui all'art. 612 cpv. cod. pen. (Sez. 5, n. 8193 del 14/1/2019, Criscio, Rv. 275889-01; Sez. 6, n. 35593 del 16/6/2015, Romeo, Rv. 264341-01; Sez. 5, n. 44382 del 29/5/2015, Mirabella, Rv. 266055-01), da ritenersi senz'altro estensibile ed adattabile al reato di molestie, con una valutazione che tenga in conto anche il contesto della condotta e, quindi, dei rapporti tra le parti, oltre che la dimensione quantitativa dell'attività di molestia o di disturbo, ossia della sua reiterazione¹¹⁸. Va anche ricordato che il reato di molestia o disturbo alle persone non ha natura di reato necessariamente abituale, sicché può essere realizzato anche con una sola azione, ma può in concreto assumere la forma dell'abitualità (Sez. 1, n. 19631 del 12/6/2018, Papagni, Rv. 276309-01). Ed è proprio tale circostanza che diverrebbe valutabile ai fini del giudizio di gravità¹¹⁹.

o messaggi a più destinatari senza pubblicazione *online*), alla diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico di cui all'art. 615-*quinquies* c.p., alla rivelazione di segreti scientifici o commerciali di cui all'art. 623 c.p., all'insolvenza fraudolenta di cui all'art. 641 c.p."

¹¹⁰ Ancora PESTELLI, *loc. ult. cit.*

¹¹¹ PARODI, *Sottratto al P.M.*; *loc. cit.*

¹¹² AMATO, *op. cit.*, pagg. 22 s.

¹¹³ Camera dei deputati, Legislatura XVIII, A.C. 3298, pag. 8.

¹¹⁴ AMATO, *ibidem*.

¹¹⁵ PARODI, *loc. ult. cit.*

¹¹⁶ PESTELLI, *loc. cit.*, il quale si è chiesto, polemicamente: "quante telefonate o atti di disturbo saranno necessari ed a che ora perché possa dirsi integrato il requisito della loro gravità?". Cfr. anche PARODI, *loc. ult. cit.*

¹¹⁷ Camera dei deputati, Legislatura XVIII, A.C. 3298, pag. 8.

¹¹⁸ Ai fini della configurabilità della gravità delle minacce con la conseguente contestazione del comma 2 dell'art. 612 cod. pen. – secondo AMATO, *op. ult. cit.*, pagg. 23 s. – deve valorizzarsi l'entità del turbamento psichico determinato dall'atto intimidatorio sul soggetto passivo, che va accertata avendo riguardo non soltanto al tenore delle espressioni verbali profferite, ma anche al contesto nel quale esse si collocano. In tale contesto rientra anche la considerazione dei rapporti tra le parti, perché da tali rapporti può discendere un importante elemento di giudizio sull'idoneità/inidoneità intimidatoria della condotta; così come rientra senz'altro l'apprezzamento dell'eventuale "ripetizione" delle condotte incriminate.

¹¹⁹ Così AMATO, *op. ult. cit.*, pag. 24.

5.1.2 La sufficienza indiziaria.

Quanto al presupposto indiziario, il legislatore urgente, nella possibile gradazione conosciuta dalla codificazione processuale penale, ha ritenuto corretto individuarlo in un livello almeno "sufficiente" – mutuando quindi la formula normativa vigente per le intercettazioni in materia di mafia e terrorismo («*sufficienti indizi*») – e non grave come nei casi ordinariamente previsti dall'art. 267, comma 3, cod. proc. pen., i quali avrebbero evocato la necessità di un giudizio altamente probabilistico della sussistenza di un reato.

La *Relazione* illustrativa al d.d.l. di conversione spiega questa scelta "anche in relazione all'opportunità che il livello di accertamento richiesto debba essere di peso inferiore a quello richiesto per l'autorizzazione al diverso e ben più invasivo mezzo di ricerca della prova delle intercettazioni"¹²⁰: ed in effetti, una volta inserito il vaglio preventivo giurisdizionale, l'acquisizione dei soli dati di traffico telefonico o telematico può essere legittimamente distinta, ad esclusivi fini di valutazione acquisitiva, dalla diretta captazione del contenuto delle comunicazioni, che avviene con innegabile maggiore invasività nella sfera personale e pretende, pertanto, più gravi presupposti¹²¹.

Quanto alla **motivazione**, ai fini dell'accoglimento della richiesta di acquisizione, nel corpo del provvedimento il giudice dovrà perciò dar conto della mera *sufficienza indiziaria* in ordine ai reati ipotizzati¹²², da intendersi come risultanze investigative di qualsivoglia natura, ma comunque idonee a raffigurare un apprezzabile *fumus* delle condotte delittuose o contravvenzionali¹²³.

Da notare che, come in materia di intercettazioni, gli "indizi" d'ora in poi richiesti per l'acquisizione dei tabulati afferiscono alla sussistenza di un reato e non alla *colpevolezza* di un determinato soggetto (si tratta, spesso, di acquisizioni disposte in procedimenti a carico di ignoti¹²⁴), sicché, per procedersi, non è necessario che tali indizi siano ravvisabili a carico di un soggetto individuato o di colui le cui conversazioni debbano essere controllate a fine di indagine; né la mancata individuazione dell'autore del reato in relazione al quale è richiesta (e disposta) l'acquisizione di tabulati influisce sull'utilizzabilità dei suoi esiti, nello stesso procedimento, a fini di prove criminose collegate (arg. Sez. fer., n. 34244 del 9/9/2010, Lombardi e altro, Rv. 248216-01, in tema di intercettazioni).

Mutuando – per identità di previsione *in parte qua* – quanto chiarito dalla Corte in materia di intercettazioni, al presupposto dei *sufficienti indizi* di reato non deve essere attribuito un connotato di tipo "**probatorio**" in chiave di prognosi, posto che ciò che è dirimente è l'esistenza, nell'ambito della sufficienza indiziaria, di un fatto storico integrante una determinata ipotesi di reato, il cui accertamento impone l'adozione dello strumento acquisitivo nel rispetto dei valori sanciti dall'art. 15 Cost. (arg. Sez. fer., n. 34244 del 9/9/2010, Lombardi e altro, cit.; Sez. U, n. 21 del 29/11/2005, Campenni, non mass. sul punto).

La motivazione del decreto di acquisizione, pertanto, non deve esprimere una valutazione sulla fondatezza dell'accusa, ma deve contenere esplicita – sia pur sintetica – illustrazione degli elementi essenziali di indagine onde consentire alle parti e al giudice del riesame di stabilire la ritualità del provvedimento adottato (Sez. 4, n. 1625 del 6/12/2003 dep. 2003; Moxhaku, Rv. 223283-01). È richiesto un vaglio di effettiva serietà del progetto investigativo, limitato al dato formale ed "esteriore" della esistenza dei sufficienti indizi (Sez. 4, 25/01/2005, n. 19278, P.M. in proc. D'Amato ed altri, Rv. 231540-01), sulla base di "elementi non equivoci e minimali"¹²⁵, con la conseguenza che principale funzione di garanzia della motivazione del decreto risiede nell'individuazione della vicenda criminosa cui l'autorizzazione si riferisce (ancora arg. Sez. fer., n. 34244 del 9/9/2010, cit.). Ed il vaglio di particolare serietà dell'ipotesi di

¹²⁰ Camera dei deputati, XVIII Legislatura, A.C. 3298, pag. 7.

¹²¹ Sul punto, con riferimento alle modifiche introdotte all'art. 132 cod. pr. dal d.l. n. 144 del 2005, v. già MENGONI, *op. cit.*, pag. 467, nt. 2.

¹²² Così AMATO, *op. ult. cit.*, pag. 21.

¹²³ MENGONI, *op. cit.*, pag. 467, sul testo dell'art. 132 cod. pr. conseguente all'art. 6 d.l. n. 144 del 2005, contenente identica formula («*sufficienti indizi*»).

¹²⁴ PARODI, *Sottratto al P.M.*, loc. cit.

¹²⁵ Così PARODI, loc. cit.

reato configurate, se logicamente espresso, si sottrae a rivisitazione in sede di legittimità (Sez. U, n. 21 del 29/11/2005, cit.).

5.1.3 La rilevanza ai fini di indagine.

Quanto all'ultimo requisito, il riferimento all'esigenza investigativa («...ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini») individua la "causa" dell'acquisizione che deve sorreggere la richiesta acquisitiva e fondare la motivazione del decreto del giudice in termini di prospettiva *dinamica* della rilevanza¹²⁶. In questi termini, è da ritenersi attuativo degli standard richiesti dalla sentenza H.K. relativi alla **finalità** della richiesta motivata di acquisizione¹²⁷ e fa sì che l'acquisizione di tabulati non divenga strumento di *inquisitio generalis*¹²⁸.

Come si spiega nella *Relazione* illustrativa al d.d.l. di conversione, in questo modo si impone al giudice, "nell'ottica della proporzionalità richiesta dalla normativa unionale" la verifica "**in concreto** dell'effettiva necessità di un intervento acquisitorio, da escludere ove il materiale cercato non appaia « rilevante ai fini della prosecuzione delle indagini»¹²⁹. Il requisito suppone, quindi, una valutazione giudiziale sulla prospettiva dinamica della rilevanza, ossia in ordine alla **pertinenza** ovvero **proficità/opportunità** dell'esame dei tabulati ai fini di indagine ma non anche, in senso più restrittivo come nelle intercettazioni, in ordine alla necessità¹³⁰ o, addirittura, indispensabilità del mezzo. Anche in questo caso, infatti, "si è ritenuto corretto fissare un livello di verifica della pertinenza alle indagini (la rilevanza) che si colloca in una scala di gradazione inferiore rispetto a quello previsto per l'accesso alle intercettazioni telefoniche (di indispensabilità del mezzo), ma, tuttavia, utile ad offrire un ulteriore contenuto concreto all'esigenza di limitare l'accesso ai dati ai soli casi in cui ciò sia giustificato da una valutazione di positiva utilità di quell'acquisizione per le indagini"¹³¹.

Quanto alla motivazione *in parte qua* si richiede una esplicita – sia pur sintetica – indicazione delle specifiche ragioni investigative poste a fondamento dell'acquisizione. Con principio di diritto affermato dalla S.C. in tema di intercettazioni e qui riproponibile per *eadem ratio* – il decreto di acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico può essere motivato in collegamento alle ragioni esposte nell'informativa della polizia giudiziaria che segnala l'importanza e l'interesse dei tabulati ai fini della prosecuzione delle indagini (Sez. 6, n. 46776 del 24/10/2003, Guzman, Rv. 227703-01).

Con specifico riferimento ai tabulati, è consolidato l'indirizzo che reputa soddisfatto l'obbligo di motivazione del provvedimento acquisitivo, "stante il modesto livello di intrusione nella sfera di riservatezza delle persone", anche con espressioni **sintetiche**, nelle quali si sottolinei la necessità dell'investigazione, in relazione al proseguimento delle indagini ovvero all'individuazione dei soggetti coinvolti nel reato, o si richiamino, con espressione indicativa della loro condivisione da parte dell'a.g., le ragioni esposte dalla p.g. (Sez. 1, n. 46086 del 26/9/2007, Toma, Rv. 238170-01; conf. Sez. 1, n. 37212 del 28/4/2014, Liuzzi e altri, Rv. 260589-01)¹³².

In dottrina, a prima lettura si è annotato che non sempre tabulati e *log* sono rilevanti per la «prosecuzione delle indagini», se intesa in senso stretto, perché spesso possono essere anche più rilevanti per la verifica delle prospettazioni difensive, in ordine alla

¹²⁶ PARODI, *Sottratto al P.M.*, loc. cit.

¹²⁷ In termini, SPANGHER, *Data retention: svolta garantista*, cit., pag. 14.

¹²⁸ Così CORDI, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 5, pag. 600, a proposito dell'onere motivazionale degli ordini di acquisizione dei tabulati telefonici, allora di competenza del p.m.

¹²⁹ Camera dei deputati, XVIII Legislatura, A.C. 3298, pag. 7 (enfasi aggiunta).

¹³⁰ Come rileva PARODI, loc. ult. cit., rispetto alle intercettazioni, "si è voluto in qualche modo ampliare il criterio di valutazione".

¹³¹ Camera dei deputati, XVIII Legislatura, A.C. 3298, *ibidem*.

¹³² Va tuttavia ricordato che, in una occasione, in giurisprudenza è stato ritenuto **abnorme** il provvedimento col quale il Gip rigetta le richieste del p.m. avanzate ai sensi dell'art. 132, comma 2, cod. pr. (*ratione temporis* applicabile) motivando in ordine alla mancanza di utilità dell'acquisizione ai fini dell'indagine: invero, l'unica valutazione demandata dalla legge al Gip è quella riguardante il dato formale ed "esteriore" della sussistenza di sufficienti indizi in ordine ai delitti ipotizzati (in quel caso di criminalità organizzata), e non circa il merito della richiesta e i presupposti investigativi sui quali essa si basa (Sez. 4, n. 19278 del 25/1/2005, P.M. in proc. D'Amaro, Rv. 231540-01).

riferibilità di condotte – in caso di tabulati finalizzati alla localizzazione – di presenza in determinati luoghi¹³³.

Il riferimento in esame è stato altresì giudicato in parte limitativo perché la necessità di acquisire i tabulati si può porre, anche se meno frequentemente, anche dopo l'esercizio dell'azione penale, davanti al giudice del dibattimento ovvero davanti a quello dell'udienza preliminare chiamato a definire il processo in sede di rito abbreviato condizionato¹³⁴. E l'imprecisione è tanto più evidente ove si consideri che il testo di legge, pur essendo costruito *in parte qua* avuto riguardo alla sola fase delle indagini preliminari, estende la facoltà di richiesta al giudice anche al difensore dell'«imputato», con attenzione, quindi, anche alla fase processuale successiva all'esercizio dell'azione penale¹³⁵.

Allo stato, per superare le evidenziate criticità – altrimenti risolvibili in via legislativa – il giudice dibattimentale o dell'udienza preliminare chiamato a decidere su un'istanza acquisitiva, dovrebbe cimentarsi in una lettura **estensiva** della previsione che gli consenta di motivare favorevolmente il decreto avendo riguardo alle specifiche **esigenze probatorie** connesse alla contestazione¹³⁶. Sul punto si è quindi auspicato che, in sede di conversione del d.l., il Parlamento specifichi detta possibilità¹³⁷.

5.2 La procedura ordinaria: lo *ius postulandi* delle parti.

In via ordinaria, in presenza delle suesposte condizioni, i dati sono «*acquisiti*» presso il competente fornitore dei servizi telefonici e telematici con decreto motivato del giudice «*su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private*».

Dai testuali riferimenti all'imputato e alle altre parti private si desume che la richiesta o l'istanza sono proponibili anche oltre la fase delle indagini preliminari, anche dopo l'esercizio dell'azione penale¹³⁸.

La richiesta del p.m. o delle altre parti deve essere formulata entro i termini temporali di conservazione dei dati – **riconfermati**¹³⁹ dal novellato comma 3 dell'art. 132 cod. pr. («*Entro il termine di conservazione imposto dalla legge...*»)¹⁴⁰. Essa deve avere ad oggetto i dati di traffico telefonico o telematico, come definiti dall'art. 1 cod. pr. (v. *retro* § 2)¹⁴¹.

¹³³ PARODI, *Sottratto al P.M.*, loc. cit.

¹³⁴ E su tali ragioni probatorie dovrà ovviamente argomentare la richiesta delle parti volta a sollecitare l'acquisizione: ancora AMATO, *op. ult. cit.*, pag. 20.

¹³⁵ In termini AMATO, loc. ult. cit.

¹³⁶ Cfr. AMATO, loc. ult. cit.; PARODI, *Sottratto al P.M.*, loc. ult. cit.

¹³⁷ Secondo AMATO, loc. ult. cit., "vuoi per supportarla laddove la richiesta provenga dal pubblico ministero o dalla persona offesa/parte civile; vuoi per smentirla, in caso di richiesta proveniente dalla difesa dell'imputato".

¹³⁸ SPANGHER, *Data retention: svolta garantista*, cit., pag. 14.

¹³⁹ Lo annota opportunamente SPANGHER, *op. ult. cit.*, pag. 13.

¹⁴⁰ La *Relazione* di accompagnamento del d.d.l. di conversione spiega che il nuovo riferimento, nel comma 3 dell'art. 132 modificato, all'acquisibilità dei dati nel termine di conservazione imposto dalla legge, rispetto al tenore del testo previgente, che fa riferimento all'acquisibilità nel termine previsto dal comma 1, "deriva dall'esigenza di chiarire che il termine entro il quale i dati sono acquisiti con le procedure previste è quello che la legge fissa per la conservazione obbligatoria dei dati, che è certamente quello previsto dal comma 1 dell'articolo 132, ma che può essere anche quello fissato da leggi speciali, come l'articolo 24, comma 1, della legge 20 novembre 2017, n. 167". Cfr. Camera dei deputati, XVIII Legislatura, A.C. 3298, pag. 8.

¹⁴¹ A prima lettura, nel senso che i provvedimenti di acquisizione dei cd. *file di log* potranno continuare ad essere emessi autonomamente dal P.M. in quanto non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del novellato art. 132 cod. pr., GITTARDI, *Sull'utilizzabilità dei dati del traffico telefonico e telematico acquisiti nell'ambito dei procedimenti pendenti alla data del 30 settembre 2021*, in www.giustiziainsieme.it, 7 ottobre 2021, secondo il quale le informazioni ricavabili dall'analisi delle tipologie di *files di log* "appaiono strettamente riconducibili al legittimo utilizzatore del profilo (fatta eccezione per i casi di accesso abusivo ex art. 615-ter c.p.), di cui è possibile rilevare, al massimo e non direttamente, l'eventuale impiego di una connessione assegnata ad un'utenza domestica, del luogo di lavoro o mobile". In tale documentazione – sostiene l'A. – "non è pertanto contenuta alcuna informazione che consenta di ricostruire direttamente l'interazione del soggetto con terzi e/o di geolocalizzare direttamente le attività svolte". Ciò perché con le acquisizioni dei *file di log* non si acquisiscono dati relativi al traffico telematico o dati relativi all'ubicazione idonea a "fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente" di comunicazione telematica (posto che la comunicazione implica interazione con altro soggetto) o "sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate", che sono le informazioni a cui si riferisce la citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea Grande Camera.

Anch'essa, come il decreto, deve essere a sua volta **motivata**¹⁴²: benché tale necessità non sia esplicitata dal comma 3 in esame, è *naturaliter* funzionale a consentire al giudice l'attribuito controllo di legalità sull'istanza di acquisizione. Può allora mutuari per *eadem ratio* la giurisprudenza in tema di intercettazioni che reputa legittima la motivazione *per relationem* dei decreti (in quel caso autorizzativi, qui) acquisitivi quando in essi il giudice faccia richiamo alle richieste (motivate) del p.m. e alle relazioni di servizio della p.g., "ponendo così in evidenza, per il fatto di averle prese in esame e fatte proprie, l'iter cognitivo e valutativo seguito per giustificare l'adozione di quel particolare mezzo di ricerca della prova" (Sez. 5, n. 24661 dell'11/12/2013 dep. 2014, Adelfio e altri, Rv. 259867-01; Sez. 5, n. 36913 del 5/6/2017, P.M. in proc. Tipa e altri, Rv. 270758-01, Sez. 6, n. 46776 del 24/10/2003, cit.).

In coerenza con l'attribuzione giurisdizionale dell'atto acquisitivo, sparisce, rispetto al passato, la possibilità per il patrocinatore del (solo) indagato ovvero imputato di accedere in via autonoma, mediante istanza "extragiudiziale", ai dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito, con le modalità delle indagini difensive¹⁴³: ipotesi che è stata opportunamente eliminata – in attuazione del principio della parità delle parti (art. 111 Cost.)¹⁴⁴ – e che, peraltro, nell'assetto previgente creava paradossi già ritenuti suscettibili di frustrare le esigenze di difesa sottese alle relative richieste probatorie¹⁴⁵.

Pertanto, le difese – tanto dell'indagato/imputato, quanto della parte offesa e delle altre parti private (responsabile civile e civilmente obbligato al pagamento della pena pecuniaria) – avranno l'onere di trasmettere le proprie richieste **direttamente** al giudice che procede, senza passare per il tramite del p.m. (che potrà legittimamente rifiutarsi di dare seguito alla loro veicolazione, potendo provvedere in autonomia la stessa parte istante).

5.3 La procedura *ex abrupto*: il decreto d'urgenza del p.m.

Il novello comma 3-bis dell'art. 132 cod. pr. – Inserito dalla lett. b) dell'art. 1 d.l. n. 132 del 2021 – conia una **procedura ex abrupto** che ricalca testualmente, con i dovuti adattamenti (anche temporali), quella prevista dall'**art. 267, comma 2, cod. proc. pen.** in tema di intercettazioni telefoniche ed ambientali disposte d'urgenza dal p.m.¹⁴⁶, donde la piena mutuabilità del relativo panorama giurisprudenziale di riferimento.

Il legislatore del 2021 solo nelle situazioni urgenti e di fondato pericolo nel ritardo ha inteso conservare un potere di **intervento diretto del p.m.**, sottoposto poi a tempestiva **convalida** del giudice¹⁴⁷. Ciò in ossequio a quanto statuito dalla sentenza *H.K.* secondo la quale, solo in via **d'eccezione** – individuata in «*situazioni di urgenza debitamente giustificate*» – il controllo può essere successivo all'accesso, ma «*deve avvenire entro tempi brevi*», tenendo presente che un **controllo successivo è sempre inadeguato** perché non consente di impedire un accesso ai dati in questione eccedente

¹⁴² SPANGHER, *Data retention: svolta garantista*, loc. ult. cit.; PARODI, *Sottratto al P.M.*, loc. cit.

¹⁴³ In argomento, diffusamente, ANDOLINA, *Il potere del difensore di acquisizione diretta dei dati del traffico telefonico relativi al proprio assistito: limiti normativi e prospettive de iure condendo*, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2018, pagg. 1 ss.

¹⁴⁴ Secondo PARODI, *Sottratto al P.M.*, loc. cit., si tratta di una parità delle armi "più che opportuna, doverosa e quindi inevitabile".

¹⁴⁵ Come avevano segnalato ANDOLINA, *op. ult. cit.*, pag. 3, e CAPOCCIA, *Tabulati telefonici: tanti dubbi sulla nuova normativa*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 289, per un verso il potere del difensore di accesso diretto alla documentazione del traffico telefonico appariva irragionevole, con riguardo agli artt. 24, comma 2, e 111, commi 1 e 3, Cost., ed in contraddizione con la scelta ex art. 8, comma 1, cod. pr. di limitare, sotto il profilo oggettivo, tale prerogativa al patrocinatore del solo imputato e indagato, con esclusione, invece, oltretutto del difensore della persona offesa dal reato, anche dei difensori delle altre parti private. Per altro verso, il riconoscimento di un'iniziativa istruttoria estesa al difensore, in quanto tale – senza esclusioni di sorta – finiva con l'integrare un ingiustificato privilegio, lesivo del principio di parità tra le parti di cui all'art. 111, comma 2, Cost.

¹⁴⁶ Analoga procedura d'urgenza era stata prevista nell'assetto normativo "a doppio binario" del 2005, relativamente ai soli reati contemplati dal comma 4 [poi abrogato dal d.lgs. n. 109 del 2008] e dal comma 4-bis inserito all'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 ad opera dell'art. 6 d.l. n. 144 del 2005, conv., con modif., in l. n. 155 del 2005 [del pari abrogato dal d.lgs. n. 109 cit.].

¹⁴⁷ "[...] il trasferimento (o, meglio, il ritorno) del potere autorizzatorio in capo al giudice ha imposto di riproporre anche lo strumento, parimenti previsto per le intercettazioni telefoniche (e dalla pregressa disciplina dell'articolo 1), dell'intervento d'urgenza, da sottoporre a tempestiva convalida". Cfr. Camera dei deputati, XVIII Legislatura, A.C. 3298, pag. 8.

i limiti dello stretto necessario (CGUE, Grande Sezione, 2/3/2021, cit., § 51). In questo senso può senz'altro sostenersi che la disciplina d'urgenza salvaguarda, pur nella peculiarità che ne caratterizza l'oggetto, l'esigenza di **giurisdizionalizzazione** piena della procedura acquisitiva e della sua limitazione ai soli reati connotati da sufficiente gravità¹⁴⁸.

Ciò premesso, venendo alla prevista disciplina, quando ricorrono **ragioni di urgenza** e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare **grave pregiudizio alle indagini, il p.m. dispone la acquisizione** dei dati con decreto **motivato** che è comunicato **immediatamente**, e comunque non oltre **quarantotto ore**¹⁴⁹, al giudice competente per il rilascio dell'**autorizzazione** in via ordinaria.

Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla **convalida** con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti **non possono essere utilizzati**.

Detta conclusione – a prima lettura – è stata ritenuta ovvia per la non convalida del giudice (atto, peraltro, non impugnabile, neanche per abnormità: Sez. 1, n. 2668 del 11/4/1996, P.M. in proc. Ricco, Rv. 207473-01), ma non scontata nell'ipotesi della non convalida **per decorso del termine**, addebitabile vuoi all'ufficio richiedente, vuoi al giudice. In tal caso – si è affermato¹⁵⁰ – “nulla esclude, nonostante il silenzio della norma, che il p.m. possa avanzare *ex novo* una richiesta **ordinaria** di acquisizione e che il giudice provveda in conformità. In tale evenienza, visto che non si tratta di intercettazioni telefoniche (rispetto alle quali rimarrebbe “scoperto” il periodo privo di autorizzazione, con impossibilità di recupero delle registrazioni degli ascolti effettuate), il provvedimento del giudice dovrebbe senz'altro valere a **sanare** la situazione, con acquisizione, ora per allora, dei tabulati di interesse. Unica eccezione riguarda l'ipotesi della cd. “localizzazione”, giacché la non convalida nei termini impedirebbe di far entrare nel processo il dato compreso nel periodo non coperto dalla convalida”¹⁵¹.

Quanto all'onere di motivazione, il p.m. deve argomentare non solo sulle ragioni investigative giustificanti l'acquisizione, ma soprattutto sulle **ragioni d'urgenza** e sul pregiudizio che deriverebbe dal ritardo nell'acquisizione¹⁵²; in altre parole, deve argomentare sulla ricorrenza della situazione eccezionale che non gli consente di procedere in via ordinaria attendendo il normale *iter* autorizzatorio (oggi) aggravato, e tale da imporre invece di procedere direttamente in funzione delle cogenti esigenze che gli si palesano (si pensi ad un sequestro di persona in corso, ad episodi estorsivi in atto, ad un omicidio¹⁵³).

La giurisprudenza della S.C. in materia di intercettazioni d'urgenza ha affermato che, ai fini dell'esercizio, da parte del p.m., della facoltà di disporre, nel concorso di grave pregiudizio alle indagini, l'acquisizione di tabulati in via d'urgenza, l'arco cronologico di riferimento rispetto al quale va apprezzata l'eventualità di tale pregiudizio si identifica con lo stesso lasso di tempo (quarantotto ore) riservato al giudice per la convalida (arg. Sez. 1, n. 21923 del 30/1/2007, Cirillo, Rv. 236693-01; conf. Sez. 1, n. 49843 del 25/11/2014 dep. 2015, Fortuna, Rv. 265407-01).

Inoltre, l'eventuale difetto di motivazione del decreto [di acquisizione di tabulati] emesso in via d'urgenza è sanato con l'emissione del decreto di convalida da parte del Gip, che assorbe integralmente il provvedimento originario e rende utilizzabili i risultati delle operazioni [di acquisizione], perché preclude qualunque discussione sulla sussistenza del requisito d'urgenza (arg. Sez. 6, n. 55748 del 14/9/2017, P.G. in proc. Macrì ed altri, Rv. 271741-01; conf. Sez. 6, n. 35930 del 16/7/2009, Iaria e altri, Rv. 244872-01; Sez. 2, n. 215 del 4/12/2006, dep. 2007, Figliuzzi e altri, Rv. 235859-01).

¹⁴⁸ Così RESTA, *La nuova disciplina*, loc. cit., § 2.

¹⁴⁹ In questo caso, diversamente dall'art. 267, comma 2, cod. proc. pen., il termine massimo è stato fissato in quarantotto ore, anziché in ventiquattro per la comunicazione al giudice da parte del p.m. che abbia proceduto d'urgenza. Secondo BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico*, loc. cit., questa specificità, come le altre, è giustificabile in ragione della minore invasività della sfera personale.

¹⁵⁰ In termini AMATO, *Nella “costruzione” normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, cit., pag. 20.

¹⁵¹ Ancora, AMATO, loc. ult. cit. Nello stesso senso PARODI, *Sottratto al P.M.*, cit., secondo il quale, trattandosi di documenti, è ragionevole pensare che, almeno in caso di ritardo nella richiesta di convalida, la stessa possa essere sanata da una successiva richiesta in via ordinaria.

¹⁵² In termini AMATO, loc. ult. cit.

¹⁵³ BATTARINO, *Acquisizione di dati*, loc. cit., nt. 10.

5.4 Le (inespresse) conseguenze patologiche: l'inutilizzabilità.

Il novello comma 3 dell'art. 132 cod. pr. nulla prevede in ordine alle conseguenze patologiche derivanti dal mancato rispetto dei riferiti presupposti legittimanti, *pro futuro*, l'acquisizione dei tabulati. L'inutilizzabilità è espressamente contemplata – come visto *retro* § 5.3 – solamente nell'ultimo periodo del comma 3-*bis*, in riferimento alla procedura d'urgenza, quale conseguenza della mancata (o della intempestiva) convalida («Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti **non possono essere utilizzati**»).

Orbene, ancorché difetti un'indicazione esplicita di inutilizzabilità (anche) nel comma 3 – il cui inserimento ad opera della legge di conversione potrebbe evitare dubbi ermeneutici tali da ridimensionare grandemente la portata della riforma – in linea con l'opinione, sia pure succintamente espressa a primissima lettura, da dottrina processual-penalistica, dovrebbe ugualmente ritenersi che «il mancato rispetto dei riferiti presupposti e dei contenuti del provvedimento configura un **divieto probatorio sanzionato con l'inutilizzabilità**»¹⁵⁴.

A tale conclusione pare possa giungersi anzitutto muovendo dalle stesse ragioni «storiche» dell'odierno intervento legislativo (per di più d'urgenza), che sarebbe di fatto *inutiliter* dato se non si rispettassero, senza alcuna conseguenza patologica in punto di (in)utilizzabilità probatoria dei *data retention*, i nuovi stringenti requisiti procedurali introdotti proprio al fine di corrispondere ai rilievi della sentenza *H.K.*

In secondo luogo, si potrebbe colmare il vuoto, sul punto, del comma 3, annettendovi, nell'ambito di un necessario coordinamento sistematico, la medesima conseguenza patologica espressamente prevista dal legislatore solo al successivo comma 3-*bis* per l'ipotesi della mancata (o intempestiva) convalida.

6. Tutela dei titolari dei dati: diritti dell'interessato.

La lett. *b*) dell'art. 1 del d.l. in esame innesta un inedito comma 3-*ter* nell'art. 132 cod. pr. ove si chiarisce – conformemente al previgente comma 3 dell'art. 132 oggi modificato – che l'esercizio dei diritti di cui agli artt. da 12 a 22 del regolamento (UE) 2016/679 resta possibile da parte dell'interessato anche rispetto ai dati la cui conservazione è imposta dalla legge, ma con la precisazione che quei diritti sono esercitati solo con le modalità di cui all'art. 2-*undecies*, comma 3, periodi da terzo a quinto, dello stesso codice in materia di protezione dei dati personali.

Si tratta di una previsione di espressa tutela in favore dei titolari dei dati di traffico conservati per le finalità di accertamento e repressione dei reati.

I diritti degli interessati possono perciò essere esercitati tramite il Garante per la protezione dei dati personali con le modalità dell'art. 160 cod. pr. mediante particolari accertamenti: come è stato annotato a prima lettura, «l'esercizio, in questi particolari casi è demandato al Garante in vece dell'interessato in presenza di esigenze (anche) pubblicistiche prevalenti»¹⁵⁵.

In tale ipotesi, il Garante informa l'interessato di aver eseguito tutte le verifiche necessarie o di aver svolto un riesame, nonché del diritto dell'interessato di proporre ricorso giurisdizionale.

7. L'assenza della disciplina transitoria: le possibili soluzioni.

Le nuove norme si applicano *pro futuro* alle richieste di acquisizione **successive** al 30 settembre 2021, data di entrata in vigore del d.l. n. 132 del 2021 (art. 7)¹⁵⁶.

Per il passato, quanto ai tabulati già acquisiti a tale data, giova rilevare che la bozza del d.l. in esame, nel testo «in entrata» al Consiglio dei ministri del 29 settembre 2021, contemplava, all'originario art. 2, una **disciplina intertemporale** relativa ai dati di traffico telefonico, telematico e alle chiamate senza risposta già acquisiti nei

¹⁵⁴ È di questo avviso, senza precisarne le ragioni, SPANGHER, *op. cit.*, pag. 14.

¹⁵⁵ Così RESTA, *La nuova disciplina*, *loc. cit.*, § 2.

¹⁵⁶ Così anche BATTARINO, *Acquisizione di dati*, *loc. cit.*

procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto¹⁵⁷. Al comma 1, si prevedeva che gli stessi potessero essere utilizzati «quando l'acquisizione è stata disposta dall'autorità giudiziaria» [quindi dal p.m.] se ricorressero i medesimi «presupposti previsti dall'articolo 132, comma 3, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, così come modificato dall'articolo 1» del decreto.

Al comma 2, ai fini di conservazione degli atti, si prevedeva poi una valutazione a posteriori del giudice dibattimentale in un'ordinanza di convalida del provvedimento di acquisizione dei dati già emesso dal p.m., basata sui criteri successivamente introdotti, da emettere, sentite le parti, nella prima udienza successiva alla data di entrata in vigore del decreto, mentre, nei procedimenti in fase di indagine, avrebbe provveduto il gip al primo momento utile («2. Ai fini del comma 1, nella prima udienza successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto il giudice, sentite le parti, provvede] con ordinanza alla convalida del provvedimento di acquisizione dei dati. Nei procedimenti in cui l'azione penale non è stata esercitata, alla verifica procede, anche di ufficio, il giudice per le indagini preliminari all'atto dell'adozione del primo provvedimento successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto che presupponga la valutazione dei dati di cui al comma 1»).

Come ha rilevato il Garante per la privacy in sede di richiesto parere sul d.l. in commento detta disciplina transitoria era "modulata sul principio del *tempus regit actum* – trattandosi di disposizione procedurale – ma con un correttivo importante, volto a condizionare l'utilizzabilità processuale dei tabulati, benché già acquisiti prima della data di entrata in vigore della novella, alla ricorrenza dei presupposti delineati dal decreto-legge, oggetto di vaglio da parte del giudice in sede di convalida"¹⁵⁸.

Sennonché, dal d.l. n. 132 del 2021, nella versione definitivamente approvata e pubblicata in *Gazzetta*, è stato **soppresso** l'originario art. 2 e, con esso, è sparita ogni normativa di diritto transitorio.

L'eliminazione è stata condivisa da molti commentatori, nel rilievo che si trattasse di una disciplina intertemporale assai singolare e discutibile¹⁵⁹, caratterizzata da una convalida giudiziale retroattiva che avrebbe determinato notevoli problemi in sede applicativa e di interpretazione¹⁶⁰.

Eppure le valutazioni politiche di bilanciamento dei beni in gioco e degli interessi coinvolti e la coerenza con lo sviluppo della giurisprudenza sovranazionale – secondo taluno – avrebbero forse potuto ispirare la costruzione di un adeguato regime intertemporale, non escluso dalla natura processuale delle norme¹⁶¹. Se, infatti – come da altri osservato – è necessario che i principi sanciti dalla sentenza *H.K.* (e, dunque, l'attuazione propostane con il decreto legge in esame) trovino applicazione anche ai procedimenti in corso, "spetterebbe al legislatore stabilire, senza rimetterne la soluzione ad oscillanti scelte pretorie, tenuto conto dei riflessi della nuova disciplina sul momento *valutativo* della prova già acquisita dal p.m. secondo la previgente normativa, viziata da una sostanziale **incompatibilità**, pur sopravvenuta, con la giurisprudenza europea"¹⁶².

Certo è che, allo stato, in assenza di una disciplina transitoria – salvo la sua introduzione in sede di conversione in legge del d.l. – è l'interprete, di ogni livello, che deve risolvere il problema della sorte dei dati di traffico telefonico e telematico già acquisiti nei procedimenti (e nei processi) pendenti, se non tutti, quanto meno dal **2 marzo 2021** (data di pubblicazione della sentenza *H.K.*, a norma dell'art. 91, paragrafo 1, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia: «la sentenza produce effetti vincolanti il giorno in cui è pronunciata») al **29 settembre 2021** (vigilia dell'entrata in vigore del d.l. n. 132 del 2021), giacché *occasione* espressa della nuova disciplina e,

¹⁵⁷ Il testo del primigenio art. 2 della bozza di d.l. è leggibile in *Guida al diritto*, 2021, n. 39, pag. 13, a corredo dell'editoriale di SPANGHER, *op. cit.*

¹⁵⁸ Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, 10 settembre 2021, *loc. cit.*

¹⁵⁹ PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio*, *loc. cit.*; GITTARDI, *Sull'utilizzabilità dei dati telefonici*, *loc. cit.*

¹⁶⁰ PARODI, *Sottratto al P.M. il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, *loc. cit.*

¹⁶¹ In termini, BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico*, *loc. cit.*, nt. 10. Auspica l'inserimento di una disciplina transitoria che individui le modalità più corrette per condizionare l'utilizzabilità processuale dei tabulati anche RESTA, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, *loc. cit.*

¹⁶² Così RESTA, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, *loc. cit.*

conseguentemente, ragione della "incompatibilità" della precedente, sarebbe, appunto, la sentenza H.K.

7.1 L'applicabilità del principio *tempus regit actum*.

La principale soluzione per affrontare le questioni di diritto intertemporale connesse all'**utilizzabilità** dei *data retention* che siano stati acquisiti **precedentemente** ed **al di fuori delle condizioni** fissate dall'odierna novella pare offerta dall'applicazione del generale principio ***tempus regit actum***, il quale svolge l'essenziale funzione di ordinare la successione di leggi nel tempo in ambito **procedurale** garantendo l'applicazione uniforme delle regole processuali che, altrimenti, subirebbero confusive ed ingestibili discontinuità ove si procedesse alla importazione in ambiente processuale del principio della *lex mitior*, regolante, invece, la successione delle leggi penali nel tempo in ambito sostanziale (così, da ultimo, Sez. 2, n. 9876 del 12/2/2021, in motiv.).

Invero, la (riformata) disciplina della *data retention*, in quanto di natura **processuale**, risulterebbe governata dal principio *tempus regit actum*, sicché dovrebbe escludersi ogni ipotesi di **retroattività**. Quindi, così come le nuove norme procedurali si applicano *pro futuro* alle **richieste** di tabulati successive al 30 settembre 2021, per i procedimenti penali pendenti dal 2 marzo al 29 settembre 2021, in mancanza di espressa regolamentazione intertemporale, i dati esterni di traffico già confluiti nei fascicoli del p.m. o del dibattimento resterebbero **utilizzabili** in forza del principio *tempus regit actum*, in quanto, come significativamente già affermato dalle Sezioni Unite della Corte in situazione omologa, ritualmente acquisiti secondo le disposizioni *ratione temporis* vigenti all'epoca in cui era stata disposta la loro acquisizione, sulla base di norme che legittimamente attribuivano tale potere all'organo inquirente¹⁶³ (arg., Sez. U, n. 919 del 26/11/2003, dep. 2004, Gatto, Rv. 226484-01, in tema di intercettazioni ambientali¹⁶⁴; conf. Sez. 4, n. 27891 del 4/5/2004, Mucci, Rv. 229075-01).

Questa conclusione – sostenuta, ad oggi, sia pure talora assai succintamente, da tutti i primi commentatori della novella¹⁶⁵ – potrebbe essere validamente argomentata, *a fortiori*, anche sulla base di quella giurisprudenza di legittimità che afferma l'**inderogabilità** del principio *tempus regit actum* pure nei casi in cui la norma di procedura faccia riferimento a limiti di **pena** indicati da norme sostanziali (v. Sez. 3, n. 18297 del 4/3/2020, P.M. c. Castigliola, Rv. 279238-01; Sez. U, n. 48590 del 18/4/2019, Confl. comp. in proc. Sacco, Rv. 277304-02; Sez. U, n. 44895 del 17/7/2014, Pinna, Rv. 260927-01; da ultimo, cfr. Sez. 6, n. 33660 del 13/10/2020, Abdelkrim, Rv. 279926-01, con riferimento all'istituto della **sospensione del procedimento con messa alla prova** che, "sebbene produca effetti anche sostanziali, ha una prevalente natura processuale, sicché, per il principio *tempus regit actum* e in assenza di una diversa disciplina transitoria, ne è esclusa l'applicazione nel caso in cui, al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, sia già decorso il termine, previsto dall'art. 464-bis, comma 2, cod. proc. pen., per formulare la richiesta di ammissione").

Una simile conclusione è predicabile escludendo che la materia in esame possa avere diretti effetti (anche) sostanziali in punto di punibilità o comunque incidenti sulla libertà personale, dovendosi rilevare che il "congegno" acquisitivo dei tabulati, pur destinato ad incidere sul diritto alla *privacy* – di matrice comunitaria, inciso in maniera più o meno "periferica", ma senza ricadute "punitive" – è pur sempre operazione afferente la

¹⁶³ AMATO, *op. ult. cit.*, pag. 24; PESTELLI, *loc. ult. cit.*

¹⁶⁴ Così massimata da questo Ufficio: «Sono **legittime** le intercettazioni ambientali autorizzate, **prima dell'entrata in vigore** della legge 1 marzo 2001 n. 63 (cd. giusto processo), nell'ambito di indagini per delitti di criminalità organizzata, sulla sola base di informazioni confidenziali acquisite da organi di polizia giudiziaria, atteso che la nuova disciplina – secondo cui le dichiarazioni degli informatori sono inutilizzabili quali indizi idonei a legittimare le operazioni di intercettazioni finché non si sia provveduto alla loro audizione (art. 267, comma 1-bis, cod. proc. pen.) – **non può incidere, in mancanza di specifiche diverse indicazioni legislative, sulla loro utilizzazione, essendo la successione delle leggi processuali governata dal principio *tempus regit actum*, che comporta la persistente validità ed efficacia degli atti compiuti nell'osservanza delle leggi all'epoca vigenti**» (enfasi aggiunta).

¹⁶⁵ BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico*, *loc. cit.*; PESTELLI, D.L. 130/2021, *op. loc. cit.*; GITTARDI, *Sull'utilizzabilità dei dati*, *loc. ult. cit.*; SPANGHER, *op. cit.*, pag. 14, il quale paventa nondimeno la possibilità che possano prospettarsi comunque questioni sollevabili davanti alle Corti sovranazionali.

materia processuale di ricerca della prova sicché la relativa disciplina – sebbene d'ora in poi più garantita in termini di giurisdizionalizzazione della procedura acquisitiva e di introdotti limiti di ammissibilità – dovrebbe sottostare senz'altro alla regola del *tempus regit actum*.

In tal modo dovrebbe dunque ritenersi che, in assenza di una specifica disposizione transitoria, e in base al principio di disciplina temporale degli atti processuali, resterebbero comunque **utilizzabili** i dati del traffico telefonico e telematico acquisiti nell'ambito dei procedimenti pendenti alla data del 30 settembre 2021 a seguito di provvedimento emesso dal p.m. dopo il 2 marzo 2021 e prima di tale data in vigenza della precedente disciplina; e questo, pare opportuno precisare, anche nell'ipotesi che il provvedimento del p.m. fosse stato emesso anteriormente a tale data e i relativi tabulati siano stati trasmessi allo stesso dall'autorità competente successivamente al 30 settembre, posto che si tratterebbe di dati ormai acquisiti e trasmessi in base a provvedimento legittimamente emesso dall'autorità giudiziaria in conformità al contenuto dell'allora vigente art. 132 cod. pr.¹⁶⁶.

Tale conclusione renderebbe, evidentemente, superflua qualsivoglia attivazione di una generalizzata attività di richiesta al giudice di **rinnovare** l'acquisizione di tabulati secondo le nuove norme, e relativamente a tutti i parametri (ovvero i sufficienti indizi di reato, la rilevanza investigativa, e il limite edittale dei relativi reati e "competenza" del giudice) introdotti *ex novo* dal d.l. n. 132, proprio perché tutte le acquisizioni già perfezionate nel vigore della precedente disciplina processuale sarebbero, ormai, non più controvertibili.

7.2 La sopravvenuta inutilizzabilità dei tabulati acquisiti nel precedente regime.

Una diversa soluzione dovrebbe invece muovere dalla ritenuta sopravvenuta inutilizzabilità dei tabulati per effetto del mutamento normativo, applicabile anche alle acquisizioni disposte nel previgente regime.¹⁶⁷

Già all'indomani della sentenza della CGUE *Digital Rights Ireland* del 2014¹⁶⁸ infatti, si era sostenuta in dottrina, pur nel dissenso della giurisprudenza di legittimità (v. *retro* § 4.2) – la **manca**za, a far data dal 2 marzo e fino al 29 settembre 2021 – della **base legale** (l'art. 132 cod. pr. *ante* d.l. n. 132 del 2021) – in forza della quale erano stati acquisiti i tabulati nei procedimenti pendenti. In quest'abbrivio, i *data retention* già versati in atti avrebbero dovuto essere considerati "privi di effetti ed il giudice penale, investito di qualsiasi domanda (cautelare o di merito)" avrebbe dovuto "espungere quell'atto dal materiale decisorio"¹⁶⁹.

Versandosi in materia di prova ove la sanzione tipica è l'**inutilizzabilità**, si dovrebbe, in altri termini, riproporre, tanto più essendo subentrata, oggi, una diversa disciplina positivizzata, il suggestivo argomento della "**inutilizzabilità comunitaria**" altrove già sostenuto¹⁷⁰.

Tale tesi – che, peraltro, implicherebbe la necessità di affrontare l'ulteriore, complesso problema della sorte ossia dell'eventuale "inutilizzabilità derivata" degli altri elementi probatori **successivi** e **dipendenti** dai tabulati colpiti da sanzione (verosimilmente ricorrendo alla cd. "prova di resistenza"¹⁷¹) – sembra evocare quella

¹⁶⁶ Per questa conclusione, testualmente, GITTARDI, *loc. ult. cit.*

¹⁶⁷ La disposizione transitoria inserita originariamente nella bozza del d.l. n. 132, e poi eliminata, di cui *supra*, sub § 7, parrebbe avere, del resto, mosso da tale presupposto.

¹⁶⁸ MARCOLINI, *Le indagini atipiche*, cit., § 8.3 e ss. con riguardo agli effetti – disapplicativi dell'art. 132 cod. pr., secondo l'A., per contrarietà al diritto comunitario – della sentenza CGUE *Digital Rights Ireland* del 2014.

¹⁶⁹ Così già MARCOLINI, *loc. ult. cit.*, con riguardo agli effetti della sentenza CGUE *Digital Rights Ireland* del 2014.

¹⁷⁰ MARCOLINI, *loc. ult. cit.*, secondo il quale nel ricercare quali possano essere le conseguenze della contrarietà dell'atto investigativo penale al diritto comunitario, questione che presenta degli innegabili tratti di novità, l'unica opzione che va energicamente esclusa *a priori* è quella dell'assenza di qualsiasi sanzione.

¹⁷¹ Secondo il costante insegnamento della S.C., quando, con il ricorso per cassazione, si lamenti l'**inutilizzabilità** di un elemento a carico, il motivo di impugnazione deve illustrare, a pena di inammissibilità per *aspecificità*, l'incidenza dell'eventuale eliminazione del predetto elemento ai fini della cd. "**prova di resistenza**", in quanto gli elementi di prova acquisiti illegittimamente diventano irrilevanti ed ininfluenti se,

che da tempo la dottrina amministrativistica ha isolato come ipotesi di cd. **anticomunitarietà indiretta**¹⁷², cioè di una situazione in cui l'atto viene – *rectius*: è stato – legittimamente compiuto sulla base di una normativa interna che solo in un secondo momento è dichiarata contraria al diritto comunitario, per come interpretato autoritativamente dalla Corte di giustizia¹⁷³. Sennonché, la patologia dell'atto processuale penale e le relative conseguenze non sarebbero materia comunitaria e, quindi, la primazia del diritto sovranazionale potrebbe non essere qui ritenuta invocabile.

7.2.1 La rinnovazione dell'acquisizione alla luce della nuova disciplina

Una volta ritenute "non più valide" le acquisizioni di dati precedentemente effettuate, si porrebbero allora, due alternative: una prima, più radicale, che dovrebbe condurre a ritenere ormai definitivamente non più utilizzabili in giudizio tali dati, e una seconda, diretta, invece, a ritenere possibile la rinnovazione dell'acquisizione dei dati¹⁷⁴, (soluzione tecnicamente possibile, trattandosi di documenti "storici", salvo il limite di scadenza del termine massimo di conservazione dei dati) e che condurrebbe all'esclusione dei tabulati per i reati non (più) rientranti *quoad poenam* nei nuovi parametri legali e, comunque, per tutti quelli per i quali facessero difetto i requisiti della sufficienza indiziaria e della rilevanza investigativa.

Va, del resto, ricordato che la S.C., nel più rilevante arresto in materia di *data retention* antecedente alla sentenza *H.K.* (v. *retro* § 7.2), dopo aver ripercorso le decisioni della CGUE *Digital Right*, *Tele 2* e *Ministerio Fiscal*, aveva affermato che "l'art. 132 cod. pr., nella parte in cui prevede[va] che i dati relativi al traffico telefonico [...] possono essere acquisiti per finalità di accertamento e repressione dei reati con decreto motivato del pubblico ministero [...] impone all'autorità giudiziaria di operare un giudizio di **proporzionalità** tra il grado di ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata che l'accesso ai dati comporta e la gravità del reato oggetto di indagine. Ne consegue ulteriormente che, laddove nel successivo giudizio si faccia **questione della legittimità dell'acquisizione di tali dati**, compete al giudice di verificare se il menzionato requisito di **proporzione** possa dirsi soddisfatto al fine di ritenere o negare l'utilizzabilità processuale dei dati medesimi ai sensi dell'art. 191 cod. proc. pen." (così Cass., Sez. 3, n. 48737 del 25/9/2019, cit., § 3.7).

Mentre, dunque, fino alla vigilia del d.l. n. 132 del 2021, nel rilevato difetto di determinatezza del *dictum* unionale già rilevato dalla S.C. (v. *retro* § 4.2), lo scrutinio di gravità si sarebbe potuto condurre solo **in concreto**, a prescindere dal titolo di reato, ad opera del giudice che si sarebbe dovuto fare carico, di volta in volta, del rispetto del principio di **proporzionalità**, ora il vigente testo dell'art. 132 cod. pr. offrirebbe gli

nonostante la loro espunzione, le residue risultanze risultino sufficienti a giustificare l'identico convincimento (ex *plurimis*, Cass., Sez. 2, n. 7986 del 18/11/2016, dep. 2017, La Gurnina, Rv. 269218-01; in materia di *data retention* Cass., Sez. 5, n. 33851 del 24/4/2018, cit.).

¹⁷² Da tempo la dottrina amministrativistica si interroga su quale debba essere il trattamento dell'atto amministrativo contrario al diritto comunitario, muovendo dal problema del termine decadenziale di impugnazione vigente nella giurisdizione generale di legittimità e variamente sostenendo le tesi della diretta disapplicazione, della nullità, dell'annullabilità. Nel caso specifico in cui a risultare contraria al diritto comunitario sia una norma tributaria, il concreto atto impositivo deve essere travolto e sorge il diritto del contribuente alla ripetizione di quanto pagato o comunque al risarcimento del danno; e lo stesso può dirsi nel caso della sanzione amministrativa irrogata, qualora la norma sanzionatoria sia del pari dichiarata in contrasto con la disciplina comunitaria. Tutti casi in cui, venuta meno la base giuridica, anche il provvedimento amministrativo che si radica su di esso, sia pure dietro attivazione di chi vi abbia interesse, a certe condizioni e nel rispetto del citato principio di equivalenza, viene eliminato nelle sue conseguenze. In argomento ex *plurimis*: GIULIANI, *L'atto amministrativo anticomunitario*, in *Il Fisco*, 2014, pagg. 259 ss.; MARCHESELLI, *Tutelato l'affidamento nella legge interna contraria al diritto Ue: la decadenza dal diritto al rimborso*, in *Corr. trib.*, 2013, pagg. 311 ss.; FONTANA, *Certezza del diritto ed effettività del primato del diritto europeo nelle procedure di recupero degli aiuti fiscali incompatibili: il ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, IV, pagg. 118 ss.; DEL FEDERICO, *Gli atti impositivi viziati per violazione del diritto comunitario*, in *Giust. trib.*, 2010, pagg. 7 ss.

¹⁷³ In proposito, con riferimento alle conseguenze specifiche della vicenda del *data retention* e della contrarietà al diritto comunitario dell'art. 132 cod. pr. già all'esito della sentenza della CGUE del 2014 v. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 2, pagg. 760 ss. ed ivi per ampi richiami.

¹⁷⁴ È di questo avviso AMATO, *op. cit.*, pag. 24.

specifici parametri valutativi legali di utilizzabilità rispetto ai quali andrebbe effettuato il giudizio di "rinnovazione" delle acquisizioni.

Nel senso della rinnovazione sembrano dirette anche quelle voci che, pur sembrando fare riferimento alla regola del *tempus regit actum*, hanno prospettato che i tabulati già riversati nei procedimenti pendenti al 30 settembre 2021 secondo la previgente disciplina, ferma la loro acquisizione già avvenuta, dovrebbero nondimeno essere "valorizzati probatoriamente solo nel rispetto delle condizioni di legittimità da oggi previste nel nuovo comma 3 dell'art. 132 cod. pr. (catalogo di reati, sufficienza degli indizi, rilevanza investigativa o probatoria)"¹⁷⁵. Ciò, nell'assunto che il "tema dell'acquisizione soggiace alle regole all'epoca vigenti, mentre quello della **valutazione** non può che essere in linea con la nuova normativa"¹⁷⁶.

Tale tesi sembra muovere (implicitamente) dalla considerazione che la fattispecie probatoria è fattispecie **complessa** e consta, a ben vedere, delle distinte fasi di *ammissione*, *assunzione* e, infine, *valutazione*. Se le prime due sono avvenute nella vigenza di una certa norma mentre la terza ed ultima deve svolgersi dopo che quella stessa norma sia mutata (nella specie, dal 30 settembre 2021) o sia "caduta" nel senso già visto (nella specie, dal 2 marzo 2021), è al quadro legislativo (nazionale ed unionale, secondo l'interpretazione datane dalla CGUE) vigente al momento della valutazione che il giudice dovrebbe avere riguardo¹⁷⁷.

Al riguardo, sembra tuttavia necessario chiarire che il novello decreto legge, laddove ha modificato l'art. 132 cit., continua a riguardare il solo profilo della procedura acquisitiva dei dati ("...se sussistono sufficienti indizi di reati...i dati sono acquisiti") mentre l'aspetto della **valutazione della prova**, vale a dire della loro valorizzabilità ai fini dell'adozione di provvedimenti cautelari o di pronunce di colpevolezza, continua, evidentemente, a soggiacere alle regole generali dell'art. 192 cod. proc. pen., rimasto del tutto immutato giacché non lambito dalla novella, sicché nessuna problematica intertemporale sul punto parrebbe prospettabile.

Altro è, invece, l'aspetto della "valutazione", evidentemente considerata dal contributo cui si è fatto cenno, non probatoria dei dati, bensì dei sufficienti indizi di reato finalizzata alla acquisizione degli stessi, valutazione che, anteriormente al decreto legge, non era in effetti richiesta e che, secondo l'impostazione qui ricordata, andrebbe dunque effettuata "ora per allora".

7.3. L'ipotesi del rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Ove non si intendesse recepire la regola del *tempus regit actum* e, comunque, ove si dubitasse dell'utilizzabilità dei tabulati già acquisiti in forza di una previsione – l'art. 132 cod. pr. ante d.l. n. 132 del 2021 – ormai incompatibile con i principi tracciati dalla sentenza *H.K.* –, potrebbe anche considerarsi la possibilità di adire la Corte di giustizia UE con lo strumento del **rinvio pregiudiziale** ex art. 267 TFUE (**obbligatorio** nel caso del giudice di ultima istanza), limitatamente alla sorte dei procedimenti pendenti fino all'entrata in vigore del d.l. n. 132 del 2021 come sopra precisato.

Invero, potrebbe considerarsi determinante argomentare come *in subiecta materia* ci si trovi in presenza di regole innovative eminentemente giurisprudenziali: la lettura dell'art. 15 della direttiva 2002/58/CE datane da ultimo dalla sentenza *H.K.* dimostra quanto sia generica la sua astratta previsione normativa¹⁷⁸. Difatti, la norma eurounitaria interpretata (art. 15, paragrafo 1, direttiva 2002/58/CE) nemmeno menziona un provvedimento di autorizzazione all'accesso e le precedenti decisioni della CGUE che tale obbligo procedurale hanno introdotto non ne specificavano, nel dettaglio, i caratteri¹⁷⁹. Da questo punto di vista la sentenza *H.K.* "sembra avere, sul punto,

¹⁷⁵ AMATO, Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del Pm, cit., pag. 24, che pur avendo escluso l'applicazione retroattiva della nuova legge in forza del principio del *tempus regit actum*, sostiene questa tesi quanto al profilo dell'"utilizzabilità in concreto", a fini di prova dei tabulati precedentemente acquisiti. Secondo l'A., infatti, il "tema dell'acquisizione soggiace alle regole all'epoca vigenti, mentre quello della **valutazione** non può che essere in linea con la nuova normativa".

¹⁷⁶ AMATO, loc. ult. cit.

¹⁷⁷ Così MARCOLINI,

¹⁷⁸ DI STEFANO, La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati, cit., pagg. 2568.

¹⁷⁹ In termini Bollettino Protocollo Cassazione-CGUE n. 1/2021, cit., pag. 45.

carattere davvero **innovativo** e, se così è, non essendo controverso che le sentenze interpretative della CGUE vengono sostanzialmente assimilate a *fonti del diritto* vincolanti per gli Stati membri (cfr., *ex multis*, Corte cost., n. 113/1985, n. 389/1989, n. 284/2007), potrebbe ritenersene [...] l'efficacia *ex nunc*, sì da considerare non illegittimamente acquisiti i dati in questione sulla scorta della normativa applicabile in forza del principio *tempus regit actum*¹⁸⁰.

Potrebbe quindi ragionevolmente chiedersi alla CGUE che gli *standard* richiesti dalla sentenza *H.K.* operino solo per il futuro¹⁸¹, come espressamente previsto con riguardo alle **sentenze di annullamento** dall'art. 264, paragrafo 2, TFUE, con disposizione da tempo ritenuta applicabile anche alle pronunce interpretative (CGUE 27/2/1985, *Société del produis de mais*; CGUE, 15/10/1980, *Providence agricole de la Champagne*).

Come già sollecitato dal Tribunale di Rieti (v. *retro* § 4.1) si potrebbe dunque (ri)porre alla CGUE lo specifico quesito in ordine alla possibilità di **escludere l'applicazione retroattiva** dell'interpretazione fornita della normativa unionale in materia di *data retention* nella sentenza *H.K.*: ciò, nell'assunto che, di regola, le pronunce dichiarative hanno effetti *ex tunc* ma, in vicende quale quella in esame, vi è il rischio, rispetto ai processi pendenti ove le acquisizioni di tabulati sono già avvenute, che siano travolte-«fondamentali esigenze di certezza del diritto e "certezza investigativa" [...] tenuto conto dei gravi riflessi sulle attività di indagine in corso»¹⁸².

Conseguentemente, potrebbe essere chiesto al giudice del Kirchberg di **limitare nel tempo la possibilità** per gli imputati di invocare la situazione di contrasto tra le fonti interne e sovranazionali onde non rimettere in discussione, nei procedimenti pendenti al 2 marzo 2021 (anche a soli fini di *valutazione* dell'utilizzabilità dei tabulati che dovrà essere compiuta in futuro), rapporti giuridici cui era stato applicato l'art. 132 cod. pr. previgente al d.l. n. 132 del 2021. Ciò, sulla base di quel costante orientamento della CGUE secondo il quale, 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 (C.G.U.E 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*, § 24; CGUE 28/9/1994, causa C-200/91, *Coloroll Pension Trustees*, § 34; CGUE 28/9/1994, causa C-28/93, *Van den Akker*, § 12).

Il redattore: Aldo Natalini

Il Vice Direttore
Gastone Andreazza

Il Direttore
Maria Acierno

¹⁸⁰ Bollettino-Protocollo Cassazione-CGUE n. 1/2021, *ibidem*.

¹⁸¹ In termini DI STEFANO, *La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati*, cit., pagg. 2568.

¹⁸² Trib. Rieti, ord. 4/5/2021, cit., pag. 9.