

La nuova disciplina per l'acquisizione dei tabulati telefonici: l'interpretazione "autentica" del Legislatore e la parola fine alla (fin troppo) lunga *querelle* giurisprudenziale

di **Roberto Bertuol**

Sommario. **1.** Premessa – **2.** Le sentenze della CGUE: Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12; Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15 – **3.** Il (mancato) recepimento delle sentenze europee da parte della giurisprudenza italiana – **4.** La pronuncia della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18 e l'ennesimo (mancato) recepimento da parte della giurisprudenza interna – **5.** Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia operato dal Tribunale di Rieti, Sez. penale, in data 04 maggio 2021 – **6.** Il decreto legge 30 settembre 2021, n. 132: misure urgenti in materia di giustizia e di difesa. L'interpretazione autentica da parte del Governo – **7.** Sulle conseguenze dell'intervento del legislatore sull'acquisizione dei tabulati effettuata *prima* dello stesso e della sentenza della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18 – **8.** Sulle possibili obiezioni alla teoria della disapplicazione e conseguente inutilizzabilità dei risultati dell'acquisizione *sine lege* – **9.** La conversione in legge del decreto legge 30 settembre 2021 n. 132: ritorna (discutibilmente) la disciplina transitoria – **10.** Conclusioni.

1. Premessa.

Il legislatore con decreto legge n. 132 del 30 settembre 2021 è intervenuto a modificare la disciplina applicabile al cd. *data retention*, ovvero l'acquisizione dei tabulati telefonici ad opera dell'autorità giudiziaria nel contesto di una indagine finalizzata alla prevenzione e repressione di fattispecie delittuose. Tale disciplina era (ed è) contenuta nell'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003, a norma del quale, nel testo previgente, i dati erano acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del Pubblico Ministero.

Sulla conformità di una tale norma con l'ordinamento europeo si è espressa la Corte di Giustizia dell'Unione europea che, da ultimo con la pronuncia della Grande Camera del 2 marzo 2021, ha stabilito che l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché con l'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali «*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»¹.

Eppure, pur a fronte di tale (costante) interpretazione sovranazionale, la giurisprudenza italiana ha (da sempre) ritenuto la normativa interna conforme agli standard europei².

Il decreto legge citato, tuttavia, si è mosso nella direzione opposta, modificando l'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003, imponendo che l'acquisizione avvenga attraverso decreto motivato del giudice, su richiesta del Pubblico Ministero.

Al fine di comprendere le ragioni e la portata applicativa dell'intervento normativo occorre preliminarmente tratteggiare, sia pur per sommi capi, i termini della lunga *querelle* giurisprudenziale; solo poi si potrà provare a comprendere quali conseguenze ci potranno essere per i procedimenti già in corso, nei quali i tabulati sono stati acquisiti attraverso decreto motivato del Pubblico Ministero³.

¹ CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18.

² Occorre sottolineare che la giurisprudenza europea si è invero espressa con riferimento a due problematiche diverse; dapprima quella relativa alla genericità del riferimento ai *gravi* reati che legittimerebbero la compressione dei diritti individuali dei soggetti cui i tabulati acquisiti si riferiscono, secondariamente quella relativa alla possibilità che la procedura di acquisizione sia di esclusiva pertinenza del Pubblico Ministero. Ai fini del presente lavoro si prenderà in considerazione sono la seconda delle problematiche summenzionate.

³ In dottrina, sul tema dei rapporti tra giurisprudenza europea e normativa italiana in tema di acquisizione dei tabulati telefonici si vedano: G. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea sulla geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *Sistema penale*, 31 maggio 2021; L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof Filippi*, in *Riv. pen. Dir. e proc.*, 1° ottobre 2021; C. PARODI, *Sottratto al P.M il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, in *Il penalista*, 1° ottobre 2021; L. GIORDANO, *La Corte di cassazione ritorna sull'acquisizione dei tabulati telefonici dopo le indicazioni della CGUE*, in *Il penalista*, 5 ottobre 2021; J. DELLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma, 29 aprile 2021*, in *Sistema penale*, 29 aprile 2021; A. MALACARNE, *Ancora sulle ricadute interne della sentenza della Corte di Giustizia in materia di acquisizione di tabulati telefonici: il G.i.p. di Roma dichiara il "non luogo a provvedere" sulla richiesta del p.m.*, in *Sistema penale*, 5 maggio 2021; R. FLOR, *Data retention ed art. 132 cod. privacy: vexata quaestio (?)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2017; F. RUGGIERI, *Data retention e giudice di merito penale. Una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2017, 6, pp. 2483 e ss.; E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati «esteriori» delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano, 2018, pp. 39 – 72; F. IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?* In *Cass. Pen.*, 2014, 4274 e ss.; M.

2. Le sentenze della CGUE: Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12; Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15.

Anzitutto occorre prendere in esame le sentenze della Corte Europea di Giustizia Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12 e Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15, che per prime hanno affrontato il tema del bilanciamento tra l'esigenza statuale di accertamento e repressione dei reati mediante acquisizione di dati e informazioni presso *service providers* ed i diritti fondamentali alla riservatezza dell'individuo.

Il riferimento normativo sottoposto al vaglio della CGUE era la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati⁴, a norma della quale era imposto ai *service providers* di conservare i dati relativi alle comunicazioni⁵ e consentirne

RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, n. 3/2016, pp. 157 e ss.

⁴ In particolare, la Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE (GU L 105, pag. 54).

⁵ Nello specifico, come rileva la CGUE nella pronuncia della Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12: «I dati che i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione debbono conservare, ai sensi degli articoli 3 e 5 della direttiva 2006/24, sono, in particolare, i dati necessari per rintracciare e identificare la fonte di una comunicazione e la destinazione della stessa, per stabilire la data, l'ora, la durata e il tipo di una comunicazione, le attrezzature di comunicazione degli utenti nonché per determinare l'ubicazione delle apparecchiature di comunicazione mobile, dati tra i quali figurano, segnatamente, il nome e l'indirizzo dell'abbonato o dell'utente registrato, il numero telefonico chiamante e quello chiamato, nonché un indirizzo IP per i servizi Internet. I suddetti dati permettono, in particolare, di sapere quale sia la persona con cui un abbonato o un utente registrato ha comunicato e con quale mezzo, così come di stabilire il tempo della comunicazione e il luogo dal quale questa è avvenuta. Inoltre, essi permettono di conoscere la frequenza delle comunicazioni dell'abbonato o dell'utente registrato con talune persone nel corso di un determinato periodo». Quanto al periodo di conservazione occorre fare riferimento alle specifiche discipline nazionali. La normativa italiana prevedeva termini diversi per diverse tipologie di reati: un termine ordinario di 24 mesi (12 nel caso di traffico telematico e 30 giorni in caso di chiamate senza risposta trattati temporaneamente) ed un termine allungato di 72 mesi nel caso in cui la richiesta fosse finalizzata alla prevenzione e repressione dei reati indicati dall'art. 51, comma 3 *quater* e 407 comma 2, lettera a) c.p.p., così come previsto dalla legge n. 167 del 20 novembre 2017, art. 24. Per una disamina più approfondita dei termini di conservazione e del tipo di dato conservato si veda, oltre alla normativa di riferimento, L. FILIPPI, cit., p. 5.

l'accesso alle autorità nazionali competenti; ciò al fine di contrastare la criminalità grave e garantire la pubblica sicurezza.

Secondo la Corte, tale compressione della riservatezza degli utenti (che peraltro non sono informati di tale conservazione e successivo utilizzo), pur costituendo senz'altro un'ingerenza nei diritti garantiti dagli artt. 7 ed 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (di seguito solo "Carta"), «non è idonea ad arrecare pregiudizio al contenuto essenziale di tali diritti fondamentali» posto che, «la direttiva non consente di prendere conoscenza del contenuto delle comunicazioni elettroniche in quanto tale e prevede che i fornitori di servizi o di reti debbano rispettare determinati principi di protezione e di sicurezza dei dati»⁶; inoltre, tale compressione è tanto più giustificata, dice la Corte, se solo si considera che l'obiettivo principale della direttiva è quello di «contribuire alla lotta contro la criminalità grave» e che «come emerge dalla giurisprudenza della Corte, la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali costituisce un obiettivo di interesse generale dell'Unione»⁷.

Dopo aver ritenuta legittima la compressione di tali diritti fondamentali, la Corte, ai sensi dell'art. 52 par. 1 della Carta, ne ha vagliato la proporzionalità. In primo luogo, si legge, la direttiva appare di applicazione troppo estesa laddove si applica in maniera globale all'insieme delle persone che fanno uso di mezzi di comunicazione, quandanche rispetto alle stesse: «non esiste alcun indizio tale da far credere che il loro comportamento possa avere un nesso, ancorché indiretto o lontano, con reati gravi»; secondariamente, la direttiva non prevede alcun requisito oggettivo che permetta di limitare l'accesso della Autorità nazionali ai quei casi in cui l'accertamento riguardi effettivamente «reati che possano, con riguardo alla portata e alla gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta, essere considerati sufficientemente gravi da giustificare siffatta ingerenza».

Ma soprattutto, e questo è il punto principale della decisione ai fini del presente lavoro, «l'accesso ai dati conservati da parte delle autorità nazionali competenti non è subordinato ad un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente la cui decisione sia diretta a limitare l'accesso ai dati e il loro uso a quanto strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito e intervenga a seguito di una richiesta motivata delle suddette autorità presentata nell'ambito di procedure di prevenzione, di accertamento o di indagini penali. Non è neppure stato previsto un obbligo preciso degli Stati membri volto a stabilire simili limitazioni»⁸.

Tanto premesso, ha concluso la Corte, la direttiva 2006/24, non prevedendo norme chiare e precise che regolano la portata dell'ingerenza e lasciando agli stati membri la libertà di disciplinare la procedura di acquisizione dei dati,

⁶ Cfr. Comunicato Stampa n. 54/14 della CGUE dd. 08.04.2014.

⁷ Grande Sezione, *Digital Rights*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C594/12, cit.

⁸ *Ibid.*

senza nemmeno dover prevedere un vaglio di un giudice o di un'autorità indipendente sulla legittimità della stessa, deve essere ritenuta invalida.

In modo non dissimile, la pronuncia della CGUE Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15 ha confermato il precedente arresto, sia pur facendo riferimento, posta la già accertata invalidità della direttiva 2006/24/CE, alla direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letta alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali

In particolare, per quanto qui rileva, dopo aver ritenuto che il diritto dell'Unione europea osta ad una legislazione nazionale che preveda, per finalità di lotta contro la criminalità, una conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti riguardante tutti i mezzi di comunicazione elettronica, ha ritenuto che lo stesso diritto europeo: «*osta ad una normativa nazionale, la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, e segnatamente l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, senza limitare, nell'ambito della lotta contro la criminalità, tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione*»⁹.

3. Il (mancato) recepimento delle sentenze europee da parte della giurisprudenza italiana.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla conformità della normativa nazionale con i principi enucleati dalla CGUE, con sentenza n. 33851 del 24 aprile 2018 ha stabilito che l'art. 132 del d.lgs. n. 196/2003 (codice della *privacy*), laddove ammette l'acquisizione dei tabulati in forza del provvedimento del Pubblico Ministero, è pienamente rispettoso delle norme sovranazionali¹⁰.

Ciò poiché, secondo la Suprema Corte, il termine «giudice» indicato dalla CGUE a garanzia della legittimità dell'acquisizione dei tabulati telefonici, sarebbe da interpretare in maniera lata, potendo «*essere esteso sino al concetto di autorità giudiziaria, che pacificamente ricomprende anche la figura del pubblico ministero*»¹¹.

Tale interpretazione sarebbe confortata da una lettura della traduzione francese ed inglese della pronuncia europea, nelle quali in luogo del termine giudice si sarebbe fatto uso dei termini *jurisdiction*, nel primo caso e *court* nel

⁹ Cfr. CGUE Grande Sezione, *Tele*, 21 dicembre 2016, C203/15 e C689/15.

¹⁰ Per una disamina più approfondita delle principali pronunce italiane sul tema si veda, G. LEO, cit., pp. 12 e ss.

¹¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 24.04.2018, n. 33851, in *CED*.

secondo; entrambi termini ambigui e non riferibili direttamente all'autorità giudicante¹².

Tali (breve) argomentazioni permettono alla Suprema Corte di ritenere la normativa italiana conforme al sistema europeo, anche alla luce dell'interpretazione data dalla CGUE.

Alla citata pronuncia ha fatto eco un'altra importante decisione che, dopo aver condiviso l'apparato argomentativo della predetta sentenza, ha aggiunto che: *«la soluzione italiana è coerente con il sistema di tipo accusatorio, nel quale, nel corso delle indagini preliminari, è il pubblico ministero l'autorità giudiziaria che procede, e con il sistema processuale che prevede, mediante le indagini difensive ed i poteri riconosciuti ai difensori anche in tema di acquisizione del dato, l'estensione, anche se parziale, del potere investigativo alla difesa. E ciò in una situazione in cui l'acquisizione del dato genera una compromissione decisamente inferiore rispetto a quella relativa alla captazione delle conversazioni, sia telefoniche che ambientali, la cui tutela è affidata invece al controllo del giudice per le indagini preliminari»*¹³.

¹² Si legge: *«Ulteriore conferma si trae dalla lettura della versione francese delle sentenze, che ricorrono al termine "jurisdiction", riferibile alla magistratura francese nel suo complesso, composta da giudici e da pubblici ministeri (magistrats du parquet). [...] Allo stesso modo nella versione inglese delle sentenze viene adottato il termine "Court", anch'esso promiscuo, considerato che la funzione giudiziaria è, in via generale, indicata con la formula "Court clerk", mentre termini precisi designano il giudice (judge) e il pubblico ministero britannico (prosecutor), quest'ultimo privo della prerogativa italiana dell'indipendenza».*

¹³ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 19.04.2019 (dep. 23 agosto 2019), n. 36380, Pres. Andreatza, Rel. Semeraro, con nota di I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *Sistema penale*, 13 maggio 2019 e nota di L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Dir. internet*, 4, 2019, pp. 753 e ss. Si può solo in questa sede solo brevemente dare conto che una siffatta interpretazione pare disallineata rispetto all'impianto previsto dal codice di rito con riferimento ai rapporti tra il Pubblico Ministero ed il Giudice per le Indagini Preliminari; se è pur vero che il Pubblico Ministero è l'autorità procedente durante le indagini, cionondimeno proprio nel corso delle indagini sono previste dal sistema processuali ipotesi nelle quali, sia pur a fronte di una compressione dei diritti dell'indagato che ci pare ben minore rispetto a quella determinata dall'acquisizione dei tabulati telefonici, lo stesso è tenuto a chiedere preventivamente al Gip. Si pensi, tra le diverse ipotesi, a quella prevista dall'art. 406 c.p.p. in tema di proroga del termine delle indagini preliminari. Un'ipotesi come questa, ci pare, non determina affatto una compressione delle garanzie individuali maggiore dell'acquisizione dei tabulati telefonici eppure, come è prescritto dalla citata norma, il Pubblico Ministero deve chiedere la proroga al gip.

4. La pronuncia della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18 e l'ennesimo (mancato) recepimento da parte della giurisprudenza interna.

Su di un tale quadro normativo ed interpretativo, si è recentemente inserita una fondamentale nuova pronuncia della CGUE, la quale ha confermato l'assetto già delineato dalle precedenti sentenze, approfondendone tuttavia il contenuto.

Nello specifico, la (terza e più rilevante ai fini del presente lavoro) questione sottoposta alla Corte era se l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso osta a 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, prima di addivenire ad una soluzione, ha approfondito il ruolo del Pubblico Ministero (estone) all'interno della procedura di repressione dei reati: *«il pubblico ministero estone è tenuto, conformemente al diritto nazionale, ad agire in modo indipendente, è soggetto soltanto alla legge e deve esaminare gli elementi a carico e quelli a discarico nel corso del procedimento istruttorio, l'obiettivo di tale procedimento resta nondimeno quello di raccogliere elementi di prova nonché di pervenire al soddisfacimento degli altri presupposti necessari per lo svolgimento di un processo. Sarebbe questa stessa autorità a rappresentare la pubblica accusa nel processo, ed essa dunque sarebbe altresì parte nel procedimento. Inoltre, risulta dal fascicolo a disposizione della Corte, come confermato anche dal governo estone e dal Prokuratuur all'udienza, che il pubblico ministero estone è organizzato in modo gerarchico e che le domande di accesso ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione non sono soggette ad un requisito di forma particolare e possono essere presentate dal procuratore stesso»¹⁴.*

Tanto premesso, dice la Corte, e questo è l'aspetto fondamentale: *«Al fine di garantire, in pratica, il pieno rispetto di tali condizioni, è essenziale che l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati sia subordinato ad un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente, e che la decisione di tale giudice o di tale entità intervenga a seguito di una richiesta motivata delle autorità suddette presentata, in particolare, nell'ambito di procedure di prevenzione o di accertamento di reati ovvero nel contesto di azioni penali esercitate [...] Tale controllo preventivo richiede, tra l'altro, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale al paragrafo 105 delle sue conclusioni, che il giudice o l'entità incaricata di effettuare il controllo medesimo disponga di tutte le*

¹⁴ CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18, par. 47.

attribuzioni e presenti tutte le garanzie necessarie per garantire una conciliazione dei diversi interessi e diritti in gioco. Per quanto riguarda, più in particolare, un'indagine penale, tale controllo preventivo richiede che detto giudice o detta entità sia in grado di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso [...]. In particolare, in ambito penale, il requisito di indipendenza implica, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 126 delle sue conclusioni, 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, conclude la Corte: «*Il pubblico ministero non è in grado di effettuare il controllo preventivo di cui al punto 51 della presente sentenza*»¹⁵. In seguito a tale sentenza, la giurisprudenza italiana ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente sulla conformità della normativa nazionale rispetto a quella europea.

Anzitutto la pronuncia della Suprema Corte n. 33118 del 2 luglio 2021 e l'ordinanza del GIP presso il Tribunale di Tivoli dd. 9 giugno 2021, si sono occupate del problema relativo alla concretizzazione del requisito della gravità del reato che legittimerebbe l'acquisizione dei tabulati, ritenendo tuttavia in tal caso necessario un intervento del legislatore, non potendo tali aspetti: «*essere disciplinati da singole (e potenzialmente contrastanti) decisioni giurisprudenziali*»¹⁶.

Più rilevante appare l'ordinanza della Corte di Assise di Napoli, I Sez. penale, del 16 giugno 2021, secondo cui, per negare l'applicabilità diretta della decisione europea sull'impossibilità di acquisizione diretta dei tabulati da parte del PM, si è così argomentato: «*Il PM, per il suo status ordinamentale,*

¹⁵ *Ibid*, par. 51-57.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. II, 2 luglio 2021, n. 33118. Per una disamina più approfondita delle conseguenze derivanti dalla pronuncia in oggetto si vedano i contributi già citati nella nota n. 10.

è organo facente parte dell'Autorità Giudiziaria e, come tale, destinatario dei doveri di imparzialità e di rispetto della legge ed anche delle garanzie costituzionali poste a tutela della piena autonomia della funzione [...] il PM è chiamato ad acquisire non solo le prove di accusa, ma anche quelle a favore dell'indagato, essendo in suo potere richiedere l'archiviazione; la sua posizione non può, pertanto, essere assimilata a quella del corrispondente organo estone, che è autorità soggetta alla sfera di competenza del Ministro della Giustizia che partecipa alla pianificazione delle misure necessarie per la lotta e l'accertamento dei reati»¹⁷.

5. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia operato dal Tribunale di Rieti, Sez. penale, in data 04 maggio 2021.

A latere delle decisioni che hanno ritenuto non direttamente applicabili i principi enucleati dalla CGUE, in ragione delle specificità dell'ordinamento italiano, preme segnalare che il Tribunale di Rieti, Sez. pen., con ordinanza 4 maggio 2021 ha rinviato alla Corte di Giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale, volta a comprendere se il Pubblico Ministero (italiano) sia dotato di sufficienti garanzie tali da permettergli una acquisizione diretta dei tabulati telefonici o se sia necessario, anche alla luce delle caratteristiche del sistema italiano, rimettere la decisione ad un giudice *ad hoc*.

In particolare, il Tribunale di Rieti, pur recependo le indicazioni derivanti dalle pronunce della CGUE, si interroga sulla possibilità di assimilare il Pubblico Ministero estone (oggetto della decisione) al Pubblico Ministero italiano. Si legge nell'ordinanza: *«Va sottolineato che, nonostante la possibilità di un'assimilazione "funzionale" tra il Pubblico Ministero estone e quello italiano (chiamati entrambi a raccogliere le prove anche a favore dell'indagato e, in caso, ad esercitare l'azione penale, conducendo l'istruttoria), le due figure potrebbero apparire ben diverse per quanto riguarda il proprio status e le garanzie che lo connotano (profilo richiamato espressamente dalla stessa CGUE nella sentenza del 2 marzo 2021, al par. 14, laddove riprendeva la "Legge relativa al pubblico ministero" estone e in particolar l'art. 1, secondo cui "Il pubblico ministero è un'autorità soggetta alla sfera di competenza del Ministero della Giustizia")" [...] Si tratta di differenze "strutturali" rispetto*

¹⁷ Corte d'Assise di Napoli, Sez. I penale, ordinanza dd. 16 giugno 2021. In modo non dissimile si veda anche l'ordinanza Trib. Milano, VII Sez. penale, 22 aprile 2021, Pres. Malatesta, con commento di V. 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*, in *Sistema penale*, 7 maggio 2021. In particolare, l'ordinanza si basa sugli stessi argomenti della già citata pronuncia della Corte di Assise di Napoli, aggiungendo tuttavia una chiosa finale, di particolare interesse nella parte seconda del presente lavoro, sulla possibilità di ritenere inutilizzabili i tabulati acquisiti quand'anche si ritenesse non conforme la normativa italiana.

all'organo di accusa dell'Estonia tali da rendere il Pubblico Ministero italiano un'Autorità "diversa" poiché dotata di più evidenti e pieni caratteri di autonomia e indipendenza, ponendolo al riparo da indebite interferenze di soggetti pubblici portatori di interessi di parte, come peraltro più volte affermato anche dal 10 massimo organo giurisdizionale nazionale, ossia la Corte di Cassazione: che – evidentemente, proprio in ragione della 'qualità' dell'organo dal quale promanavano questi provvedimenti - ha sempre ravvisato la compatibilità della disciplina italiana di acquisizione dei tabulati rispetto alla normativa sovranazionale fissata con le direttive n. 2002/58/CE e 2006/24/CE in tema di tutela della "privacy", per come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 8 aprile 2014, Digital Rights, C-293/12 e C-594/12; CGUE 21 dicembre 2016, Tele 2, C-203/15 e C-698/15), poiché la deroga stabilita dalla norma alla riservatezza delle comunicazioni è prevista per un periodo di tempo limitato, ha come esclusivo obiettivo l'accertamento e la repressione dei reati ed è "subordinata alla emissione di un provvedimento da parte di un'autorità giurisdizionale", ossia il P.M. (v. Corte di Cassazione, Sez. 2 Penale, Sentenza n. 5741 del 10/12/2019)».

6. Il decreto legge 30 settembre 2021, n. 132: misure urgenti in materia di giustizia e di difesa. L'interpretazione autentica da parte del Governo.

L'ordinanza del Tribunale di Rieti aveva (legittimamente) rimesso, in assenza di coordinate legislative interne, alla CGUE la questione dell'estensione o meno dei principi enucleati nella sua giurisprudenza anche all'ordinamento italiano.

Nelle more della decisione (che ancora non v'è stata), tuttavia, il legislatore ha (correttamente) ritenuto di recepire direttamente le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale e fornire un'interpretazione autentica della normativa interna.

In particolare: «In linea col diritto comunitario e con la sentenza della Corte di Giustizia Ue del 2 marzo 2021, si stabilisce che solo con decreto motivato del giudice, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore, si possono acquisire presso il fornitore i dati del traffico telefonico o telematico, ai fini dell'accertamento del reato».

Nello specifico, normativamente, è stato modificato l'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, prevedendo al comma terzo che: «*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»¹⁸.

7. Sulle conseguenze dell'intervento del legislatore sull'acquisizione dei tabulati effettuata *prima* dello stesso e della sentenza della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18.

Posto che *pro futuro* non v'è alcun dubbio che sarà direttamente applicabile la nuova norma introdotta con il citato decreto legge, occorre tuttavia interrogarsi sull'utilizzabilità dei tabulati telefonici acquisiti direttamente dal Pubblico Ministero *prima* della novella legislativa e *prima* della pronuncia della CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18.

Secondo i primi commentatori della novella legislativa, i dati acquisiti *prima* della nuova norma sarebbero legittimamente utilizzabili in ragione del principio del *tempus regit actum*¹⁹.

¹⁸ Decreto legge n. 132, 30 settembre 2021, Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP (GU n.234 del 30-9-2021).

¹⁹ Sul punto si vedano, G. 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*, 5 ottobre 2021, secondo il quale: *"In mancanza di questa regolamentazione si deve ritenere, in forza del principio tempus regit actum, che i dati acquisiti secondo le previgenti modalità rimangano utilizzabili, mentre le nuove norme si applicheranno alle sole richieste successive alla data di entrata in vigore del decreto"*; G. PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *Quotidiano giuridico*, 4 ottobre 2021, secondo il quale: *«Rispetto ad una prima versione dell'articolato normativo, circolata in forma di bozza tra gli addetti ai lavori, dal testo ufficiale è per fortuna sparita la discutibile disciplina transitoria ipotizzata per l'utilizzabilità processuale dei tabulati acquisiti prima dell'entrata in vigore del decreto-legge (che prevedeva un singolare meccanismo di convalida giudiziale retroattiva, "ora per allora", dei provvedimenti di acquisizione dei dati adottati dal P.M.). È evidente, perciò, che in applicazione del principio del tempus regit actum, non potrà porsi alcun problema di utilizzabilità dei tabulati finora già acquisiti con il sistema previgente e – a ben vedere – neppure di quelli che saranno acquisiti sulla base di decreti autorizzativi già emessi dal P.M alla data di entrata in vigore della novella, in quanto tali tabulati risulteranno ritualmente acquisiti secondo le disposizioni ratione temporis vigenti all'epoca in cui era stata autorizzata la loro acquisizione, sulla base di una norma che legittimamente attribuiva tale potere all'organo inquirente»*; nonché C. PARODI, cit.; L. GIORDANO, cit.; sul punto anche G. SPANGHER, *Data retention: svolta garantista ma occorre completare l'impianto*, in *Guida al diritto*, n. 39, 16 ottobre 2021, pp. 11 e ss., secondo il quale: *«Restano, conseguentemente da chiarire le questioni connesse all'utilizzabilità dei data retention che siano stati acquisiti precedentemente e al di fuori delle condizioni fissate dalla riforma; reputandosi che la materia in quanto di natura processuali risulti governata dal principio del tempus regit actum dovrebbe escludersi la sua retroattività.*

Tale conclusione viene argomentata essenzialmente sulla scorta dell'inderogabilità di tale principio e sulla (incomprensibile²⁰) scomparsa, in sede di pubblicazione del decreto legge, della disciplina transitoria che avrebbe comminato la sanzione processuale dell'inutilizzabilità a tutti i tabulati acquisiti *prima* dello stesso che non rispettassero i requisiti ora normativizzati.

Una siffatta interpretazione, tuttavia, non ci sembra condivisibile.

Ciò per la (semplice) ragione che il problema in termini di *retroattività* o meno della norma neo introdotta sembra mal posto.

Che non possa farsi retroagire la nuova norma anche ai procedimenti pendenti risulta pacifico alla luce del principio del *tempus regit actum* vigente attualmente con riferimento alle norme processuali (qual è quella in oggetto)²¹.

Risulta altrettanto pacifico che ai procedimenti già pendenti andrà applicata la norma vigente nel momento in cui l'acquisizione dei tabulati è stata disposta dal Pubblico Ministero, ovvero l'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003, nel testo previgente a norma del quale: «*i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle alte parti private*».

Potrebbero prospettarsi comunque questioni sollevabili davanti alle Corti sovranazionali».

²⁰ Vale giusto osservare che la soppressione della disciplina transitoria è stata giudicata positivamente da alcuni autori. Si veda G. PESTELLI, cit., secondo cui "fortunatamente" è sparita la "discutibile" disciplina transitoria.

²¹ Tra i tanti si veda, G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. IX, 2017, 16, secondo cui: «*Nel caso specifico di successione di leggi processuali nel tempo, in rispetto del principio del tempus regit actum, la nuova norma disciplina sia i processi iniziati dopo la sua entrata in vigore, ma anche i singoli atti, compiuti successivamente alla sua entrata in vigore, dei processi già iniziati, anche nel caso in cui la nuova disciplina sia più rigorosa per le parti rispetto a quella vigente all'epoca dell'introduzione del giudizio*». Nello stesso senso pare interessante notare come sia stata pubblicata in data 13 ottobre 2021 una Relazione sul tema da parte dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Suprema Corte di Cassazione, p. 32, a norma del quale: «*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 in motiv.)*».

Tale norma, tuttavia, come è stato già sopra ampiamente dimostrato, si pone(va) in contrasto con l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché con l'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali il quale «*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*»²².

Ed allora l'utilizzabilità o meno dei tabulati già acquisiti non è un problema di *retroattività* ma di rapporti tra norma interna e norma sovranazionale.

In altri termini, è possibile ritenere legittimo il tabulato acquisito sulla scorta di una norma che, nel momento in cui è stata disposta l'acquisizione, si poneva in contrasto con la normativa sovranazionale?

Come noto, nel caso in cui il giudice si trovi di fronte ad una norma interna che risulti in contrasto con una norma comunitaria (o con l'interpretazione che di detta norma comunitaria viene data dalla CGUE²³) è obbligato, salva la possibilità di una interpretazione conforme al diritto dell'UE, a disapplicarla.

Ciò è stato affermato a partire dalla storica sentenza della Corte di Giustizia del 9 marzo 1978, *Simmenthal*²⁴, e ribadito poi dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 170 dell'8 giugno 1984, *Granital c. Ministero delle finanze*²⁵.

La norma applicabile *ratione temporis* era inequivocabilmente in contrasto con l'ordinamento europeo, posto che le sentenze della CGUE, queste sì, hanno portata applicativa retroattiva, come stabilito già a partire dalla

²² CGUE Grande Sezione, 2 marzo 2021, c-746/18.

²³ Sul punto si veda la sentenza n. 389 del 1989 della Corte Costituzionale, in *Foro it*, 1991, I, 1076, secondo la quale: «*qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative*».

²⁴ Corte di Giustizia. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, 24; ma sul punto si vedano anche: 4 giugno 1992, cause riunite C- 13/91 e C- 113/91, *Debus*, 32; 18 luglio 2007, C- 119/05, *Lucchini*, 61; 27 ottobre 2009, C- 115/08, *ČEZ*, 138; 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak*, 81; la più importante pronuncia precedente è sicuramente la pronuncia del 15 luglio 1964, C 6/64, *Costa c. Enel*, nella quale per la prima volta la Corte ha sostenuto il principio del primato del diritto comunitario.

²⁵ È pur vero che questa soluzione è il risultato di un percorso lungo e complesso che non può in questa sede essere analizzato. Per una disamina più compiuta delle più rilevanti pronunce della Corte Costituzionali sul rapporto tra norma interna e norma sovranazionale si veda, R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, III ed., 2020, pp. 921 – 941. Sul punto e sulla differenza di rapporti tra norma interna non conforme al diritto dell'Ue e norma non conforme alla CEDU si vedano altresì le sentenze cd. gemelle, nn. 347 e 348 del 2007 della Corte Costituzionale.

pronuncia del 27.03.1980 – cause riunite C-66, C-127 e C 128/79, secondo la quale: «L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte di giustizia nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. 177 chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta che la norma così interpretata può, e deve, essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detta norma»²⁶.

Ne consegue che l'acquisizione dei tabulati telefonici avvenuta in base all'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003, nella versione previgente, deve considerarsi effettuata *contra legem* poiché legittimata da una norma che non può più essere applicata²⁷.

Quanto alla sanzione processuale si ritiene che non possa che essere quella della inutilizzabilità e ciò poiché: «Versandosi in materia di prova», l'eventuale patologia nella sua acquisizione la rende ai sensi dell'art. 191 c.p.p. inutilizzabile; un'inutilizzabilità, come è stata definita, "comunitaria"²⁸.

8. Sulle possibili obiezioni alla teoria della disapplicazione e conseguente inutilizzabilità dei risultati dell'acquisizione *sine lege*.

Quanto alla necessità di diretta disapplicazione, in virtù del principio di primazia del diritto dell'Unione europea sul diritto interno, occorre dare conto del fatto che contro tale proposta è stata mossa la critica secondo la quale poiché: «la patologia dell'atto processuale penale e le relative conseguenze non sarebbero materia comunitaria» allora si dovrebbe

²⁶ Corte di Giustizia, del 27.03.1980 – cause riunite C-66, C-127 e C 128/79.

²⁷ Vale giusto la pena di sottolineare che nel panorama italiano il problema dell'atto assunto sulla base di una norma interna rivelatasi successivamente non conforme al diritto unionale è stato già affrontato lungamente dalla giurisprudenza amministrativa; in particolare, si allude all'ipotesi cd. di *anticomunitarietà indiretta* che si ha in tutti quei casi in cui l'atto amministrativo sia stato assunto sulla base di un potere attribuito da una norma interna non conforme al diritto dell'Unione Europea. Senza poter in questa sede approfondire le diverse opzioni che sono state proposte al riguardo, occorre tuttavia sottolineare che la discussione si è concentrata sul *tipo* di patologia di cui sarebbe stato affetto tale atto (annullabilità o nullità, per semplificare) e non certo sul se tale atto fosse affetto da vizi patologici. Sul punto si vedano, tra i tanti, F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 439 ss.; L. BERTONAZZI, *Illegittimità comunitaria e annullamento d'ufficio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1455 ss.; L. DEL FEDERICO, *Gli atti impositivi viziati per violazione del diritto comunitario*, in *Giustizia tributaria*, 2010, I.

²⁸ S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. Pen.*, 2015, n. 2, pp. 781.

desumere che «*la primazia del diritto sovranazionale potrebbe non essere qui ritenuta applicabile*»; con l'ulteriore (implicita) conclusione che la norma interna non conforme non dovrebbe essere disapplicata.

Ebbene, tale obiezione non pare cogliere nel segno.

Ciò poiché la normativa europea rispetto alla quale la norma nazionale sarebbe contrastante è quella relativa alla *riservatezza dei dati personali* che, in via mediata, è espressione dei diritti alla riservatezza previsti espressamente dagli artt. 7 e 8 della Carta europea. Tale materia è certamente materia comunitaria ed ogni normativa interna che sia in conflitto con lo *standard* di tutela di tale diritto *imposto* dall'Unione deve essere disapplicata. Il fatto che la normativa interna di recepimento sia da considerarsi relativa alla *patologia dell'atto processuale penale* non ha alcuna rilevanza²⁹.

Quando alla (successiva) sanzione dell'inutilizzabilità quale conseguenza della disapplicazione della normativa italiana contrastante, occorre rilevare come la Suprema Corte, sia pur solo in ipotesi, abbia obiettato che: «*anche a voler disapplicare il D.lgs. n. 193 del 2003, art. 132, ci si troverebbe in presenza di un atto compiuto in assenza di una legge ordinaria, conforme, però, ai principi fondamentali dell'ordinamento e in particolare al disposto dell'art. 15 Cost., che prevede limitazioni alla libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione mediante atto motivato dell'autorità giudiziaria*»³⁰.

Anche tale obiezione, tuttavia, non sembra condivisibile.

Ed infatti, se è pur vero che l'art. 15 della Costituzione permette limitazioni alla libertà e segretezza delle comunicazioni, è altrettanto vero che ne subordina la legittimità a due garanzie fondamentali: la riserva di giurisdizione (quella individuata dalla Suprema Corte attraverso il richiamo all'atto motivato dell'autorità giudiziaria) e la riserva di legge³¹.

²⁹ Nello stesso senso, si veda S. MARCOLINI, cit., p. 782, secondo cui: «*Si tratta però di una obiezione che pecca di "strabismo": non si sta ragionando della patologia dell'atto in generale, ma delle conseguenze della lesione del diritto alla riservatezza del cittadino – materia certamente comunitaria – in una specifica sede, quella processuale penale. E ciò precisato, il già citato principio di effettività non può tollerare che le situazioni giuridiche sorte dal diritto comunitari restino prive di adeguata ed effettiva protezione*». Inoltre, l'Autore aggiunge anche l'ulteriore argomento secondo cui, a ben vedere, l'art. 82 TFUE renderebbe in ogni caso il processo penale materia comunitaria.

³⁰ Cass. Pen., Sez. V, 24 aprile 2018, n. 33851.

³¹ Tra i tanti ci venga consentito il rinvio a C. PENNACCIULLI, *Profili costituzionali delle intercettazioni di comunicazioni tra inadeguatezza del legislatore e discrezionalità del giudice*, in *Riv. Ass. it. Cost.*, 3, 2012, ed alla relativa (copiosa) bibliografia. Sembra tuttavia d'interesse riportare quanto riferito dall'Autrice nella nota n. 68, quanto all'importanza nel sistema costituzionale, della doppia riserva di legge e di giurisdizione: «*Esplicativo, in proposito, è l'intervento dell'on.le Tupini (Presidente della Prima Sottocommissione) nella seduta generale del 10 aprile 1947, il quale fa osservare che «il riferimento alla legge o al magistrato è una necessità in un progetto*

L'argomento speso dalla Suprema Corte, pertanto, non tiene alla prova delle garanzie costituzionali, non potendosi di certo ammettere menomazioni delle libertà fondamentali dell'individuo che vengano esercitate completamente "alla cieca" dai magistrati, senza che vi sia una legge ordinaria che ne disciplini le concrete modalità di esercizio.

9. La conversione in legge del decreto legge 30 settembre 2021 n. 132: ritorna (discutibilmente) la disciplina transitoria

Nelle more della scrittura di questo contributo è stato convertito in legge il decreto legge n. 132 del 30 settembre 2021, confermando (salvo alcuni dettagli) l'impianto già oggetto del decreto governativo.

È tuttavia stata inserita una disciplina transitoria che, *prima facie*, appare quantomeno discutibile.

È stato infatti previsto, all'art. 1 comma 1 *bis* del decreto legge, che i dati acquisiti precedentemente all'introduzione del decreto, attraverso la procedura di acquisizione diretta da parte del Pubblico Ministero, se acquisiti con riferimento a reati per i quali è oggi possibile acquisire i tabulati (e diversamente non avrebbe potuto essere!): *"possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova"*.

Tale disciplina transitoria, oltre che assolutamente superflua, da un lato, appare viziata costituzionalmente dall'altro.

Ed infatti, che i tabulati possano essere utilizzati (per fondare una sentenza di condanna, s'intende) solamente unitamente ad altri elementi di prova era un dato già assolutamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità che non necessitava di alcuna introduzione legislativa; in più casi, infatti, la Suprema Corte ha affermato che: *"La presenza del possessore di un telefono cellulare in una data zona, più o meno ampia rispetto alla grandezza della cella, può essere qualificato quale indizio, ma di per sé non dimostra nulla, anche se l'utenza è precisamente attribuita ad una determinata persona: per avere una valenza probatoria, tale da poter portare ad una sentenza di condanna, occorrono altri indizi, ugualmente gravi e precisi, ed infine tutti concordanti, che possano consentire di affermare che il possessore dell'utenza ha commesso il reato"*³².

Ma soprattutto, una tale limitazione dell'utilizzabilità (o meglio, dell'inutilizzabilità) pare assolutamente porsi al di fuori della sfera di competenza del legislatore il quale, preso atto della non conformità della (pre)vigente normativa alla disciplina comunitaria, altro non avrebbe potuto

costituzionale, che non può esaurire una serie di casi, e che la legge ed il magistrato, in un paese democraticamente organizzato, rappresentano appunto la garanzia della libertà e della democrazia. E il nostro sforzo è stato precisamente quello di sottrarre all'arbitrio del potere esecutivo ogni possibilità di menomare la libertà dei cittadini, preferendo così la garanzia della legge e della magistratura».

³² Cass. pen., Sez. III, 23 agosto 2019, n. 36380.

fare che ritenere inutilizzabili, per contrasto con la normativa sovranazionale, tutti i tabulati acquisiti precedentemente con modalità incompatibili con la disciplina europea. Certamente, ciò che non avrebbe potuto fare, a nostro giudizio, è limitare la portata della inutilizzabilità; delle due l'una: o si prendeva atto della non conformità della normativa e si portava ciò alle (giuridicamente inevitabili) conseguenze, pertanto non limitando a solo alcuni casi l'inutilizzabilità dei tabulati acquisiti in maniera illegittima (nei termini già sopra meglio chiariti), oppure si perpetrava l'idea (ormai difficilmente sostenibile) che la precedente normativa (come da sempre affermato dalla Suprema Corte) era già compatibile con il diritto europeo ed allora non v'era alcuna necessità di ritenere inutilizzabili i precedenti tabulati. Spetterà alla giurisprudenza di merito e di legittimità valutare la conformità (costituzionale) di una tale disciplina transitoria che, lo si ripete, pare porsi del tutto al di fuori dei limiti di competenza del legislatore ordinario.

10. Conclusioni

In conclusione, l'intervento del legislatore deve essere salutato con indubbio favore nella misura in cui contribuisce all'innalzamento delle garanzie individuali e si allinea alla normativa sovranazionale.

L'auspicio che, in sede di conversione, potesse essere recuperata la norma transitoria già sopra menzionata che certamente avrebbe permesso un'applicazione uniforme della disciplina ai procedimenti già in corso è ormai già stato tradito da una disciplina transitoria che non tiene (debitamente) in conto della struttura dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale. Anche perché, la Corte di Giustizia, come già si è ampiamente osservato, aveva già da tempo avvertito circa la illegittimità di una normativa, come quella italiana, che permettesse al solo PM acquisire i tabulati telefonici; pur a fronte di un tale (ripetuto) monito, la giurisprudenza nazionale aveva da sempre mantenuto un atteggiamento di resistenza, così legittimando l'acquisizione dei tabulati senza un vaglio da parte del giudice. L'aver solo adesso (con un ritardo di anni) preso atto della difformità di tale procedura con il diritto unionale non avrebbe dovuto legittimare una applicazione solo *pro futuro* della nuova normativa, essendo necessario, per quanto possibile, recuperare le garanzie che si erano (troppo a lungo) perse.