CONSULTA ONLINE
PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

2021 FASC. II

(ESTRATTO)

FRANCESCO TORRE

DATA RETENTION:

UNA VENTATA DI "RAGIONEVOLEZZA" DA LUSSEMBURGO

(A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA 2 MARZO 2021, C-746/18)

19 LUGLIO 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Francesco Torre

Data retention: una ventata di "ragionevolezza" da Lussemburgo (a margine della sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 2021, C-746/18)*

ABSTRACT: ***The paper analyses the recent Court of Justice judgment of 2 march 2021 about data retention regulation. Having revisited the developments on the subject matter both in European and Italian legislation and case law, this research assesses the conceivable internal consequences that such judgement might create in our own legal system.***

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Una normativa a lungo attesa. – 3. Un percorso ad ostacoli tra "snobismo" e garantismo. – 4. Il giudizio di proporzionalità sul canone di … proporzionalità. – 5. L'interpretazione del canone di proporzionalità. – 6. Alla ricerca dell'interpretazione più ardita: la giurisprudenza italiana sulla *data retention*. – 7. Gli effetti della sentenza sull'ordinamento italiano ovvero la cronaca di una confusione annunciata nell'attesa di un intervento del legislatore.

1. *Il caso.*

La Corte di giustizia è nuovamente intervenuta in materia di accesso e conservazione dei dati personali relativi al traffico telefonico ed informatico e dei dati relativi alla ubicazione – la cosiddetta *data retention* – chiarendo definitivamente gli aspetti rimasti ancora controversi della sua giurisprudenza, con effetti potenzialmente dirompenti nella legislazione italiana[1].

La pronuncia in commento[2] trae origine da un rinvio pregiudiziale del *Riigikohus*, la Corte suprema estone, in merito all'interpretazione dell'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002; la domanda, *ex* art. 267 TFUE, è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale instaurato a carico di H.K. per le imputazioni di furto, di uso della carta bancaria di un terzo e di violenza nei confronti di persone partecipanti ad un procedimento giudiziario. Nel condannare H.K. a due anni di reclusione «il Viru Maakohus (Tribunale di primo grado di Viru) si è fondato, tra l'altro, su vari processi verbali redatti in base a dati relativi a comunicazioni elettroniche»[3].

La Corte suprema estone dubitava che la normativa interna, l'art. 111 della legge relativa alle comunicazioni elettroniche, fosse compatibile con l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE, così come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Tele2*[4] del 21 dicembre 2016. In particolare, le questioni pregiudiziali sollevate si appuntavano in merito a due aspetti essenziali in tema di accesso ai dati di traffico e di ubicazione ovvero l'individuazione delle caratteristiche che deve avere l'autorità competente ad autorizzare l'accesso e se tale accesso debba essere circoscritto unicamente per particolari categorie di reati.

Nel rispondere alle questioni sollevate dalla Corte estone, sembra quasi che i giudici del Kirchberg si rivolgessero indirettamente anche alla nostra Corte di cassazione che era riuscita, attraverso l'utilizzo di tecniche interpretative "acrobatiche", a salvare la disciplina interna in materia – l'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cd. *Codice della privacy*) – nonostante «vi siano seri argomenti per dubitare»[5] della sua compatibilità con la normativa europea. Ed invero, con la sua pronuncia, la Corte

---

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

[1] Di «riflessi sinistri» parla E.N. LA ROCCA, *A margine di una recente sentenza della Corte di giustizia Ue (C-748/18): riflessi sinistri sulla disciplina delle intercettazioni in Italia*, in *Diritti Comparati*, 8 aprile 2021.

[2] Corte di giustizia, 2 marzo 2021, H.K. contro Prokuratuur, C-746/18.

[3] Punto 17 sent. *H.K.*

[4] Corte di giustizia, 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige e Watson e a.*, C-203/15 e C-698/15 a commento della quale si veda O. POLLICINO, M. BASSINI, *La Corte di giustizia e una trama oramai nota: la sentenza* Tele2 Sverige *sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2017.

[5] Così I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di* data retention, in *Sistema Penale*, 5/2020, 185. A dubitare della compatibilità della normativa italiana anche S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2/2015, 778; R. FLOR,

di giustizia ha nuovamente chiarito come soltanto «la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica»[6] possa giustificare l'accesso ai dati di traffico e di ubicazione, ponendosi in contrasto con il diritto eurounitario una normativa nazionale, come quella estone e italiana, che consente tale accesso anche per la lotta contro la criminalità in generale, a nulla rilevando la quantità dei dati o la durata del periodo per il quale tale accesso è stato richiesto.

È, però, nell'individuare i profili dell'autorità pubblica competente all'autorizzazione dell'accesso ai dati di traffico e di ubicazione che la Corte di giustizia compie un particolare sforzo argomentativo, delineando con chiarezza i requisiti «di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare»[7]. È, infatti, necessario 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»[8]; non è, pertanto, compatibile ad esercitare tale ruolo un pubblico ministero che abbia il compito «di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento»[9].

Ma andiamo con ordine. Prima di potersi interrogare sulle sorti della normativa italiana, occorre preliminarmente soffermarsi su come si è giunti alla pronuncia in commento, provando, sinteticamente, a tracciare un cammino iniziato nel lontano 1993, anno in cui la Consulta riconosceva[10] alla *data retention* la copertura costituzionale offerta dall'art. 15 Cost.

2. *Un percorso ad ostacoli tra "snobismo" e garantismo.*

La disciplina in merito ai dati esteriori di traffico, in gergo definiti anche tabulati telefonici e telematici, ha sempre scontato un inevitabile confronto con quella relativa alle intercettazioni; pur ledendosi il medesimo diritto – la libertà e la segretezza delle comunicazioni – l'opinione sino ad oggi prevalente in giurisprudenza, avallata da parte della dottrina[11], ha sempre ritenuto che «l'acquisizione del dato genera una compromissione decisamente inferiore rispetto a quella relativa alla captazione delle conversazioni»[12]. Eppure gli iniziali approdi della giurisprudenza costituzionale sembravano rassegnarci un orientamento, almeno parzialmente, differente.

Investita della questione di costituzionalità dell'art. 266 c.p.p. – nella parte in cui non prevede l'applicazione per l'acquisizione dei tabulati delle medesime garanzie contemplate dal codice di procedura penale per le operazioni di intercettazione del contenuto di conversazioni telefoniche – la Consulta ritenne di dover respingere la soluzione additiva invocata dal giudice rimettente «non tanto a motivo di particolari preclusioni interpretative, quanto perché le norme di cui agli artt. 266 e s. c.p.p. mostrano di presupporre (esaminate nel loro complesso) la cognizione del contenuto delle

---

Data retention *ed art. 132 Cod*. privacy: vexata quaestio *(?)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2017, 362.; E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano, 2018, 97 ss.; S. MARCOLINI, *L'istituto della* data retention *dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA e M. PAPA, *Cybercrime*, Torino, 2019, 1590 ss.; L. LUPARIA, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Diritto di Internet*, 4/2019, 762; F. RESTA, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza. La Corte di giustizia interviene sulla* data retention. *I riflessi sulla disciplina interna*, in *Giustizia Insieme*, 6 marzo 2021, 8; L. FILIPPI, *La Grande Camera della Corte di giustizia U.E. boccia la disciplina italiana sui tabulati*, in *Penale Diritto e Procedura*, 8 marzo 2021; L. FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.e.*, in *Diritto di difesa*, 20 marzo 2021, 14.

[6] Punto 45 sent. *H.K.*

[7] Punto 54 sent. *H.K.*

[8] Punto 54 sent. *H.K.*

[9] Punto 59 sent. *H.K.*

[10] Ci si riferisce alla sent. n. 81 del 1993 della Corte costituzionale sulla quale, tra tutti, si segnala il commento di D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, comma 1, della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 12/1993, 2746 ss.

[11] In particolare, si veda E. BASSOLI, *Acquisizione dei tabulati Vs.* Privacy*: la* data retention *al vaglio della Consulta*, in *Diritto di Internet*, 3/2007, 14.

[12] Cass. pen., sez. III, 19/04/2019, n. 36380.

comunicazioni o conversazioni»[13]. In altre parole la normativa in questione, a giudizio della Corte, era esclusivamente riferibile alle intercettazioni a ragione della estrema chiarezza con la quale venivano descritte «operazioni e modalità di azione in grado di assumere un qualche significato normativo soltanto ove siano poste in relazione con l'apprensione e l'acquisizione del contenuto di comunicazioni»[14]. È il mero dato letterale – e non esegetico – ad impedire l'estensione ai tabulati delle garanzie previste dal codice.

La Consulta, quindi, non ravvisava alcuna differenza in termini "qualitativi" tra i due mezzi probatori, anzi precisava che la tutela accordata dall'art. 15 della Costituzione alla libertà e alla segretezza della comunicazione è tale da ricomprendere non soltanto la segretezza del contenuto della comunicazione, ma anche quella relativa ai dati esteriori[15]. Veniva, così, estesa la portata della norma costituzionale in ragione della sua stretta attinenza al principio personalista, dal quale discende «un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo»[16].

Il principio personalista irradia non soltanto il testo costituzionale ma il sistema nel suo complesso, come vera propria linfa vitale che vi scorre all'interno. La tutela dei diritti inviolabili dell'uomo trova una delle sue massime espressioni nel riconoscimento di una sfera di autonomia nei confronti dello Stato: il diritto alla libertà e segretezza della comunicazione è una «parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»[17].

Tale diritto non può, però, considerarsi "assoluto" ma va posto in rapporto di integrazione con tutti gli altri diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione[18], alla costante ricerca di un equilibrio che consenta il minor sacrificio possibile; alla soluzione "mite"[19] si perviene applicando il canone di ragionevolezza e di proporzionalità[20] nel bilanciamento fra i valori in gioco. In questo caso è lo stesso precetto costituzionale a prevedere un conflitto tra il diritto alla libertà e la segretezza della corrispondenza e «quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale»[21]. Tale opera di bilanciamento tra i due valori, guidata dal rispetto del canone di ragionevolezza e proporzionalità, dovrà essere fatta prima, in astratto, dal legislatore[22], e dopo, in concreto, dal giudice[23], con atto «sorretto da un'adeguata e specifica motivazione»[24].

Questo sistema "a doppio binario" – in cui il giudizio di proporzionalità viene rimesso in prima battuta al legislatore, cui segue l'applicazione concreta del giudice – richiede che le disposizioni

---

[13] Così D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, comma 1, della Costituzione*, cit., 2746.

[14] Corte cost., sent. n. 81/1993, cit., punto 3.

[15] Tale approdo cui giunse il giudice delle leggi era tutt'altro che scontato; prima di tale pronuncia parte della dottrina (per tutti si veda A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Lezioni, Parte Speciale, II ed., Padova, 1992, 251) negava che la tutela della libertà e segretezza della corrispondenza potesse comprendere anche i dati esteriori, essendo volta tale garanzia unicamente in funzione della segretezza del contenuto; lo rammenta D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, comma 1, della Costituzione*, cit., 2748.

[16] Corte cost., sent. n. 81/1993, cit., punto 4.

[17] Sent. n. 366 del 1991 della Corte costituzionale, punto 3.

[18] Tale principio è stato compiutamente elaborato dalla sent. n. 85/2013 della Corte costituzionale.

[19] A riflettere di "mitezza" in termini giuridici è G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

[20] Sul principio di ragionevolezza si veda, tra tutti, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

[21] Sent. n. 34 del 1973 della Corte costituzionale, punto 2.

[22] A ricordarlo è C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2019, 1578.

[23] Come sostenuto anche da C. PANNACCIULLI, *Profili costituzionali delle intercettazioni di comunicazioni tra inadeguatezza del legislatore e discrezionalità del giudice*, in *Rivista Aic*, 3/2012, 18.

[24] Corte cost. sent. n. 81/1993, cit., punto 5; ciò che in dottrina (P. COSTANZO, *Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali (un vademecum costituzionale)*, in questa *Rivista*, 2016/II, 234) è stato definito come «riserva di giurisdizione rinforzata». In realtà l'obbligo di motivazione richiesto dall'art. 15 Cost. viene ritenuto adempiuto anche attraverso l'uso di «espressioni sintetiche»: così S. MARCOLINI, *L'istituto della* data retention *dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, cit., 1584.

limitative della libertà di comunicazione debbano essere chiare e precise al fine di ridurre il rischio di abusi da parte dell'autorità giudiziaria. Se, infatti, il giudizio di proporzionalità in astratto è soggetto all'attento scrutinio della Consulta[25], quello in concreto del giudice rischia di sconfinare nell'assoluta arbitrarietà, nel caso in cui la normazione non sia puntuale e dettagliata.

Ma come viene regolamentata nel nostro Paese la materia della conservazione e dell'accesso ai dati esteriori?

3. *Una normativa a lungo attesa.*

Nell'ordinamento italiano la *data retention* è stata inizialmente priva di una disciplina ad *hoc*, dovendo la Corte costituzionale – con la sentenza n. 81/1993 – supplire all'inerzia del legislatore, sancendo che, in assenza di apposite norme processuali, valessero «le regole poste direttamente dalla Costituzione con norme precettive»[26]; la Consulta, al fine di consentire alle autorità giudiziarie l'accesso ai dati esteriori, ritenne applicabile l'art. 256 c.p.p., in tema di acquisizione di documenti coperti dal segreto professionale, anche all'ente gestore del servizio pubblico della telefonia.

Tale interpretazione estensiva operata dal Giudice delle leggi sembrava porsi in contrasto con la riserva di legge espressamente prevista dall'art. 15 Cost., «non essendo legislativamente indicati né i casi né i modi dell'acquisizione»[27] del tabulato; veniva, infatti, osservato da autorevole dottrina che all'applicazione dell'art. 256 c.p.p. ostavano le caratteristiche del tabulato che impedivano di poterlo considerare alla stregua di un documento, e come tale suscettibile di sequestro ai sensi della norma in questione. Rimanendo inattuata la riserva di legge il tabulato acquisito avrebbe dovuto considerarsi «come prova "incostituzionale" giacché viola un diritto costituzionalmente garantito, e perciò destinata ad essere inutilizzabile a carico dell'imputato»[28].

Oggi la norma di riferimento in materia è l'art. 132 del *Codice della privacy* in cui è prevista la conservazione dei dati di traffico telefonico per ventiquattro mesi, mentre tale periodo è ridotto a dodici mesi nel caso in cui trattasi di traffico telematico e a trenta giorni per i dati relativi alle chiamate senza risposta. Il legislatore del 2017 – con la novella di cui all'art. 24, l. 20 novembre 2017, n. 167 – ha, però, esteso a settantadue mesi il termine di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a), c.p.p., in ragione della loro "maggiore gravità". Questa disciplina differenziata – che si traduce in un quadruplice binario a seconda del tipo di dato e del tipo di reato – porta alla conseguenza che il fornitore di servizi custodirà in ogni caso tutti i dati di traffico per il termine massimo di settantadue mesi considerato che non può «prevedere le richieste che gli perverranno in futuro»[29].

L'art. 132 del *Codice della privacy*, oltre a regolamentare la conservazione dei dati esteriori, disciplina, al terzo comma, le condizioni procedurali per l'accesso a tali dati che, come è stato più volte anticipato, avviene a mezzo di decreto motivato del pubblico ministero, senza che tale accesso sia circoscritto a talune ipotesi di reati gravi e senza che vi sia alcuna autorizzazione da parte di un'autorità terza. L'autorizzazione in questione non è, però, del tutto estranea alla legislazione italiana; seppur con vita breve, la l. 26 febbraio 2004, n. 45 aveva previsto, nella versione antevigente dell'art. 132, il previo controllo di un giudice per l'accesso ai dati esteriori, controllo eliminato dalla

[25] … che verificherà che tali regole «siano rispettose della riserva assoluta di legge e di giurisdizione e siano volte alla tutela di un altro diritto o al perseguimento di un altro interesse costituzionalmente rilevante, in ossequio ai principi di idoneità, necessità e proporzionalità»: così sent. n. 20/2017 della Corte costituzionale, punto 3.3.

[26] Cfr. D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, comma 1, della Costituzione*, cit., 2748.

[27] Cfr. L. FILIPPI, *Il* revirement *delle Sezioni unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*, in *Cass. pen.*, 12/2000, 3250.

[28] *Ibidem*.

[29] Ad evidenziarlo è L. FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.e.*, cit., 11.

l. 31 luglio 2005, n. 155 ma riproposto, senza fortuna, con il disegno di legge c. 1415, presentato dal Ministro della giustizia Alfano alla Camera dei deputati il 30 giugno 2008[30].

Prima dell'entrata in vigore del *Codice della privacy*, il meccanismo di accesso integralmente affidato al p.m. era stato sottoposto allo scrutinio di costituzionalità, risultando compatibile con «il "livello minimo di garanzie" enunciato dalla sentenza n. 81 del 1993 (requisito soggettivo della autorizzazione della autorità giudiziaria e oggettivo della sussistenza di una adeguata motivazione del provvedimento)»[31]. Pochi giorni prima del deposito delle motivazioni dell'appena citata sentenza n. 281/1998 da parte della Consulta, le Sezioni Unite penali[32], con la famosa sentenza *Gallieri*, pervenivano ad un approdo diametralmente opposto, suscitando le perplessità di parte della dottrina[33]; la Suprema Corte, attraverso una soluzione interpretativa «quanto meno ardita»[34], ritenne applicabile ai tabulati la disciplina prevista per le intercettazioni dagli artt. 266 e ss. c.p.p., subordinandone così l'accesso all'autorizzazione del g.i.p.

L'intervento immediatamente successivo, di soli quattro giorni, da parte della Corte costituzionale ridusse inevitabilmente la «capacità persuasiva delle argomentazioni»[35] della sentenza *Gallieri*, generandosi un immediato contrasto nella giurisprudenza di merito, che imponeva una nuova pronuncia a Sezioni Unite. Con la sentenza *D'Amuri*[36], seguita subito dopo dalla sentenza *Tammaro*[37], il giudice della nomofilachia si allineava all'orientamento giurisprudenziale antecedente[38], ritenendo sufficiente il decreto motivato del p.m. ai fini dell'acquisizione del tabulato.

L'entrata in vigore del *Codice della privacy* ed una sostanziale uniformità interpretativa in seno alla giurisprudenza, sembravano aver sopito l'interesse sulla materia, che, però, aveva nuovamente modo di ravvivarsi in seguito ai ripetuti interventi della Corte di Lussemburgo, la quale, a sua volta, trovava conforto in una sensibile giurisprudenza della Corte di Strasburgo[39]. Il giudice dell'Unione rendeva, infatti, nuovamente attuale il dibattito sulla *data retention* a partire dalla storica sentenza *Digital Rights*[40], con la quale veniva invalidata la direttiva 2006/24/CE, regolatrice di tale materia,

---

[30] Critiche sono piovute da parte della dottrina in merito alla presentazione del disegno di legge Alfano, colpevole di «determinare un irragionevole appesantimento dello strumento dei tabulati»: così M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2016, 185.

[31] Cfr. sent. n. 281 del 1998 della Corte costituzionale, punto 3.

[32] Cass. pen., sez. unite, 13 luglio 1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, 465 ss.

[33] Ed in particolare di G. MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni unite*, in *Cass. pen*., 10/2000, 2602.

[34] Così R. BRICCHETTI, *Estesa la disciplina delle intercettazioni, mentre la giurisprudenza si scopre divisa*, in *Guida dir.*, 48/1998, 68. Posizioni critiche anche da M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico*, cit., 162 che definì «notevolmente creativa» la soluzione della Cassazione.

[35] A rilevarlo è G. MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni unite*, cit., 2602.

[36] Cass. pen., sez. unite, 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, 2598 ss.

[37] Cass. pen., sez. unite, 30 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3266 ss.

[38] Frutto di «una lunga e meditata elaborazione» e le cui posizioni venivano definite «affidabili» da G. MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni unite*, cit., 2608.

[39] … sebbene il diritto alla protezione dei dati personali non trovi un riconoscimento espresso nel sistema CEDU, il giudice convenzionale ha garantito ugualmente copertura a tale diritto estendendo la portata dell'art. 8, comma 2, CEDU, che tutela esclusivamente il diritto alla vita privata e familiare. La materia della *data retention* ha interessato la Corte di Strasburgo sin dalla sent. Corte EDU, 6 settembre 1978, Klass e a. c. Germania; la Corte veniva adita da cinque avvocati tedeschi i quali lamentavano che la normativa della Germania consentiva all'autorità giudiziaria di monitorare «their correspondence and telephone communications without obliging the authorities to inform them subsequently of the measures taken against them» (§ 26). I giudici escludevano la violazione dell'art. 8 CEDU in quanto la normativa tedesca«was justified to consider the interference resulting from that legislation with the exercise of the right guaranteed by Article 8 para. 1 (art. 8-1) as being necessary in a democratic society in the interests of national security and for the prevention of disorder or crime (Article 8 para. 2) (art. 8-2)» (§ 60). La Corte EDU si è mostrata maggiormente sensibile ai diritti tutelati dall'art. 8 a seguito dell'«erompere del fattore tecnologico, e di Internet in particolare […] (da ciò derivandone) un approccio spesso incline a rafforzare la dimensione della riservatezza e la protezione dei dati personali nel confronto con altri diritti» (cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, *Commento all'art. 8 della Carta di Nizza*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 136 ss.).

[40] Corte di giustizia, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e a.*, C-293/12.

per violazione del principio di proporzionalità nel bilanciamento tra protezione dei dati ed esigenze di pubblica sicurezza[41].

4. *Il giudizio di proporzionalità sul canone di … proporzionalità.*

L'accesso e la conservazione dei dati di traffico e di ubicazione è oggi regolato, a livello sovranazionale, dalla direttiva 2002/58/CE, divenuta applicabile a seguito della declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/CE ad opera della citata sentenza *Digital Rights*[42]; tale normativa va necessariamente letta alla luce di quella che viene definita da parte della dottrina come la Costituzione europea[43]. La Carta di Nizza-Strasburgo, infatti, offre una copertura "(tipicamente) costituzionale"[44] alla *data retention* a mezzo degli artt. 7 e 8 che tutelano il diritto fondamentale alla riservatezza delle comunicazioni ed alla protezione dei dati personali, e dell'art. 11 in merito alla libertà di espressione.

La materia in questione è, senza alcun dubbio, «uno dei terreni di più delicato bilanciamento tra diritti fondamentali e uso dei mezzi tecnologici a fini repressivi»[45], ed è proprio al fine di assicurare un livello equivalente di tutela di tali diritti che il legislatore europeo, con la direttiva 2002/58/CE, si è posto l'obiettivo di armonizzare le disposizioni nazionali. Sono le regole relative alla riservatezza delle comunicazioni (art. 5) ed agli obblighi per la conservazione dei dati di traffico (art. 6) e di ubicazione (art. 9) ad essere poste costantemente sotto *stress*; l'art. 15 di tale direttiva, infatti, consente agli Stati membri di adottare disposizioni legislative limitative dei diritti e degli obblighi sanciti dagli articoli in questione.

La deroga, però, non è in bianco. Al fine di evitare l'eccessiva discrezionalità dell'autorità competente nell'accedere ai tabulati, a livello europeo, la giurisprudenza è costante nel ritenere che la normativa regolatrice debba essere puntuale e dettagliata.

Devono essere previsti, infatti, dei criteri oggettivi che permettano di «delimitare l'accesso ai dati e il loro uso ulteriore»[46] a fini di prevenzione o accertamento di reati: una normativa che non contiene

---

[41] In particolare, la Corte di giustizia riteneva che la direttiva n. 2006/24 comportasse un'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza di vasta portata e di particolare gravità nell'ordinamento giuridico dell'Unione, senza che siffatta ingerenza sia regolamentata con precisione da disposizioni che permettano di garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario. Un regime di intercettazione di massa dei flussi di comunicazioni elettroniche è stato invece, di recente, ritenuto di per sé non incompatibile con la CEDU dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: «a bulk interception regime did not in and of itself violate the Convention» (Corte EDU, 25 maggio 2021, Grande Camera, Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom).

[42] La direttiva 2002/58/CE era stata, infatti, modificata dalla direttiva 2006/24/CE con la quale era stato introdotto per gli Stati membri «un obbligo di raccolta e conservazione dei dati di traffico e di ubicazione, che si inserisce nel quadro delle restrizioni al diritto alla protezione dei dati personali previste dagli artt. 13, par. 1, della direttiva 95/46 e 15, par. 1, della direttiva 2002/58»: a ricordarlo è R. FLOR, *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2/2014, 181. La direttiva 2002/58/CE tornava, quindi, "in vita" a seguito della invalidazione della direttiva 2006/24/CE.

[43] Nonostante l'argomento meriterebbe ben altra sede si limita unicamente a rilevare che chi scrive aderisce all'orientamento di autorevole dottrina la quale che pur riconoscendo il carattere dirompente del Trattato di Lisbona, ritiene non completo il processo costituente europeo difettandone alcuni elementi essenziali: potrebbe più correttamente parlarsi quindi di una *costituzionalizzazione in progress* (così come sostenuto anche da A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale, Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, III, Genova, Consulta OnLine, 2020, 321

[44] Il riferimento è chiaramente alla sent. n. 269/2017 della Corte costituzionale; il contenuto della Carta di Nizza veniva definito al punto 5.2 di tale pronuncia come «di impronta tipicamente costituzionale» in ragione del fatto che «i principi e i diritti enunciati nella Carta [di Nizza] intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)».

[45] Espressione di I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di* data retention, cit., 183.

[46] Punto 60 della sent. *Digital Rights*.

le «condizioni sostanziali e procedurali»[47] dell'accesso viola il canone di proporzionalità. Tale canone, dunque, informa non soltanto la normativa italiana ma anche quella di derivazione eurounitaria. Anzi, alla luce del primato del diritto dell'Unione, è proprio la disciplina europea a costituire condizione di validità di quella interna; secondo un meccanismo "a cascata", il giudizio di proporzionalità compiuto in astratto dal legislatore europeo, vincola il successivo giudizio di quello nazionale, il quale sarà tenuto al rispetto dei criteri dal primo stabiliti.

Il giudizio di proporzionalità in astratto compiuto dal legislatore europeo prevede l'applicazione del canone … di proporzionalità quale condizione per gli Stati membri per limitare i diritti tutelati dalla direttiva 2002/58/CE; la restrizione, infatti, deve costituire una misura «necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica»[48].

La *ratio* di tale articolo è evidente: riecheggia chiaramente l'influenza dell'art. 52 della Carta di Nizza, e non potrebbe essere altrimenti. Il canone di proporzionalità è ormai strutturale nella giurisprudenza europea della Corte di Lussemburgo – così come in quella di Strasburgo[49] – costituendo l'impalcatura principale del sistema multilivello, o per meglio dire interlivello[50], dei diritti. L'intersecazione tra le Carte dei diritti e le Costituzioni è così fitta che la complessa opera di bilanciamento tra i valori non può che essere guidata dall'applicazione di tale canone-guida, che ha trovato, a livello eurounitario, un'espressa formalizzazione nella disposizione normativa in questione. L'esercizio dei diritti e delle libertà tutelati dalla Carta possono, quindi, essere limitati, con legge, soltanto quando sia necessario e ciò risponda «effettivamente a obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»[51].

5. *L'interpretazione del canone di proporzionalità.*

Nonostante la sottovalutazione italiana, la Corte di giustizia ha da sempre "preso sul serio" la questione, probabilmente perché dotata di una maggiore sensibilità sul tema della *privacy* e della conservazione e del trattamento dei dati personali, tipicamente di impronta eurounitaria. La *data retention* determina un'ingerenza di vasta portata nei diritti fondamentali – sanciti agli articoli 7, 8 e 11 della Carta – che, alla luce della giurisprudenza di Lussemburgo, «deve essere considerata particolarmente grave»[52]; i dati esteriori di traffico e di ubicazione, presi nel loro complesso, infatti, «possono permettere di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini quotidiane, i luoghi di soggiorno permanente o

[47] Punto 61 della sent. *Digital Rights*, ripreso dal punto 118 della sent. *Tele2*, dal punto 176 della sent. Corte di giustizia, 6 ottobre 2020, *Le Quadrature du Net e a*., C-511/18, C-512/18 e C-520/18 e da ultimo anche dal punto 49 della sent. *H.K.*

[48] Art. 15, par. 1, direttiva 2002/58/CE; il considerando n. 11 di tale direttiva specifica ulteriormente che tale misura deve essere strettamente proporzionata allo scopo perseguito «conformemente alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

[49] Il necessario rispetto del canone di proporzionalità è stato recentemente ribadito dalla Corte EDU nella sent. *Big Brother*: il giudice di Strasburgo ha, infatti, ritenuto che un regime di intercettazione di massa dei flussi di comunicazioni elettroniche non sia di per sé incompatibile con la CEDU, ma che «however, such a regime had to be subject to "end-to-end safeguards", meaning that, at the domestic level, an assessment should be made at each stage of the process of the necessity and proportionality of the measures being taken» (§ 350). Tale principio è stato affermato, il medesimo giorno (entrambe le pronunce sono state depositate in data 25 maggio 2021) anche nella sent. Corte EDU, 25 maggio 2021, Grande Camera, Case of Centrum för Rättvisa v. Sweden, al punto 264

[50] «Attraverso la locuzione "costituzionalismo interlivello" si intende porre l'accento […] sulla fitta rete di relazioni che valgono non soltanto a connettere, ma anche – ed ancor di più – a connotare ed a qualificare appunto le molteplici identità costituzionali compresenti nello spazio costituzionale europeo»: così L. D'ANDREA, *A mò di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA, *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 307.

[51] Così art. 52, par. 1, della Carta di Nizza.

[52] Punto 37 della sent. *Digital Rights*, ripreso dal punto 100 della sent. *Tele2*.

temporaneo, gli spostamenti giornalieri e non, le attività svolte, le relazioni sociali di queste persone e gli ambienti sociali da esse frequentati»[53].

I giudici del Kirchberg hanno dato alla conservazione e all'accesso dei dati esteriori la dignità che tale materia merita, fuggendo dallo sterile raffronto "qualitativo" con la disciplina delle intercettazioni del contenuto telefonico. La *data retention* è dotata, a livello europeo, di un'indipendenza e di un'autonomia strutturale, impensabili per la giurisprudenza interna; sin dalla sentenza *Digital Rights*, è stato, infatti, costantemente affermato che gli Stati membri non possono adottare misure legislative che prevedano «la conservazione generalizzata e indifferenziata»[54] dei dati relativi al traffico ed all'ubicazione.

Ma è sotto il profilo dell'accesso a tali dati che la Corte di giustizia ha mostrato l'approccio più innovativo; la gravità dell'ingerenza cagionata dalla *data retention* ha, infatti, spinto la Corte a circoscrivere l'accesso ai dati di traffico e di ubicazione unicamente alla «lotta contro la criminalità grave»[55]. Tale principio, affermato a partire dalla sentenza Tele 2, ma già *in nuce* nella sentenza *Digital Rights* –, sembrava essere stato messo in discussione con la sentenza *Ministerio Fiscal*[56] in cui i giudici di Lussemburgo avevano riformulato il criterio della gravità dei reati ritenendo compatibile la conservazione e l'accesso ai dati esterni «anche per reati "comuni", a patto che, però, in tal caso l'autorità utilizzi le informazioni nei confronti dei singoli solo per compiere ingerenze non "gravi" nella sfera di riservatezza del singolo»[57]. Con la pronuncia *Le Quadrature du Net*[58] la Corte compiva un vigoroso *revirement*, riaffermando con decisione la limitazione dell'accesso unicamente per la lotta ai *serious crimes*.

Ulteriore pilastro su cui è fondata la giurisprudenza europea in tema di *data retention* è costituito dalla costante affermazione «che l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati sia subordinato, in linea di principio, salvo casi di urgenza debitamente giustificati, ad un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente»[59]. Tale principio, elaborato sin dalla sentenza *Digital Rights*, ed affermato anche a livello convenzionale dalla Corte di Strasburgo[60], risponde all'esigenza di garantire il rispetto in concreto delle condizioni elaborate in astratto dal legislatore.

6. *Alla ricerca dell'interpretazione più ardita: la giurisprudenza italiana sulla* data retention.

Nonostante le molteplici pronunce della Corte di giustizia abbiano messo in crisi gli approdi consolidati della giurisprudenza interna, la Corte di cassazione ha continuato ad affermare la piena compatibilità tra la normativa italiana ed il diritto europeo in tema di *data retention*, attraverso soluzioni interpretative che dimostrano «la scarsa volontà di prendere "sul serio" la questione»[61].

Il giudice della nomofilachia giungeva a tali conclusioni, osservando preliminarmente che le pronunce europee, *Digital Rights* e *Tele2*, «hanno riguardato Stati privi di una regolamentazione

---

[53] Punto 26 della sent. *Digital Rights*, ripreso dal punto 99 della sent. *Tele2*, dal punto 117 della sent. *Le Quadrature du Net* e da ultimo anche dal punto 36 della sent. *H.K.*

[54] Punto 103 sent. *Tele2* che riprende i principi espressi dalla sent. *Digital Rights*.

[55] Punto 102 sent. *Tele2*

[56] Corte di giustizia, 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16.

[57] Ad evidenziarlo è L. LUPARIA, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 760.

[58] Punti 140 e 146 sent. *Le Quadrature du Net*.

[59] Punto 120 sent. *Tele 2* che richiama l'orientamento espresso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sent. Corte EDU, 12 gennaio 2016, sez. IV, Szabó e Vissy c. Ungheria. In tale pronuncia i giudici di Strasburgo evidenziarono come, nel caso di limitazioni del diritto alla riservatezza dell'individuo di cui all'art. 8 CEDU, «judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure» (§ 77).

[60] … che lo ha recentemente ribadito nella sent. *Big Brother* al punto 336.

[61] Cfr. L. LUPARIA, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 764.

dell'accesso e della conservazione dei dati»[62], a differenza dello Stato italiano, dotato di una specifica normativa. Tuttavia, come fatto notare da attenta dottrina[63], una veloce lettura, sia della sentenza *Digital Rights*[64] che della sentenza *Tele2*[65], smentisce sotto il profilo fattuale l'asserzione della Suprema Corte, considerato che i Paesi oggetto delle pronunce in questione erano dotati di una disciplina in materia di accesso e conservazione dei dati. Ma anche nell'ipotesi in cui tali Stati fossero stati privi di una apposita normativa, l'argomentazione della Cassazione risulterebbe affetta da «un profondo (e, in qualche misura, preoccupante) vizio metodologico»[66]: la Corte di Lussemburgo non ha, infatti, dichiarato la compatibilità o meno di un singolo ordinamento, ma ha chiarito la normativa europea in materia, con portata generale per tutti gli Stati membri.

Non è questo, però, il profilo più critico. È sull'interpretazione dell'autorità competente ad accedere a tali dati che la Corte dimostra tutta la sua fantasia argomentativa, ritenendo che il termine "giudice" possa essere esteso sino al concetto di "autorità giudiziaria". La Cassazione perveniva a tale interpretazione estensiva, sostenendo che la traduzione in italiano delle sentenze europee *Digital Rights* e *Tele2* «non è del tutto fedele»[67] al testo originale: nelle traduzioni in francese ed inglese venivano utilizzati, rispettivamente, i termini *juridiction* e *Court*, che sarebbero riferibili alla magistratura nel suo complesso, composta sia da giudici che da pubblici ministeri. Appigliandosi a tale presunto «errore linguistico»[68], la Corte di cassazione ha ritenuto perfettamente compatibile con la normativa europea che il pubblico ministero possa autorizzare l'accesso ai dati esteriori, considerato che il concetto di "autorità giudiziaria", cui farebbe riferimento la Corte di giustizia nelle sue pronunce, pacificamente ricomprende anche la figura della pubblica accusa. Anche sotto tale profilo la Suprema Corte è incorsa in un imperdonabile errore, considerato che, come rilevato da attenta dottrina, i termini *juridiction* e *Court* sono riferibili, nei rispettivi ordinamenti, ad organi posti «in posizione di terzietà rispetto alle parti»[69], non ricomprendendo certamente il ruolo della magistratura inquirente.

La *querelle* sui requisiti propri dell'autorità competente ad autorizzare l'accesso ai dati esteriori è stata definitivamente risolta dalla sentenza in commento. La Corte di giustizia, con estrema chiarezza, ha, infatti, precisato che tale autorità debba possedere «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»[70]. Il giudice europeo non si è limitato a tale affermazione, ma si è spinto oltre: è stata, infatti, sancita la radicale incompatibilità a rivestire il ruolo di autorità competente all'accesso per un pubblico ministero, come quello estone ed italiano, che abbia il compito «di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento»[71] a nulla rilevando la circostanza che questi debba verificare non solo gli elementi a carico ma anche quelli a discarico dell'indagato.

Ma i profili di contrasto tra la normativa interna e quella europea concernono anche l'aspetto della "gravità dei reati". Gli approdi ermeneutici cui era giunta la Corte di giustizia avrebbero imposto, infatti, di ritenere contrastante con l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE una normativa nazionale, come

---

[62] Cass. pen., sez. V, 24 aprile 2018 n. 33851.

[63] Ed in particolare da L. LUPARIA, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 762; I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di* data retention, cit., 185.

[64] Si vedano i punti 17 e 19. in cui vengono descritte le discipline dell'Irlanda e dell'Austria.

[65] Si vedano i punti 15 e ss. in cui vengono descritte le discipline della Svezia e del Regno Unito.

[66] Cfr. L. LUPARIA, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 762.

[67] Cass. pen., sent. n. 36380/2019, cit. che ribadisce i principi espressi dalla sent. n. 33851/2018 Corte Cass.

[68] Così lo definisce L. LUPARIA, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 762.

[69] A rilevarlo è I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di* data retention, cit., 192.

[70] Punto 54 sent. H.K che riprende i principi espressi dal punto 62 sent. *Digital Rights* e dal punto 120 della sent. *Tele2*.

[71] Punto 59 sent. *H.K.*

quella italiana, la quale consente che l'accesso delle autorità pubbliche ai dati esteriori non sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro forme gravi di criminalità. La Suprema Corte, nell'affrontare di recente tale motivo di ricorso, con la sentenza n. 5741/2020[72], decideva di vagliare la disciplina italiana in materia attraverso un giudizio di proporzionalità in concreto, ritenendo la questione infondata poiché nel caso oggetto del suo esame si procedeva «per gravi fatti di reato e rispetto alla necessità di accertamento di tali particolari ipotesi di delitto»[73].

La costante giurisprudenza del giudice di Lussemburgo avrebbe imposto, però, l'applicazione del canone di proporzionalità in astratto, non rimesso alla discrezionalità caso per caso; tale principio viene ribadito con forza dalla pronuncia in questa sede commentata, in cui viene precisato che soltanto la lotta contro la criminalità grave, e non anche quella contro la criminalità in generale, è idonea a giustificare l'accesso ai dati esteriori, a nulla rilevando la quantità dei dati o la durata del periodo per il quale tale accesso è stato richiesto. Il richiamo ad un quantitativo limitato di dati o l'accesso per un breve periodo era, ed è, ricorrente nella giurisprudenza dei vari Stati membri – ivi compresa quella italiana – per salvare dalla scure della illegittimità le normative interne che consentivano l'accesso a tali dati anche per la lotta alla criminalità in generale; come è stato fatto attentamente notare dai giudici di Lussemburgo, però, questi profili possono essere valutati «solo dopo la consultazione dei dati suddetti»[74], mentre l'autorizzazione dell'autorità competente all'accesso interviene – o meglio dovrebbe intervenire – necessariamente prima.

Dalla lettura dell'ultimo arresto della Corte di giustizia emerge «con la giusta enfasi la distanza che intercorre tra il dover essere e l'essere: il bisogno di un ripristino dei capisaldi che dovrebbero essere comuni a qualsiasi Stato di diritto»[75]; difficilmente l'ordinamento italiano potrà non essere travolto di fronte a questa "ventata di ragionevolezza" che spira da Lussemburgo, non potendo il giudice interno più ignorare la portata della giurisprudenza europea.

7. *Gli effetti della sentenza sull'ordinamento italiano ovvero la cronaca di una confusione annunciata nell'attesa di un intervento del legislatore.*

Lo strumento del rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, rappresenta «una sorta di "cerniera" tra i due livelli, eurounitario e nazionale»[76] al fine di garantire che questi possano reciprocamente interagire tra loro; è unicamente attraverso l'utilizzo del meccanismo in questione che «può raggiungersi una compiuta integrazione tra gli ordinamenti»[77], da realizzarsi mediante il dialogo costante ed attivo degli interpreti. La sentenza interpretativa resa in via pregiudiziale dovrebbe vincolare unicamente il giudice richiedente, ma è ormai pacifico che la portata di tale decisione si estenda ugualmente – come per la sentenza in questione – nei confronti degli altri giudici nazionali ai quali venga sottoposta la medesima questione, ivi compreso quello italiano. Resta da capire se tale pronuncia possa produrre direttamente effetti nell'ordinamento interno.

Invero la normativa in questione, la direttiva 2002/58/CE, non è una fonte direttamente applicabile da parte del giudice nazionale, secondo il meccanismo del "sindacato diffuso di eurounitarietà" elaborato a partire dalla storica sentenza *Granital*; come è stato, infatti, evidenziato dalla Corte Costituzionale, il carattere autoapplicativo delle direttive è ammesso unicamente qualora dalle stesse

---

[72] Cass. pen., sez. II, 13 febbraio 2020 n. 5741.

[73] … e segnatamente per «associazione a delinquere finalizzata alla consumazione di reati contro il patrimonio, nonché per molteplici episodi di furti aggravati ed anche rapina»: così Cass. Pen. sent. n. 5741/2020.

[74] Punto 40 sent. *H.K.*

[75] Così E.N. LA ROCCA, *A margine di una recente sentenza della Corte di giustizia Ue (C-748/18): riflessi sinistri sulla disciplina delle intercettazioni in Italia*, cit., 3.

[76] Cfr. P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2019, 370.

[77] Sia consentito il rinvio al mio F. TORRE, Taricco iactum est *ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituente europeo*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 21.

«derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente»[78]. L'unica via che, a primo acchito, sembra praticabile sarebbe, quindi, quella offerta dal giudizio di costituzionalità della legge interna, l'art. 132 del *Codice della privacy*, il cui esito dovrebbe essere rappresentato della dichiarazione di incostituzionalità della fonte statale in contrasto con l'art. 15 di tale direttiva, per la violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

La giurisprudenza costituzionale, però, a partire dalla storica sentenza n. 113/1985[79], ha esteso alle pronunzie interpretative della Corte di giustizia gli effetti propri delle «fonti del diritto suscettibili di immediata applicazione»[80], dovendo il giudice immediatamente disapplicare la normativa interna in conflitto con le statuizioni del giudice europeo. Ad essere più precisi, però, il meccanismo della disapplicazione si attua, non direttamente in favore del provvedimento reso dalla Corte di giustizia, bensì nei confronti delle norme eurounitarie, così come interpretate dal giudice europeo. La sentenza interpretativa del giudice di Lussemburgo non funge, quindi, da vero e proprio parametro di legittimità del giudizio, ma chiarisce la portata delle fonti europee, anche non direttamente applicabili, dotandole in tal caso di autoapplicatività. La direttiva, i cui principi vengono tradotti in puntuali e precisi criteri per mezzo dell'opera interpretativa del giudice europeo, diventerebbe così *self executing* e può avere immediata applicazione nell'ordinamento interno, senza dover necessariamente passare dalla via del giudizio di costituzionalità.

La «chiarezza delle indicazioni della Corte» di Giustizia, nella sentenza in commento, ha spinto il g.i.p. di Roma[81] a ritenere tale pronunzia direttamente applicabile nell'ordinamento italiano con effetti vincolanti *erga omnes*; il giudice romano, dopo aver dato adeguatamente conto della giurisprudenza costituzionale sul punto, ha deciso, con un decreto di «portata indubbiamente creativa»[82], di rilevare il sopravvenuto contrasto tra l'art. 132 del *Codice della privacy* e l'art. 15 della direttiva n. 2002/58/CE «così (come) interpretata dal Giudice europeo». In particolare, veniva rilevata l'incompatibilità della procedura di acquisizione dei dati esteriori di traffico e di ubicazione prevista dal terzo comma dell'art. 132 del Codice del Privacy: il «"monopolio a disporre l'acquisizione dei dati"»[83] attribuito al p.m. non è conforme al dettato del legislatore europeo. Come affermato dalla Corte di Lussemburgo, nell'ordinamento italiano, il procuratore ha «il compito (…) non già di dirimere con assoluta indipendenza una controversia, ma di sottoporla eventualmente, in quanto parte che esercita l'azione penale nel processo, al giudizio dell'organo giurisdizionale competente»[84]; la sentenza H.K. richiede invece con estrema chiarezza che l'autorità competente ad autorizzare l'accesso a tali dati «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»[85]. È il profilo della «neutralità nei confronti delle parti nel procedimento penale», sancito dalla pronunzia della Corte di giustizia, ad essere adeguatamente valorizzato dal Tribunale di Roma, superando così i precedenti arresti della giurisprudenza di legittimità in cui veniva affermata la compatibilità della normativa interna in ragione della natura di autorità giudiziaria del pubblico ministero.

---

[78] Sent. n. 28 del 2010 della Corte costituzionale, punto 5, sulla quale si segnala il commento, per tutti di R. CONTI, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, in *Federalismi.it*, 19 maggio 2010.

[79] Sent. n. 113 del 1985 della Corte costituzionale. Tale principio è stato poi ribadito dalla sent. n. 168 del 1991 della Corte costituzionale che lo ha ritenuto coerente con «il complessivo mosaico della "diretta applicabilità" della normativa comunitaria».

[80] Cfr. P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, cit., 316.

[81] Trib Roma, Sez. G.i.p.-G.u.p., decreto 25 aprile 2021.

[82] Così J. DALLA 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*, in *Sistema Penale*, 29 aprile 2021, 3.

[83] Ad evidenziarlo è L. FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.e.*, cit., 14.

[84] Corte di giustizia, 12 dicembre 1996, *X*, C-74/95 e C-129/95, punto 19: a ricordarlo è l'avvocato generale Pitruzzella nelle sue conclusioni presentate per la causa sent. *H.K.* il 21 gennaio 2020.

[85] Punto 54 sent. *H.K.*

Le inequivoche argomentazioni del giudice di Lussemburgo spingevano il g.i.p. – nel pronunziarsi in seguito ad una "irrituale" richiesta del pubblico ministero di accesso a dati relativi a traffico telefonico – ad autorizzare il p.m., mediante il rinvio in via analogica agli artt. 266 e ss. c.p.p. che disciplinano la materia delle intercettazioni. Nonostante tale decreto sia connotato da indubbi di profili di innovatività, non sono pochi gli aspetti critici che occorre evidenziare.

Va, sin da subito, evidenziato come l'estensione ai tabulati della disciplina prevista per le intercettazioni fosse stata espressamente sconfessata dalla Consulta, con la citata sentenza n. 81/1993, in quanto nella normativa in questione venivano descritte «operazioni e modalità di azione in grado di assumere un qualche significato normativo soltanto ove siano poste in relazione con l'apprensione e l'acquisizione del contenuto di comunicazioni». La Consulta ha, in ogni caso, precisato come le scelte in tema di acquisizione dei tabulati siano riservate alla discrezionalità del legislatore, considerato che anche ove si prevedesse che il giudice possa autorizzare tale acquisizione, «spetterebbe comunque al legislatore l'individuazione dei parametri di giudizio del relativo decreto»[86].

Il provvedimento del Tribunale di Roma sembrerebbe, quindi, affetto da un evidente vizio metodologico, ma l'applicazione della normativa in tema di intercettazione pone un ulteriore rilievo critico. Il catalogo di reati dettato dagli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p. non sembra, infatti, rispettare i requisiti di "gravità" richiesti dalla giurisprudenza europea; tali norme consentono, infatti, l'intercettazione anche per reati non certamente classificabili come gravi – quali ad esempio l'ingiuria, la minaccia, la molestia o disturbo alle persone per mezzo del telefono – ma che il giudice romano ritiene applicabili anche in tema di tabulati, considerata «la ben più invasiva attività di intercettazione».

A ben vedere una classificazione fondata sulla "maggiore gravità" dei reati in tema di *data retention* è presente nel nostro ordinamento[87]: ci si riferisce a quell'art. 24, l. n. 167/2017 con il quale è stato esteso a settantadue mesi il termine di conservazione dei dati esteriori per le finalità di accertamento e repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a), c.p.p. Sebbene l'interpretazione in via analogica sembra porsi in contrasto con il dettato del giudice costituzionale, l'applicazione dei reati "gravi", per i quali è prevista l'estensione a settantadue mesi in tema di conservazione dei dati, apparirebbe essere maggiormente confacente all'orientamento espresso dalla Corte di giustizia. Da tale considerazione discendono delle ricadute *a contrario* anche in tema di intercettazioni[88]; tenuto conto che l'acquisizione del dato esteriore dovrebbe generare, secondo la giurisprudenza prevalente, una compromissione inferiore rispetto a quella relativa all'apprensione del contenuto delle conversazioni, la disciplina dell'accesso ai dati esteriori, limitata unicamente al contrasto dei *serious crimes*, si pone in un difficile rapporto di compatibilità con quella in tema di intercettazioni, la quale prevede un catalogo di reati di minore gravità. Applicando il ragionamento a sfere concentriche – in cui il meno, i tabulati, è ricompreso nel più, le intercettazioni – proprio della dottrina e della giurisprudenza interna, si perviene all'esito della incompatibilità della disciplina delle intercettazioni generato "a cascata" dall'incompatibilità dell'art. 132 del *Codice della privacy*.

A ben vedere questo rapporto ombelicale tra tabulati e intercettazioni andrebbe reciso; sebbene il diritto da cui trovano copertura sia il medesimo – la libertà e la segretezza delle comunicazioni – la materia dei dati esteriori dovrebbe essere caratterizzata, a livello interno, da quella autonomia e indipendenza rinvenibili a livello europeo. Tale strumento di prova è, infatti, dotato di «multiformi potenzialità […], destinate ad accrescersi con il perfezionarsi della tecnologia»[89], non potendosi,

---

[86] Corte cost. sent. n. 281/1998, cit., punto 4.

[87] Come ricorda G. BATTARINO, *Cgue e dati relativi al traffico telefonico e telematico. Uno schema di lettura*, in *Questione Giustizia*, 21 aprile 2021, 5.

[88] Come sostenuto anche da E.N. LA ROCCA, *A margine di una recente sentenza della Corte di giustizia Ue (C-748/18): riflessi sinistri sulla disciplina delle intercettazioni in Italia*, cit., 2.

[89] Così la definisce L. FILIPPI, *Il* revirement *delle Sezioni unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*, cit., 3250.

quindi, aprioristicamente stabilire se lo stesso sia meno invasivo dell'apprensione del contenuto di una conversazione.

La teoria delle sfere concentriche è sedimentata nella giurisprudenza italiana, al punto che pure una pronunzia innovativa come quella del Tribunale di Roma ne è figlia; anche il Tribunale di Rieti[90], recentemente intervenuto in materia di *data retention* dopo la pronuncia della Corte di giustizia, dimostra di non discostarsi dall'impostazione tradizionale, ritenendo la compressione della riservatezza generata dai tabulati «assai inferiore» rispetto a quella delle intercettazioni.

Il giudice laziale, non convinto della diretta applicabilità della sentenza H.K., ha deciso di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo al fine di verificare, in particolare, se il ruolo del pubblico ministero italiano sia compatibile con l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE in sede di autorizzazione all'accesso ai dati esteriori di traffico e di ubicazione. Sebbene, astrattamente, l'intervento del giudice europeo potrebbe mettere la parola fine al dibattito interno, deve osservarsi come la pronunzia oggetto di questo commento chiarisca in maniera inequivocabile tutti i profili messi in dubbio dal Tribunale di Roma; in ogni caso vale la pena rammentare come la Corte Costituzionale escluda la necessarietà del rinvio pregiudiziale «quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per essere stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia»[91].

Ad essere pienamente convinto della compatibilità dell'art. 132 del *Codice della privacy* con la normativa europea è, invece, il Tribunale di Milano[92] che non attribuisce alla sentenza H.K. alcun profilo di novità. Dalla lettura della pronuncia del giudice milanese sembra compiersi un tuffo nel passato: vengono riproposti pedissequamente gli approdi giurisprudenziali – di cui si è dato precedentemente conto – che oggi, però, risultano essere del tutto inadeguati. Dopo aver precisato che il giudizio dinanzi ad esso pendente ha ad oggetto l'accertamento di un reato grave, il Tribunale osserva che, in ogni caso, l'ingerenza nella vita privata altrui sarebbe stata circoscritta dalla breve durata, circa 24 ore, del tracciamento del tabulato telefonico. Sotto il profilo dell'autorità competente in tema di accesso ai dati esteriori, tale giudice si limita a ritenere non comparabile la figura del pubblico ministero estone rispetto a quello italiano; è il requisito dell'indipendenza, e non della neutralità, ad essere valorizzato nella pronuncia in questione, in cui viene ribadito il costante orientamento giurisprudenziale che ritiene che le pronunzie europee abbiano inteso riferirsi al concetto di autorità giudiziaria, che ricomprende pacificamente anche il pubblico ministero.

Nonostante il giudice nazionale sia – o meglio dovrebbe essere – direttamente garante dell'applicazione della normativa europea, appare del tutto probabile che in tempi brevi si perverrà al giudizio della Corte costituzionale, chiamata a fare chiarezza a seguito delle molteplici soluzioni interpretative che verranno offerte dalla giurisprudenza di merito.

Provando ad ipotizzare una possibile pronunzia della Consulta, il terreno sembra fertile per addivenire ad una sentenza additiva di principio, con la quale non viene immessa «nell'ordinamento una concreta "regola" positiva […] ma si pone solo un "principio" generale sulla futura produzione legislativa»[93]. Escludendosi *a priori* l'intervento puramente demolitivo, sembra potersi esclude anche l'utilizzo dell'addizione pura, considerato che sulla materia in questione il Giudice delle leggi aveva, in passato[94], precisato come le scelte in tema di acquisizione dei tabulati fossero riservate alla discrezionalità del legislatore. Non è del tutto inconsistente ipotizzare, però, un possibile utilizzo del "rinvio a termine" al legislatore[95]; tale innovativa tecnica decisoria, inaugurata con l'ordinanza

[90] Tribunale di Rieti, sez. pen., 4 maggio 2021, ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia.

[91] Cfr. Corte cost. sent. n. 28/2010, cit., punto 6.

[92] Tribunale di Milano, sez. VII pen., 22 aprile 2021.

[93] Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 198.

[94] Ed in particolare in Corte cost. sent. n. 281/1998, cit.

[95] Tecnica decisoria che è stata definita di «incostituzionalità prospettata» dal Presidente della Corte costituzionale, Giorgio Lattanzi, nella *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, 21 marzo 2019. Di «incostituzionalità differita» parla C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2018; di «incostituzionalità sopravvenuta» invece P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. "Caso Cappato": cosa c'è, cosa non c'è (né poteva esserci) e a cosa potrebbe preludere*, in in *Forum di Quaderni*

Cappato[96], prevede la sospensione a tempo del giudizio dinnanzi alla Corte Costituzionale nell'attesa dell'intervento del legislatore, alla cui discrezionalità sarebbe riservata la regolamentazione della materia. Il rinvio al Parlamento non è in bianco, predeterminando la Corte l'esito cui la stessa perverrà scaduto il termine assegnato al Parlamento. Senza potersi dilungare sugli innumerevoli profili critici che presenta un meccanismo così delineato[97], non sembra del tutto peregrino affermare che la particolare rilevanza della questione potrebbe indurre il Giudice delle leggi a superare l'ostacolo della discrezionalità del legislatore attraverso l'utilizzo di tale tecnica decisoria.

Indipendentemente dal giudizio prognostico in merito a quale tipologia di decisione potrebbe adottare la Consulta, la questione che emerge con forza attiene agli effetti pratici che produrrebbe una dichiarazione di incompatibilità della normativa interna – sia da parte della Corte Costituzionale che da parte del giudice interno – per i tabulati già acquisiti in giudizio. Sebbene sulla sorte di tali dati risponderà certamente, in maniera più approfondita, la scienza processualpenalistica, sembra condividersi la tesi di attenta dottrina la quale, nel ricercare quali possano essere le conseguenze derivanti dalla incompatibilità dei dati esteriori rispetto alla normativa comunitaria, ritiene che «l'unica opzione che va energicamente esclusa a priori è quella dell'assenza di qualsiasi sanzione»[98] per i tabulati acquisiti. Appare, però, il caso di rammentare come la Consulta, proprio nel pronunziarsi in tema di *data retention*, abbia affermato che «non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino»[99].

Il principio di ragionevolezza e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, di cui è portatore il principio personalista, sono la bussola con la quale si è costantemente orientato il commento in questione: i fiumi di inchiostro che sono stati versati dalla giurisprudenza e dalla dottrina sono, infatti, tutti riducibili nella costante ricerca di soddisfare la «coppia assiologica fondamentale»[100] rappresentata dagli artt. 2 e 3 Cost.

Il compito di trovare il giusto equilibrio tra i valori che informano la *data retention* spetta, però, unicamente al legislatore, al cui giudizio di proporzionalità in astratto sono affidate le scelte in merito alla regolamentazione della materia. L'occasione offerta dalla pronuncia della Corte di giustizia non può essere ignorata.

Costituzionali, 12; a definirlo come lo «schema della doppia pronuncia» è A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020*, in questa *Rivista*, 2020/II, 406.

[96] Ord. n. 207 del 2008 della Corte costituzionale alla quale sono seguite altre due ordinanze di rinvio al legislatore e segnatamente nell'ord. n. 132/2020 e l'ord. n. 97/2021.

[97] Sul quale riflette in particolare A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 maggio 2019 evidenziando come «il limite del rispetto della discrezionalità del legislatore, in nome del quale il giudice si è determinato a far luogo alla chiamata in campo di quest'ultimo, non può più valere nel momento in cui le Camere dovessero venire meno alla sollecitazione loro rivolta».

[98] Cfr. S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, cit., 780.

[99] Corte cost. n. 81/1993, cit., punto 5; da tale principio, che era stato sancito per la prima volta con la sent. n. 34/1973, la dottrina aveva elaborato la nozione di «prova incostituzionale» ravvisabile nel caso di quegli atti la cui assunzione sia avvenuta in modo contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento. Nel caso in cui il giudice dovesse trovarsi in presenza di prove incostituzionali deve dichiararne la inutilizzabilità, radiandole dal materiale probatorio, o indiziario, utile per la sua decisione; la sanzione della inutilizzabilità, prevista dall'art. 191 c.p.p., infatti, non si applica solo nei confronti di prove oggettivamente vietate ma anche quelle «formate od acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione»: così Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen*., 1996, 3268. Sul tema in questione tra tutti si veda G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 506; A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove 'incostituzionali'*, in *Cass. pen.*, 1999, 1192; L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità 'assoluta' delle prove 'incostituzionali'*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 30.

[100] Formula particolarmente cara ad A. RUGGERI dallo stesso Autore utilizzata in innumerevoli occasioni tra le quali ad es. in A. RUGGERI, *Protocollo 16:* funere mersit acerbo?, in *Giustizia Insieme*, 22 ottobre 2020.