

5^a commissione

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

Presidente: Antonio Nicastro

Coordinatori: Enrico Giacomo Infante, Domenico Santoro

Agostini Marta, Ambrosino Gabriella, Amoruso Maria, Bassi Ugo, Bellucci Cecilia, Belmonte Eugenia, Bennetti Luana, Bernardini Carlotta, Bettiol Luisa, Bologna Santi, Bompieri Federica, Bonomo Mariacristina, Bray Roberta, Buzzelli Andrea G., Cafagna Antonella, Calafiore Giulia, Candito Giuseppina L., Cannarile Giovanna, Carunchio Cristina, Casabona Rosanna, Cavalleri Giovanna, Cervo Paola, Cilla Giovanna Cristina, Citterio Carlo, De Robbio Costantino, Fanelli Andrea, Garofalo Giovanni, Giannino Salvatore, Giordano Vincenzo, Giorgianni Alessia, Graziano Raffaele, Greco Annamaria, Introvigne Carlo, Lapalorcia Miriam, Lavra Mauro, Lionetti Santina, Lo Bue Cristina, Lombardo Giuseppe, Loschi Francesco, Magro Paolo, Martucci Di Scarfizzi Francesco Saverio, Morea Angela, Nastasi Antonino, Nocera Ester, Palmieri Andrea, Pantani Maria Rita, Pantano Giulia, Parezzan Sara, Parisi Angelo, Pepe Teresina, Prudente Valentina, Quattrocchi Alessandro, Reale Laura, Riccio Rossana, Rizzaro Veronica, Russo Roberta, Salerno Angelo, Santoriello Ciro, Santoro Antonino, Savelli Roberta, Scavello Giulia M., Serracchiani Flavio, Stella Matteo, Tirone Anna, Volpe Rossella.

Sentenza 2 marzo 2021, C-746-18 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

1-Premessa

La Corte, nella causa C-746/18, ha affermato il principio che l'accesso, per fini penali, ad un insieme di dati di comunicazioni elettroniche relativi al traffico o all'ubicazione, che permettano di trarre precise conclusioni sulla vita privata dei cittadini dell'unione, è autorizzato soltanto allo scopo di lottare contro gravi forme di criminalità o di prevenire gravi minacce alla sicurezza pubblica.

Oggetto della controversia portata all'attenzione della Corte concerneva un caso sorto in Estonia, dove un imputato era stato condannato sulla base di una copiosa raccolta di dati personali generati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche.

La Corte ha ritenuto che la 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 - letta alla luce della normativa comunitaria, si ponga in antitesi con ogni normativa di carattere nazionale che consenta l'acquisizione di dati relativi al traffico o a 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.**

Secondo la Corte è necessario che l'accesso ai dati sia subordinato ad un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente. Il requisito di indipendenza postula necessariamente che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo 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.

La Commissione nutre seri dubbi sulla circostanza che il controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente, secondo le argomentazioni della CGUE, escluda il Pubblico Ministero secondo il ruolo e funzioni che a tale figura sono assegnati dall'Ordinamento Italiano.

Invero, come ribadito da ultimo dalla Suprema Corte di Cassazione (sent. Sez V n 33851-18), sul *"tema della effettiva rispondenza ai precetti sovranazionali di una disciplina che assegni il potere di acquisizione dei dati ad un pubblico ministero e non ad un giudice, si impone di considerare che il termine Giudice non vada inteso in senso stretto ma possa essere esteso sino al concetto di Autorità Giudiziaria, che pacificamente ricomprende anche la figura del Pubblico Ministero. Tale interpretazione valorizza in maniera adeguata il principio di indipendenza istituzionale che nel sistema italiano, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti europei, caratterizza tutta la magistratura"*

Occorre interrogarsi sull'efficacia diretta ed immediata della decisione nell'ordinamento giuridico italiano, in cui è il Pubblico Ministero a disporre, con decreto, ai sensi dell'articolo

256 del Codice di procedura penale, l'acquisizione dei tabulati telefonici di una persona coinvolta a vario titolo in un procedimento penale, seguendo la procedura prevista dall'articolo 132 del decreto legislativo 196/2003.

E' innegabile che tali dati consentono, in particolare, di rintracciare e di identificare la fonte e la destinazione di una comunicazione a partire dal telefono fisso o mobile di una persona, di stabilire la data, l'ora, la durata e la natura di tale comunicazione, di identificare le apparecchiature di comunicazione utilizzate, nonché di localizzare il telefono mobile senza che una comunicazione sia necessariamente trasmessa. Inoltre, i dati suddetti offrono la possibilità di accertare la frequenza delle comunicazioni dell'utente con determinate persone in un dato periodo.

2-Efficacia delle sentenze pregiudiziali della C.G.U.E. nell'ordinamento interno

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione del diritto dell'UE e sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni, dagli organi o organismi dell'UE, alla stregua dell'art. 267 T.F.U.

Con il rinvio pregiudiziale il giudice nazionale sottopone alla Corte di Lussemburgo un quesito circa l'interpretazione o la validità di una norma dell'UE, la cui soluzione sia determinante per decidere la controversia dinanzi a lui pendente. Tale pronuncia ha efficacia vincolante per il giudice del rinvio e vincola anche le giurisdizioni di grado superiore chiamate a pronunciarsi sulla medesima causa.

La pronuncia della Corte è strumentale rispetto alla decisione del giudice che ha sollevato la questione e ne delinea l'oggetto. Tuttavia le sentenze pregiudiziali spiegano effetti anche al di fuori del giudizio principale, e ciò si verifica per il carattere dichiarativo della sentenza. La pronuncia interpretativa ha carattere astratto e produce effetti *erga omnes*, per effetto della portata vincolante delle disposizioni stesse interpretate. Pertanto, essa ha "Autorità di cosa interpretata", in conformità allo scopo di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione Europea.

Quanto al valore extraprocessuale della sentenza interpretativa della Corte di Giustizia, si deve evidenziare che il giudice nazionale diverso da quello a quo che ha sollevato il rinvio pregiudiziale ha il compito preliminare di isolare la *ratio decidendi* della decisione, verificando se la sentenza interpretativa resa dalla Corte di Giustizia sia o meno aderente al caso di specie. Il giudice nazionale deve valutare se esista o meno compatibilità fra il suo caso e quello del precedente, e nei casi in cui non vi sia coincidenza, non sarà tenuto ad uniformarsi alla decisione della Corte europea, ma potrà sollevare un nuovo rinvio o deciderà la causa sulla base dell'interpretazione del diritto comunitario ritenuta congrua.

L'efficacia nel tempo delle sentenze pregiudiziali è retroattiva, perché l'interpretazione data dalla Corte integra la disposizione interpretata *ex tunc*.

La Corte di Cassazione ha più volte affermato che <<alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione UE, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità>> (Cass. civile sez. lavoro sentenza del 17/05/2019 n.13425, che richiama Cass. sentenza n.22577/2012).

Lo Stato membro, la cui norma interna sia incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, come interpretato dalla CGUE, ha l'obbligo di adeguarsi, mediante abrogazione o modifica della norma stessa, non essendo sufficiente la disapplicazione da parte delle autorità giurisdizionali e/o amministrative nazionali.

L'attuale quadro normativo in materia di conservazione e acquisizione di tabulati relativi al traffico telefonico e telematico (in particolare l'art.132 D.L.vo 196/03) si pone in contrasto con i principi dettati dalla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, come interpretati dalla Corte di Giustizia U.E. con sentenza del 02/03/2021.

La CGUE riconosce agli Stati membri il "principio dell'autonomia procedurale", per cui, in assenza di norme dell'Unione, spetta all'ordinamento giuridico interno stabilire le regole di procedura applicabili ai ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la tutela dei diritti dei singoli. Tale principio, però, trova il doppio limite del "principio di equivalenza" e del

“principio di effettività”. In base al primo, il principio di autonomia procedurale opera a condizione che le regole processuali interne in tema di utilizzabilità della prova illegittima non siano meno favorevoli di quelle disciplinanti situazioni analoghe. Quanto ai dati di traffico telefonico ed elettronico, l’acquisizione mediante una procedura dichiarata incompatibile con la disciplina unitaria comporterebbe la sanzione processuale della inutilizzabilità, in virtù del disposto dell’art.271 c.p.p. previsto per l’analoga fattispecie delle intercettazioni. Il principio di effettività esige che le regole nazionali non rendano impossibile in pratica o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti. Il principio di effettività è stato richiamato più volte nella sentenza del 02/03/2021 a fondamento della immediata esigenza di tutela della riservatezza.

Potrebbe tuttavia ritenersi, secondo un’interpretazione in linea con la giurisprudenza che la Corte di Cassazione, che, attesa la peculiarità del ruolo del Pubblico Ministero nel sistema ordinamentale Italiano, in cui l’ufficio della Pubblica accusa vive e si nutre di giurisdizione, ponendosi quale organo terzo ed imparziale quanto meno nella fase delle indagini preliminari, i principi sanciti dalla C.G.U.E. non trovino diretta ed immediata applicazione nel nostro sistema processual- penalistico,

3- I quesiti devoluti alla Corte

La Corte è stata chiamata a dar risposta a tre specifici quesiti.

- Se l’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva [2002/58] debba essere interpretato, alla luce degli articoli 7, 8, 11 e 52, paragrafo 1, della [Carta], nel senso che, in un procedimento penale, l’accesso di autorità nazionali a dati che consentano di rintracciare e identificare la fonte e la destinazione di una comunicazione telefonica a partire dal telefono fisso o mobile del sospettato, di determinare la data, l’ora, la durata e la natura di tale comunicazione, di identificare le apparecchiature di comunicazione utilizzate, nonché

di localizzare il materiale di comunicazione mobile utilizzato, costituisce un'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dai suddetti articoli della Carta di gravità tale che detto accesso debba essere limitato, nel contesto della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento dei reati, alla lotta contro le forme gravi di criminalità, indipendentemente dal periodo al quale si riferiscono i dati conservati cui le autorità nazionali hanno accesso.

- Se l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva [2002/58] debba essere interpretato, sulla scorta del principio di proporzionalità enunciato nella [sentenza del 2 ottobre 2018, Ministero Fiscal (C-207/16, EU:C:2018:788)], punti da 55 a 57, nel senso che, qualora la quantità dei dati menzionati nella prima questione, ai quali le autorità nazionali hanno accesso, non sia grande (sia per il tipo di dati che per la loro estensione nel tempo), la conseguente ingerenza nei diritti fondamentali può essere giustificata, in generale, dall'obiettivo della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento dei reati, e che quanto più notevole è la quantità di dati cui le autorità nazionali hanno accesso, tanto più gravi devono essere i reati perseguiti mediante tale ingerenza.
- Se il requisito indicato nel secondo punto del dispositivo della [sentenza del 21 dicembre 2016, Tele2 (C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970)], secondo cui l'accesso ai dati da parte delle autorità nazionali competenti dev'essere soggetto ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, implichi che l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva [2002/58] deve essere interpretato nel senso che può considerarsi come un'autorità amministrativa indipendente il pubblico ministero, il quale dirige il procedimento istruttorio e che, per legge, è tenuto ad agire in modo indipendente, restando soggetto soltanto alla legge e verificando, nell'ambito del procedimento istruttorio, sia gli elementi a carico sia quelli a discarico relativi all'indagato, ma che successivamente, nel procedimento giudiziario, rappresenta la pubblica accusa».

4 -Le soluzioni adottate dalla Corte

“Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che 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, 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.

Pertanto, e poiché un accesso generale a tutti i dati conservati, indipendentemente da un qualche collegamento, almeno indiretto, con la finalità perseguita, non può considerarsi limitato allo stretto necessario, la normativa nazionale in questione deve fondarsi su criteri oggettivi per definire le circostanze e le condizioni in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati in questione. **A questo proposito, un accesso siffatto può, in linea di principio, essere consentito, in relazione con l'obiettivo della lotta contro la criminalità, soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un'altra in un illecito del genere.**

Tuttavia, in situazioni particolari, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, l'accesso ai dati di altre persone potrebbe essere parimenti concesso qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo

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. In caso di urgenza debitamente giustificata, il controllo deve intervenire entro termini brevi** (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 189 e la giurisprudenza ivi citata).

Dalle considerazioni che precedono risulta che il requisito di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare, ricordato al punto 51 della presente sentenza, impone 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.

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. Ne consegue che il pubblico ministero non è in grado di effettuare il controllo preventivo.

Poiché il giudice del rinvio ha sollevato, peraltro, la questione se si possa supplire all'assenza di un controllo effettuato da un'autorità indipendente mediante un controllo successivo, da parte di un giudice, della legittimità dell'accesso di un'autorità nazionale ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione, occorre rilevare che il controllo indipendente deve intervenire, come richiesto dalla giurisprudenza richiamata al punto 51 della presente sentenza, previamente a qualsiasi accesso, salvo situazioni di urgenza debitamente giustificate, nel qual caso il controllo deve avvenire entro termini brevi.

5-Necessità di un intervento legislativo

Le argomentazioni che precedono impongono al legislatore di intervenire sulla procedura di acquisizione dei tabulati telefonici atteso che la normativa italiana si pone in contrasto con la portata innovativa della sentenza.

La Commissione auspica un articolato intervento normativo che consenta al Pubblico Ministero di richiedere al Giudice i tabulati telefonici sulla base di alcune direttrici normative che attualizzino i precetti della Corte.

In primo luogo, posto che appare precluso lo strumento dell'acquisizione dei tabulati alla generalità delle fattispecie penali previste dal nostro ordinamento, bensì solo in relazione a "forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica" la Commissione suggerisce di introdurre una regolamentazione normativa che consenta al Giudice una valutazione circa la gravità della fattispecie penale per cui si procede, gravità che da un lato deve ritenersi presunta per tutti i reati che rientrino nell'alveo della

previsione dell'art. 266 c.p.p. mentre dall'altro deve essere valutata in concreto per tutti i reati che si pongono al di sotto della soglia sanzionatoria prevista dalla richiamata norma e per le contravvenzioni commesse con il mezzo del telefono.

Altra soluzione prospettabile, secondo la Commissione, è quella di consentire l'acquisizione dei tabulati per tutte le fattispecie penali in relazione alle quali è possibile l'applicazione di una misura cautelare personale, posto che la valutazione di gravità discende da una esplicita indicazione del legislatore, fatti salvi i reati di natura contravvenzionale commessi con l'uso del telefono.

Con riferimento alla piattaforma probatoria che legittimi in fase di indagine il ricorso alla procedura di acquisizione dei dati, ritiene la commissione che il Giudice debba valutare la sussistenza di sufficienti indizi di reato.

Nell'ipotesi di urgenza, il Pubblico Ministero può procedere con decreto motivato all'acquisizione dei tabulati con obbligo di richiedere la convalida al Giudice in termini che si reputano congrui stabilire in giorni dieci.

Particolare interesse appare la disciplina da applicare ai procedimenti in corso al 2 marzo del 2021, atteso che le conseguenze del ragionamento della Corte propendono per una inutilizzabilità del dato già acquisito in atti secondo la legislazione vigente.

La Commissione suggerisce al legislatore due possibili alternative, alla luce di una attenta comparazione degli interessi in gioco.

- a) Una prima soluzione dovrebbe prevedere che *“In ogni stato e grado del procedimento o del processo, il pubblico ministero che abbia acquisito i tabulati telefonici ai sensi dell'art 132 Decreto Legislativo 30 giugno 2003 n. 196, nel caso in cui i termini di cui agli artt. 405 comma 2, 406 e 407 c.p.p. siano decorsi prima dell'entrata in vigore della presente legge, è restituito nel termine al solo fine di presentare richiesta di autorizzazione all'acquisizione degli stessi tabulati ovvero, ove si tratti di dati non più disponibili, richiesta di convalida in relazione a quegli stessi tabulati.*

Le richieste di cui al comma 1 devono essere presentate al giudice che procede e, prima dell'esercizio dell'azione penale, al giudice per le indagini preliminari.

Il giudice, in caso di autorizzazione, fissa un termine, non superiore a 90 giorni, per l'acquisizione dei tabulati.

- b) Una seconda chiave di lettura prefigurerebbe che *“In ogni stato e grado del procedimento o del processo, il pubblico ministero che abbia acquisito i tabulati telefonici ai sensi dell'art 132 Decreto Legislativo 30 giugno 2003 n. 196, nel caso in cui i termini di cui agli artt. 405 comma 2, 406 e 407 c.p.p. siano decorsi prima dell'entrata in vigore della*

presente legge, è restituito nel termine al solo fine di presentare richiesta di autorizzazione all'acquisizione degli stessi tabulati.

Il giudice, in caso di autorizzazione, fissa un termine, non superiore a 90 giorni, per l'acquisizione dei tabulati.

Ove si tratti di dati non più disponibili, il pubblico ministero formula richiesta di convalida del decreto di acquisizione dei tabulati già in atti, indicando le ragioni di urgenza sussistenti al momento dell'acquisizione.

Il giudice convalida il decreto del pubblico ministero quando ritiene che al momento della sua emissione ricorressero ragioni di urgenza.

Le richieste di cui al comma 1 devono essere presentate al giudice che procede e, prima dell'esercizio dell'azione penale, al giudice per le indagini preliminari.

La Commissione si è posta un ultimo interrogativo: come operare nella dinamica delle indagini in corso in attesa di un intervento legislativo?

La prassi potrebbe suggerire di inviare, in assenza di previsione di legge, una richiesta di autorizzazione al Giudice al fine di garantire l'utilizzabilità del dato, richiesta che il Giudice potrebbe, in astratto ritenere non accoglibile in quanto non prevista dalla legge.

Altra possibile soluzione sarebbe quella di operare ai sensi dell'art 254 bis c.p.p. che consente il sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazione, preservando la genuinità del dato secondo le linee guida dell'informatica forense. Tale opzione comporta il rischio di una parziale discovery dell'indagine, da valutare caso per caso.

Potrebbe il Pubblico Ministero avanzare inoltre al Giudice per le indagini preliminari richiesta di intercettazione di dati telematici secondo il disposto dell'art. 266bis c.p.p. nella parte in cui consente l'apprensione non della conversazione/comunicazione (in tempo reale) ma "del flusso" (anche differito) relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi (nell'ambito della cui struttura complessiva va inserito il flusso comunicativo già avvenuto riferibile alla data retention).

