

## QUESITI

LUDOVICA TAVASSI

### Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità

La riforma della disciplina acquisitiva dei tabulati, imposta dalla giurisprudenza europea, presenta ancora notevoli zone d'ombra, soprattutto per quanto concerne il rispetto del principio di proporzionalità fra l'intervento statale e la tutela della *privacy*.

*Telephone records' acquisition, protection of privacy and respect for the principle of proportionality*

*The acquisitive discipline of telephone records' reform, imposed by European jurisprudence, still has significant grey areas, especially as regards the proportionality between State intervention and the protection of privacy.*

**SOMMARIO:** 1. Le novità introdotte dalla legge di conversione - 2. Il progressivo ampliamento del diritto alla *privacy* - 3. La nuova disciplina sull'acquisizione nel processo penale dei dati di traffico "esterno" telefonico e telematico - 4. Il ritorno alla giurisdizione e la riscoperta del significato costituzionale del requisito della terzietà - 5. La ritrovata disciplina transitoria.

1. *Le novità introdotte dalla legge di conversione.* La legge 23 novembre 2021, n. 178<sup>1</sup>, ha convertito con modificazioni il d.l. 30 settembre 2021, n. 132<sup>2</sup>, recante la disciplina sull'acquisizione dei dati di traffico "esterno" telefonico e telematico. Le modifiche apportate al testo originario del decreto-legge sono significative<sup>3</sup>, ma il prodotto finale rimane largamente insoddisfacente, soprattutto con riferimento al rispetto del principio di proporzionalità<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> La legge 23 novembre 2021, n. 179, è stata pubblicata in *Gazz. Uff.*, n. 284 del 29 novembre 2021.

<sup>2</sup> Il decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, recante *Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP*, è stato pubblicato in *Gazz. Uff.*, n. 234, del 30 settembre 2021, ed è entrato in vigore nello stesso giorno.

Fra i primi commenti, v. BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *Quest. giust.*, 2021, 1 ss.; FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento a "a caldo" del Prof. Filippi*, in *Penale. Dir. e proc.*, 2021, 1 ss.; MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132*, in *www.sistemapenale.it*, 2021, 1 ss.; PARODI, *Sottratto al p.m. il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, in *www.ilpenalista.it*, 2021, 1 ss.; RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive*, in *www.giurispudenzapenale.com*, 2021, n. 10, 1 ss.; SPANGHER, *Data retention: le questioni aperte*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021, 1 ss.

<sup>3</sup> Già a prima lettura, NATALINI, *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo n. 67 del 2 dicembre 2021*, in *www.cortedicassazione.it*, 2, ha rilevato come si tratti di «interpolazioni al testo originario circoscritte ma significative che sembrano intervenire *in toto* sui profili critici evidenziati da questo ufficio con riferimento ai presupposti applicativo ovvero alla loro inosservanza».

<sup>4</sup> Sul principio di proporzionalità e sulle sue ripercussioni nell'ambito processuale, cfr. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. a cura di Di Carlo, Bologna, 2012, 621 ss.; COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010, *passim*; DE NITTO, A

Nell'iter di conversione è stato introdotto un più preciso riferimento alla rilevanza delle acquisizioni rispetto all'accertamento dei fatti (e non ai soli fini delle indagini preliminari) (art. 1 comma 1); una generalizzata forma di inutilizzabilità per tutti i dati acquisiti in violazione della nuova normativa (art. 3-*quater*) e il regime transitorio della disciplina che era stato omesso nella decretazione d'urgenza (comma 1-*bis*)<sup>5</sup>.

L'inusuale pervasività delle modifiche parlamentari dimostra sia la rilevanza dei tabulati telefonici in materia di riservatezza, sia le difficoltà che incontra l'ordinamento nel trovare un punto di equilibrio fra le esigenze securitarie della collettività e la miglior tutela della privacy individuale<sup>6</sup>.

I tabulati telefonici offrono elementi di conoscenza eterogenei che trascendono il solo fatto storico dell'avvenuta comunicazione<sup>7</sup>. Con l'espressione "dati

---

*proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2017, 1035; FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino 2012; GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di Sandulli, Milano, 2010, 110 ss.; HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, Modena, 2015, 34 ss.; NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14 giugno 2017; SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 4643 ss.

Con particolare riguardo al processo penale, v., fra gli altri, BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, Padova, 2017, 116 ss.; CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trimestrale*, 3-4, 2014, 143 ss.; CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 2, 1575; KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018, 120; MARCHESE, *Principio di proporzionalità, diritti fondamentali e processo penale*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di Kostoris, Bologna, 2016, 381; NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2014, 11 ss.; ID., *Compressione dei diritti di libertà e principi di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, 3, 3 ss.; NICOLICCHIA, *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto: spunti per una trasposizione nell'ordinamento italiano*, in *questa Rivista*, 2017, n. 2, 4; UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, *ivi*, 2017, n. 2, 2.

<sup>5</sup> La materia è stata attinta da molti interventi legislativi, sui quali si rinvia, tra i molti, a RICCARDI, *Dati esteriori di comunicazioni e tabulati di traffico. Il bilanciamento tra privacy e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, n. 3, del 2016, 157 ss.

<sup>6</sup> Sul tema, fra i tanti, cfr. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2013, *passim*; LUPARIA, *Privacy, diritti della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 416 ss.; RODOTÀ, *Persona riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 590; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 317 ss.; SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2018, 7.

<sup>7</sup> In generale sull'argomento, per tutti, MARINELLI, *Tabulati telefonici (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, 2010, 1111 ss. I tabulati telefonici sono stati oggetto anche di approfondimento giurisprudenziale: già Cass., Sez. Un., 13 agosto 1998, Gallieri, in *Mass. Uff.* n. 211197-01, li aveva definiti come «la documentazione in forma intellegibile del flusso telefonico-informatico». La pronuncia è stata commentata, fra gli altri, da DIDDI, *Tutela della privacy e acquisizione dei tabulati telefonici*, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 615 ss. Ancor prima, si veda Corte cost., n. 34 del 1973, in *Giur. cost.*, 1973, 316 ss., con osservazioni di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, ID., sentt. nn. 120 del 1975, 98 del 1976, 223 del 1987.

esteriori di comunicazione” si compendiano, infatti, tutti gli elementi relativi al flusso di traffico telefonico in entrata e in uscita, comprese le chiamate perse, ma anche i dati telematici di una certa utenza, dunque tutte le informazioni circa l’indirizzo IP, l’*host*, i dati esteriori della posta elettronica, gli orari di accesso in rete, i cd. *file di log*. Siffatte informazioni possono riguardare anche ogni altro tipo di comunicazione elettronica, come i fax, gli sms, le e-mail e, in senso generale, tutti i dati relativi alla navigazione internet. Da queste informazioni possono trarsi anche gli elementi utili a geolocalizzare in tempo reale o *ex post* la posizione di un dispositivo mobile mediante la rilevazione delle celle di aggancio, perfezionando una vera e propria forma di *pedinamento elettronico* (cd. *positioning*)<sup>8</sup>.

Tali elementi di prova entrano nel processo penale, tanto nel fascicolo del pubblico ministero quanto nel fascicolo del dibattimento, come prove documentali (art. 234 c.p.p.) particolarmente dense di contenuti<sup>9</sup>. Le informazioni offerte dai tabulati telefonici serbano un’altissima potenzialità euristica: dall’analisi della durata, della frequenza delle chiamate, delle utenze contattate, dei siti internet visitati, della permanenza in una data area geografica, possono ricostruirsi in dettaglio i comportamenti di un individuo, magari del tutto estraneo alla vicenda processuale. Certo non si apprendono i contenuti

---

<sup>8</sup> Si sono soffermati diffusamente sull’analisi dell’argomento ANDOLINA, *La raccolta dei dati relativi alla localizzazione del cellulare ed al traffico telefonico tra inerzia legislativa e supplezza giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 2020, 3, 1 ss.; CAPRARO, *Il procacciamento di dati “esteriori” alle comunicazioni*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, II ed., Torino, 2019, 129 ss.; DINACCI, *Localizzazione attraverso celle telefoniche*, *ivi*, 483; LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recete giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2021.

<sup>9</sup> In generale sul tema delle evidenze elettroniche e degli strumenti investigativi *hitech*, tra tanti, cfr. BACCARI-CONTI, *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d’insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 6, 711 ss.; CAPRIOLI, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di Luparia-Marafioti-Paolozzi, Torino, 2019, 45; CURTOTTI, *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e “Vecchia Europa”: una normativa che non c’è (ancora)*, *ivi*, 2021, n. 6, 745 ss.; DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un’inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, 372; DI PAOLO, *Prova informatica*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, 736 ss.; PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017, *passim*; SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, *passim*; TRIGGIANI, *Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*, in questa *Rivista*, 2021, 16.

In particolare, MAZZA, *La verità giudiziale nel sistema delle prove tecnologiche*, in *ID.*, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent’anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 8, mette in risalto che «le nuove tecnologie impiegate sul terreno probatorio, rendono attualmente possibile non solo la più esatta ricostruzione di un fatto passato, ma anche la sua ripetizione sotto forma di fedele rappresentazione, senza intermediazioni umane. Il fatto sempre più spesso risulta cristallizzato nella prova tecnologica che lo rende avulso dalle coordinate temporali e addirittura ripetibile al cospetto del giudice».

delle comunicazioni, ma la lesione al diritto alla riservatezza non è soltanto un trascurabile effetto collaterale<sup>10</sup>. Quando le captazioni in tempo reale delle comunicazioni non sono state disposte, l'unica fonte di prova utile circa il fatto di un'avvenuta comunicazione resta quella offerta al processo dai tabulati telefonici.

Non era ulteriormente procrastinabile un intervento normativo che ponesse limiti più rigorosi all'ingerenza nella vita privata operabile mediante l'acquisizione di una massa di dati che, opportunamente rielaborata anche in forma elettronica, può fornire indicazioni molto precise circa le abitudini e i comportamenti di ogni essere umano<sup>11</sup>.

La proiezione digitale della vita degli individui ha reso i dati relativi alla navigazione internet assai più significativi delle relazioni sociali svolte in forma fisica<sup>12</sup>, con la conseguenza che il diritto alla riservatezza postula oggi una tutela rafforzata dei dati digitali.

*2. Il progressivo ampliamento del diritto alla privacy. L'intervento d'urgenza effettuato con il d.l. 132 del 2021<sup>13</sup>, nonostante la ferma resistenza della nostra giurisprudenza<sup>14</sup>, ha messo a nudo che il previgente statuto di regole contenu-*

<sup>10</sup> La giurisprudenza Cedu ha sostanzialmente equiparato la limitazione alla riservatezza apportata dalle intercettazioni e dall'acquisizione dei tabulati: v. Corte Edu, ric. nn. 58170/13, 62322/14 e 24960/15 del 13 settembre 2018, *Big Brother Watch and others c. UK*.

<sup>11</sup> CAMON, *L'acquisizione dei dati sul traffico di comunicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 2, 595, rileva come dall'analisi sulle tracce delle comunicazioni elettroniche si possa «scandagliare e riportare in superficie eventi del passato».

<sup>12</sup> Per ben più ampie riflessioni, v. anche ORLANDI, *Il processo nell'era di internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 140, nonché CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di D. Negri, Roma 2007, 3 ss.

<sup>13</sup> L'art. 1 del dossier n. 128 recante "*Gli elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto-legge*", presentato dalla Camera dei deputati, Legislazione XVIII, Disegno di legge A.C. 3298, 3, chiarisce che «l'intervento normativo è determinato dall'esigenza di dare urgente seguito ad una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (sentenza del 2 marzo 2021, causa C-746/18)».

<sup>14</sup> Nella massima di Cass., Sez. III, 13 febbraio 2020, Dedej, in *Mass. Uff.*, n. 278568-01, è stato ribadito che «in tema di acquisizione di dati contenuti in tabulati telefonici, la disciplina italiana di conservazione dei dati di traffico - c.d. "data retention" - di cui all'art. 132, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, è compatibile con le direttive n. 2002/58/CE e 2006/24/CE in tema di tutela della "privacy", come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 8 aprile 2014, *Digital Rights*, C-293/12 e C-594/12; CGUE 21 dicembre 2016, *Tele 2*, C-203/15 e C-698/15), poiché la deroga stabilita dalla norma alla riservatezza delle comunicazioni è prevista per un periodo di tempo limitato, ha come esclusivo obiettivo l'accertamento e la repressione dei reati ed è subordinata alla emissione di un provvedimento da parte di un'autorità giurisdizionale». Analogamente, anche Cass., sez. V, 24 aprile 2018, M., in *Cass. pen.*, 2019, 299, aveva ritenuto l'art. 132 del cod. *privacy* «compatibile con il diritto sovranazionale in tema di tutela della privacy (direttive 2002/58/CE e 2006/24/CE), come interpretate dalla

to nell'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cd. codice della privacy)<sup>15</sup> non avrebbe resistito ad un attento test di proporzionalità<sup>16</sup>, al pari della legislazione estone su cui è intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione del 2 marzo 2021 (causa C-746/18) H.K.<sup>17</sup>.

---

Corte di Giustizia dell'Unione europea, dal momento che i principi enunciati dalle sentenze della CGUE non avrebbero effetto sulla disciplina italiana della *data retention*, perché esse riguarderebbero Stati privi di una disciplina legislativa sulla conservazione e sull'accesso ai dati, mentre l'Italia dispone di una specifica disciplina». Nello stesso senso si sono espresse anche Cass., Sez. III, 2 dicembre 2019, R., in *Mass. Uff.*, n. 277353 - 01, Id., sez. II, 7 settembre 2021, Avram, *inedita* con commento di GAETA, *Consensi e dissensi sulla indipendenza del p.n. (a proposito del potere di acquisire i tabulati telefonici)*, in *questa Rivista*, 2021, n. 3, 1 ss.

<sup>15</sup> La dottrina già da tempo aveva denunciato i punti di frizione del codice della *privacy* con gli standard di tutela fissati dalla Corte di giustizia. In tal senso, fra gli altri, si sono espressi ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano, 2018, 97 ss.; CAIANIELLO-MANES, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, 286 ss.; DANIELE, *La vocazione espansiva delle indagini informatiche e l'obsolescenza della legge*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 5, 832; FLOR, *Data retention ed art. 132 Cod. privacy: vexata quaestio (?)*, in *www.penalecontemporaneo.it*; GAETA, *Consensi e dissensi sull'indipendenza del p.n. (a proposito del potere di acquisire i tabulati telefonici)*, in *questa Rivista*, 2021, n. 3, 1 ss.; LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Dir. in Internet*, 2019, n. 4, 761; NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2020; RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico. Il bilanciamento tra privacy e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016, 156; F. RUGGIERI, *Data retention e giudice di merito. Una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 6, 2487.

<sup>16</sup> Tale verifica della legittimità dei mezzi prescelti per l'intervento dell'autorità giudiziaria nella sfera privata di un individuo trova il suo riconoscimento normativo nell'art. 5 §§ 3-4 TUE e negli artt. 49 par. 3 e 52 par. 1 della CDFUE. Le fonti europee hanno ricalcato una disciplina di matrice tedesca, in base alla quale, la Corte costituzionale tedesca vaglia la legittimità di un legge, valutandone lo scopo perseguito, l'idoneità della misura limitativa a raggiungere tal scopo, la necessità di adottare tali misure, la giustificabilità della limitazione di un diritto fondamentale e la proporzionalità in senso stretto: al riguardo, v. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, 409 ss.

<sup>17</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746-18, H.K. in *Gazz. Uff. dell'UE*, C 148 del 26 aprile 2021.

Fra i vari commenti alla pronuncia, cfr. AGNINO, *Data retention: la Corte di Giustizia "spariglia" le carte, i giudici nostrani trovano soluzione non condivise si torna alla Corte di Giustizia*, in *www.foroitaliano.it*, 2021; ANDOLINA, *Ancora una pronuncia della Grande Camera della Corte di Giustizia UE in tema di condizioni di accesso ai traffic data*, in *Proc. pen. giust.*, n. 5, 2021, 1195 ss.; ARANCI, *L'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni nel processo penale italiano dopo la sentenza H.K.: alcuni spunti di riflessione sulle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Leg. pen.*, 2021, 1 ss.; CISTERNA, *Data retention: dalla Corte di giustizia una rivoluzione in "punta di piedi"*, in *Guida al dir.*, 2021, n. 11, 15-18; DE AMICIS, *La corte di giustizia si pronuncia sull'acquisizione dei tabulati telefonici e sull'accesso ai dati delle comunicazioni elettroniche nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 7-8, 2556 ss.; DELL'ERBA, *Dubbi interpretativi e criticità applicative in materia di acquisizione dei c.d. dati esterni: il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *www.foroitaliano.it*; DELLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma*, in *www.sistemapenale.it*,

Proprio il dibattito circa la diretta applicabilità dei principi di tale pronuncia<sup>18</sup> ha dimostrato quanto fossero evidenti le lacune della normativa interna rispetto agli standard europei di tutela del diritto alla riservatezza<sup>19</sup>. Non va infatti dimenticato che l'acquisizione dei tabulati telefonici era possibile in relazione a qualsiasi tipo di reato<sup>20</sup>, in base alla sola autorizzazione del pubblico ministe-

---

2021, 1 ss.; DI STEFANO, *La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati di traffico telefonico e telematico e ai dati di ubicazione a fini di prova nel processo penale: solo un obbligo per il legislatore o una nuova regola processuale?*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 7-8, 2563 ss.; G. NEGRI, *Data retention, impatto critico sui procedimenti già aperti*, in *Guida al dir.*, 2021, n. 39, 41; RAFARACI, *Verso una law of evidence dei dati*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 7, 853 ss.; RESTA, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza. La Corte di giustizia interviene sulla data retention. I riflessi sulla disciplina interna*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; RINALDINI, *Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della Corte di giustizia nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l'intervento del legislatore*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2021; SPANGHER, *Data retention: svolta garantista ma occorre completare l'impianto*, in *Guida al dir.*, 2021, n. 39, 11-14.

<sup>18</sup> Cass., Sez. II, 15 aprile 2021, Lordi, in *Guida al dir.*, 2021, n. 34, ha osservato come «la decisione di che trattasi non pare idonea a escludere la sussistenza di residui profili di incertezza interpretativa e discrezionalità applicativa in capo alla normativa interna, giacché il riferimento alle "forme gravi di criminalità" e dalla funzione di "prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica", sembra implicare necessariamente un intervento legislativo volto a individuare, sulla base di "criteri oggettivi", così come richiesto dalla stessa pronuncia della Corte europea, le categorie di reati per i quali possa ritenersi legittima l'acquisizione dei dati di traffico telefonico o telematico (da queste premesse, la Corte ha dichiarato manifestamente infondata, anche per la genericità del motivo in punto di concreta rilevanza in causa, la questione prospettata sulla legittimità delle acquisizioni dei tabulati in forza del solo decreto autorizzativo del pubblico ministero, così come attualmente previsto dall'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196)».

In dottrina, invece, da un lato, LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 762, già rispetto ai requisiti stabiliti dalle sentenze *Digital Rights, Tele 2 e Ministero Fiscal*, aveva denunciato come «i giudici di Lussemburgo non si sono limitati a compiere ragionamenti specifici, legati alla normativa di un singolo ordinamento giuridico, ma hanno stabilito una serie di principi di diritto universalmente validi per l'intero spazio di libertà, sicurezza e giustizia»; mentre, DI STEFANO, *La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati di traffico telefonico e telematico e ai dati di ubicazione a fini di prova nel processo penale: solo un obbligo per il legislatore o una nuova regola processuale?*, cit., 2565, ha affermato che «si tratta di una decisione che ha immediate ricadute sul nostro ordinamento quanto al profilo della utilizzazione nel processo penale dei dati in questione: premesso che della sua immediata applicazione non sembra potersi discutere tanto da essere ineludibile un intervento normativo di urgenza [...], si può certamente affermare che stravolge le nostre regole processuali di acquisizione dei dati 'esteriori' delle comunicazioni telefoniche e telematiche (i cd 'tabulati') con il possibile ed immediato effetto di inutilizzabilità».

<sup>19</sup> Come messo in evidenza, per tutti, da LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 762-763.

<sup>20</sup> Ha dissentito su tal punto, Cass., sez. III, 2 dicembre 2019, R., cit. Nella massima si afferma, infatti, che «in tema di acquisizione di dati contenuti in tabulati telefonici, la disciplina prevista dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, sebbene non limiti l'attività alle indagini relative a reati particolarmente gravi, predeterminati dalla legge, è compatibile con il diritto sovranazionale in tema di tutela della privacy (direttive 2002/58/CE e 2006/24/CE), come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 8 aprile 2014, *Digital Rights*, C-293/12 e C-594/12; CGUE 21 dicembre 2016, *Tele 2*, C-203/15 e C-698/15), da cui si ricava solo la necessità della proporzione tra la gravità dell'ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata, che l'accesso ai dati comporta, e quella del reato

ro che certamente non riveste una posizione terza, men che meno imparziale, nemmeno nella fase delle indagini preliminari<sup>21</sup>.

Non si può nemmeno dubitare che il diritto alla riservatezza rientri a pieno titolo nei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.)<sup>22</sup>, intorno ai quali il sistema integrato delle fonti innalza argini per limitare il potere d'ingerenza dello Stato, vincolando l'operato delle autorità al rispetto delle garanzie stabilite dalla legge (art. 15 Cost.)<sup>23</sup> e ai casi in cui sia necessario per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui (art. 8 della Cedu)<sup>24</sup>. Gli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza<sup>25</sup>, espandendo i contorni del

oggetto di investigazione, in base ad una verifica che il giudice di merito deve compiere in concreto».

<sup>21</sup> Diversamente, Trib. Milano, sez. VII penale, ord. del 22 aprile 2021, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2021, con nota di TONDI, *La disciplina italiana in materia di data retention a seguito della sentenza della Corte di giustizia Ue: il Tribunale di Milano nega il contrasto con il diritto sovranazionale*, ha ritenuto che, «in Italia, l'ufficio del pubblico ministero è sottratto a qualsiasi ingerenza ministeriale ed è un organo che opera non solo in modo indipendente ma anche come 'parte imparziale'». Un rinvio pregiudiziale alla CGUE, tuttavia, è stato promosso da Trib. Rieti, sez. penale, ord. 4 maggio 2021, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2021.

Per un'analisi delle altre pronunce di merito, si rinvia ad ARANCI, *L'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni nel processo penale italiano dopo la sentenza H.K.: alcuni spunti di riflessione sulle prime applicazioni giurisprudenziali*, cit., 8 ss.

<sup>22</sup> In tal senso, v. già Corte cost., n. 38 del 1973, cit., 354. Per una più approfondita analisi, si rinvia a BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali: art. 1-12*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, 65 ss.

<sup>23</sup> Sulla tutela della riservatezza nel processo penale, fra i molti, cfr. C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, cit., p. 745; LUPARIA, *Privacy, processo penale e diritti della persona*, cit., 1449 ss.; D. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 2, 556; PETRELLI, *La grammatica della legalità*, in *Diritto di difesa*, 1, 2020, 1 ss.

Nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., n. 81 del 1993, in *Cass. pen.*, 1993, 2, 2741, con nota di POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata all'art. 15 comma 1 Cost.*, che riconduceva all'art. 15 Cost. la disciplina relativa all'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni. In senso critico, PACE, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o piuttosto del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur. cost.*, 1993, 742 ss.

A questa impostazione, si sono poi allineate anche ID., n. 281 del 1998, *ivi*, 1998, 4, 2167, con nota di D'ALESSIO; ID., n. 188 del 2010, *ivi*, 2010, 3, 2221, con nota di PICCIONE, *Utilizzazione di tabulati telefonici nei confronti dei componenti delle Camere e potere di giudicare la «decisività» del mezzo di ricerca della prova per lo svolgimento delle indagini*; ID., n. 38 del 2019, *ivi*, 2019, 2, 667, con nota di ORLANDI, *Tabulati telefonici e immunità parlamentare*.

<sup>24</sup> Nell'ambito della Convenzione dei diritti dell'uomo, lo sviluppo di tale principio si deve agli arresti della giurisprudenza di Strasburgo. Per un'analisi approfondita delle pronunce Cedu, cfr. *Council of Europe, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 31 dicembre 2018, 34 ss.; DE VRIES, *Right to Respect for Private and Family Life*, in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, a cura di Van Dijk, F. Van Hoof, A. V. Rijn, L. Zwaak, V ed., Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, 672 ss.

<sup>25</sup> Per un'approfondita analisi, v. POLLICINO-BASSINI, *Commento all'art. 8 della Carta di Nizza*, in *Carta*

*right to privacy*<sup>26</sup>, specificano che si deve tutelare, sul piano passivo, il diritto a non subire invasioni nella propria sfera privata e, su quello attivo, il potere di esercitare un controllo sul flusso dei propri dati o sulle informazioni riguardanti abitudini e stile di vita, relazioni sociali, stato di salute, situazione economica<sup>27</sup>, anche per garantire un effettivo esercizio del diritto all'oblio<sup>28</sup>.

In tale contesto normativo, a cui deve essere aggiunto l'art. 15, par. 1, della Direttiva 2002/58/CE come modificata dalla direttiva 2009/136/CE<sup>29</sup>, la Corte di giustizia ha enucleato quei principi in base ai quali la disciplina della *data retention*<sup>30</sup>, nel rispetto del canone della proporzionalità (52 par. 1 CFUE), può essere correttamente bilanciata con il diritto alla *privacy*. Sulla scorta delle precedenti pronunce *Digital Rights Ireland*<sup>31</sup>, *Tele2*<sup>32</sup>, *Ministerio Fiscal*<sup>33</sup> e

*dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Mastroianni, Pollicino, Allegrezza, Pappalardo, Razzolini, Milano, 2017, 136.

<sup>26</sup> La cui prima elaborazione si deve a WARREN-BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review* 1890, 193 ss.

<sup>27</sup> In tal senso, L. LUPARIA, *Privacy, diritti della persona e processo penale*, cit., 416 ss.

<sup>28</sup> Come espressamente riconosciuto ai sensi dell'art. 17 del GDPR - *Regolamento generale sulla protezione dei dati* (UE/2016/679).

<sup>29</sup> Dir. 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), in *GUCE*, 31.7.2002, L 201, 37 ss.

<sup>30</sup> Sullo sviluppo del corrispettivo diritto alla *data protection*, fra i tanti studi, si possono consultare quelli di GONZALEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Cham, 2014, *passim*; TZANOU, *Data protection as a fundamental right next to privacy? «Reconstructing» a not so new right*, in *International Data Privacy Law* 2013, 88 ss.

Sul punto, il Consiglio dell'Unione europea ha elaborato il Documento n. 9663 del 27 maggio 2019 sulla conservazione dei dati per finalità di lotta contro la criminalità, nel quale ha sottolineato l'esigenza di «stabilire obblighi di conservazione dei dati proporzionali, necessari e trasparenti per gli operatori di telecomunicazioni e i fornitori di servizi al fine di rispondere alle esigenze operative delle autorità di contrasto», ma al contempo, anche la necessità di fissare «regimi di conservazione dei dati [tali da] offrire garanzie sufficienti per i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, in particolare i diritti alla riservatezza, alla protezione dei dati personali, alla non discriminazione e alla presunzione di innocenza» (pt. 3).

Fra i contributi dottrinali, v. anche MARCOLINI, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 2014*, in *Cybercrime*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Padova, 2019, 1579-1582.

<sup>31</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights*, in *Giur. Cost.*, 2014, 3, p. 2948. La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale dall'Alta Corte irlandese e dalla Corte costituzionale austriaca, ha dichiarato invalida l'intera Direttiva 2006/24/CE in materia di conservazione dei dati per violazione degli artt. 7, 8 e 52, par. 1, della Carta, dal momento che non riconosceva come l'interferenza dello Stato nella riservatezza del singolo dovesse essere minima. La Direttiva 2006/24/CE non corrispondeva, infatti, al principio di proporzionalità, nella parte in cui non disponeva precise regole oggettive, sia di carattere sostanziale che processuale, in tema di *data retention*.

<sup>32</sup> La sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, in *Gazz. Uff. dell'UE*, C 53/11 del 20 febbraio 2017, si è soffermata sulla Direttiva 2002/58/CE, in particolare sulla normativa applicabile in materia a seguito della dichiarazione di invalidità della Direttiva 2006/24/CE da parte della sentenza nel caso *Digital Rights*.



*La Quadrature du Net*<sup>31</sup>, la sentenza H.K. ha enucleato i seguenti ulteriori corollari: l'art. 15, par. 1, della Direttiva 2002/58/CE, letto alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52 par. 1 CFUE, osta a una normativa che a) «consenta l'accesso di autorità pubbliche a un insieme di dati relativi al traffico telefonico/telematico o di dati relativi all'ubicazione [...] 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»; b) «renda competente il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale».

In ossequio a queste indicazioni, una legge che regoli l'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni per poter ritenersi ragionevole rispetto al mezzo e proporzionale rispetto al fine<sup>35</sup> deve stabilire:

- a) il catalogo dei reati presupposto che rispecchiano le forme gravi di criminalità e di minaccia alla sicurezza pubblica (§ 32-33);
- b) i criteri per definire, sul piano oggettivo e soggettivo, le circostanze e le condizioni in presenza delle quali si possa autorizzare l'accesso a tali dati (§ 34-37), in cui vengano graduati la durata del periodo per il quale è richiesto l'accesso e la qualità o la natura delle informazioni da apprendere, «in funzione delle circostanze del caso di specie limitate a quanto è strettamente necessario ai fini dell'indagine» (§ 38);
- c) i divieti di utilizzazione degli elementi di prova ottenuti in modo illegittimo «mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al

---

<sup>33</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 ottobre 2018, C-207/16, *Ministerio Fiscal*, in *Gazz. Uff. dell'UE*, C-436/2 del 3 dicembre 2018.

<sup>34</sup> Corte di Giustizia, Grande sezione, 6 ottobre 2020, C-66/18, *La Quadrature Du Net e A.*, in *Gazz. Uff. dell'UE*, C 392 del 29 ottobre 2018.

<sup>35</sup> Il riferimento è al modo in cui il nostro giudice costituzionale abbini al canone della proporzionalità anche quello della ragionevolezza. A riguardo, infatti, Corte cost., n. 1 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 17, ricorda che «il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di Giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

Sull'argomento, si è soffermata diffusamente anche CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, *Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese*, Roma, 2013, 5-6; nonché SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. Aic*, n. 3, 2017, 1 ss.

traffico e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione od anche mediante un accesso dell'autorità competente a tali diritti in violazione del diritto dell'Unione europea» o «del diritto ad un equo processo» (§ 44);

d) l'intervento a garanzia del rispetto di tali regole da parte di ad un giudice o di un'entità amministrativa indipendente, anche al fine di assicurare «un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi connessi alle necessità dell'indagato nell'ambito della lotta contro la criminalità e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e, dall'altro, alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso» (§ 51-52).

*3. La nuova disciplina sull'acquisizione nel processo penale dei dati di traffico "esterno" telefonico e telematico.* La recente riforma ha ridefinito le regole per l'acquisizione nel processo penale dei tabulati telefonici, senza però dare piena attuazione ai corollari del canone della proporzionalità enunciati dalla Corte di giustizia.

Ai sensi del nuovo art. 132 comma 3 del d.lgs. n. 196 del 2003, i delitti presupposto sono quelli per i quali «la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi»<sup>36</sup>. Per tali delitti devono poi sussistere «sufficienti indizi di reato», mentre i dati oggetto di acquisizione devono apparire «rilevanti per l'accertamento dei fatti».

È evidente l'intento, almeno formale, di equiparare il più possibile la disciplina dell'acquisizione dei tabulati a quella certamente più garantita in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, ma l'ossequio ai principi europei si è arrestato di fronte alla considerazione della minore invasività del-

---

<sup>36</sup> Su tal punto non sono mancate aspre critiche, tra i tanti, PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), ha sottolineato come «l'aver fissato il livello di 'gravità' dei fatti per cui sia possibile richiedere i tabulati ad una pena non inferiore a tre anni di reclusione - seppur certamente rientri nell'ambito della sfera di discrezionalità del legislatore - è una scelta che taglia fuori tutta una serie di fatti odiosi e meritevoli di sanzione, che diverranno - per ciò solo - impossibili da perseguire» e come «in secondo luogo, vale la pena osservare come mentre il concetto di "minaccia grave" trovi un sicuro aggancio testuale nel dettato normativo (artt. 339 e 612 comma 2 c.p.) e solidi riferimenti negli ormai consolidati orientamenti interpretativi, i neo introdotti concetti di "molestia" o "disturbo" "gravi" appaiano del tutto nuovi al panorama giurisprudenziale, prestandosi pertanto ad interpretazioni del tutto discrezionali e incerte e rendendo impossibile la prevedibilità delle decisioni (quante telefonate o atti di disturbo saranno necessari ed a che ora perché possa dirsi integrato il requisito della loro gravità?)».

la acquisizione di dati esteriori che prescindono dai contenuti delle comunicazioni.

Proprio tale elemento differenziale giustificerebbe la scelta di accontentarsi di indizi di reato solo sufficienti, e non necessariamente gravi, nonché di una prognosi di mera rilevanza, e non di indispensabilità, dei dati da acquisire per lo svolgimento delle indagini<sup>37</sup>. Non trova alcuna apparente giustificazione, invece, la mancanza di previsioni in ordine alla potenzialità di poter acquisire un numero indefinito di dispositivi *target*, come lo sono, ad esempio, tutti quelli che risultavano agganciati alla cella di interesse nel giorno e nel luogo in cui si ritiene sia stato commesso il reato presupposto. Le condotte rientranti nell'elenco delle fattispecie che legittimano l'intervento non sono state selezionate in funzione dei beni giuridici protetti, con la conseguenza che non necessariamente ledono o mettono in pericolo l'ordine pubblico. Nessun limite è stato posto, dunque, rispetto ad indagini di carattere esplorativo, condotte mediante la "pesca a strascico" di masse imponenti di dati riferibili a un numero indeterminato di soggetti. Questa situazione si pone esattamente agli antipodi del principio di proporzionalità, sia per l'estensione dell'acquisizione, sia per la mancanza di un filtro a monte rappresentato dall'esigenza di accertare reati effettivamente di eccezionale gravità, lesivi dell'integrità dello Stato, della sicurezza pubblica o di interessi diffusi dell'intera collettività. Inoltre, si è mancato anche di operare una distinzione in funzione della natura dei dati offerti dai tabulati telefonici che, come detto, vanno dai meri indici esteriori di una conversazione telefonica fino alle più pervasive tracce di percorsi digitali seguiti nella vita reale e nella rete internet. Manca, infine, una disciplina dell'attività di selezione dei dati raccolti che funga quantomeno da filtro, a valle, delle acquisizioni probatorie, sul modello di quanto avviene nell'udienza prevista nell'art. 268 comma 6 c.p.p. Senza dimenticare il vuoto normativo in ordine all'utilizzazione dei dati in procedimenti diversi rispetto a quello in cui sono stati legittimamente acquisiti.

Perplessità ancora maggiori solleva la lesione del diritto alla *privacy* dei terzi. Una volta individuati i responsabili del reato per cui si procede, i soggetti rimasti estranei all'indagine avranno un potere di controllo sui dati che li ri-

---

<sup>37</sup> Fra gli altri, PARODI, *Sottratto al P.m. il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, cit., 4, rileva che «il problema non si pone in particolare sulla differenza 'necessario/rilevante' (atteso che è difficile che ciò che è necessario è sempre rilevante, mentre non è vero il contrario - che pertanto, si è voluto in qualche modo 'ampliare' il criterio di valutazione) quanto sulla prospettiva dinamica della rilevanza. Non sempre tabulati e *log* sono rilevanti per la 'prosecuzione delle indagini', se intesa in senso stretto. Spesso possono essere anche più rilevanti per la verifica di prospettazioni difensive, in ordine alla riferibilità di condotte - in caso di tabulati finalizzati alla localizzazione - di presenza in determinati luoghi».

guardano e potranno rivendicare il diritto alla loro distruzione?

La sentenza H.K. ha prescritto che l'accesso ai dati di altre persone sia limitato «alle sole situazioni particolari, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo» al sussistere di «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» (§ 50)<sup>38</sup>.

Questa petizione in favore di un più alto livello di tutela della *privacy* dei soggetti estranei alla vicenda processuale non ha trovato accoglimento nel d.lgs. 132 del 2021<sup>39</sup>.

Bisogna prendere atto che nel prodotto legislativo manca ancora una precisa selezione, *ex ante*, dei dati acquisibili, mentre, *ex post*, non è stata prevista una fase di controllo, nel contraddittorio fra le parti, deputata ad escludere dal materiale probatorio tutte quelle informazioni non rilevanti e lesive della riservatezza tanto degli imputati quanto dei terzi in ordine a fatti estranei all'accertamento processuale<sup>40</sup>.

Il legislatore sembra ancora condizionato nelle sue scelte dal latente principio giurisprudenziale di non dispersione della prova<sup>41</sup> per cui nel bilanciamento

---

<sup>38</sup> A riguardo, DI STEFANO, *La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati di traffico telefonico e telematico e ai dati di ubicazione a fini di prova nel processo penale: solo un obbligo per il legislatore o una nuova regola processuale?*, cit., 2574, mette in evidenza che «l'interpretazione della CGUE 'sembra' aprire la strada ad un condizionamento ad opera dei diritti fondamentali tale da comportare la possibilità per il giudice di affermare che 'l'acquisizione è utile, ma non va disposta perché nel caso concreto è più rilevante il diritto dell'interessato alla riservatezza».

<sup>39</sup> FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento a "a caldo" del Prof. Filippi*, cit., 11, evidenzia che «sul punto sarà inevitabile sollevare questione di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 117 Cost., che vincola la potestà legislativa dello Stato al rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

<sup>40</sup> Va comunque ricordato che l'art. 1, lett. b) del d.l. 132 del 2021, introducendo l'art. 132 comma 3 *ter* d.lgs. 196 del 2003, ha stabilito che «rispetto ai dati conservati per le finalità indicate al comma 1 i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento (UE) 2016/679 possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2-*undecies*, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo». Dunque, i diritti dei terzi interessati possono essere esercitati tramite il Garante per la protezione dei dati personali con le modalità dell'art. 160 d.lgs. 196 del 2003.

<sup>41</sup> Come noto, si tratta del canone enucleato da Corte cost., n. 254 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1932 e ID., n. 255 del 3 giugno 1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1967. In generale, sul principio di non dispersione della prova menzionato, fra gli altri, cfr. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 1997, 736; ID., *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in *Il giusto processo*, Milano, 1998, 95; FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in ID., *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 157 ss., 164 ss.; ID., *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1460; ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, 1973; RIC-

dei valori la tutela della riservatezza finisce per essere soccombente. La giurisprudenza europea, al contrario, imporrebbe una perimetrazione della *data retention* nei limiti in cui ciò sia strettamente necessario per fini di giustizia, imponendo, per il resto, la dispersione e la cancellazione dei dati<sup>12</sup>.

4. *Il ritorno alla giurisdizione e la riscoperta del significato costituzionale del requisito della terzietà.* La vera portata innovativa della sentenza H.K. si staglia sul significato attribuito al requisito della terzietà. La Corte lussemburghese, sebbene in riferimento all'ordinamento estone, ha chiarito che «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» (§ 54).

Anche il pubblico ministero italiano ha il dovere di svolgere «altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini» (art. 358 c.p.p.)<sup>43</sup>, ma questa disposizione non lo trasforma in una “parte imparziale”<sup>44</sup>, non lo rende in grado di valutare in maniera “indipendente”<sup>45</sup>

---

CIO, *Giuristi e legislatori. A proposito dei recenti interventi sulla Procedura penale*, in *questa Rivista*, 2015, fasc. 2, 445; ID., *La procedura penale. Tra storia e politica*, cit., 121.

<sup>12</sup> Postulano, invece, interventi sul diritto alla riservatezza limitati allo “stretto necessario”, Corte di giustizia, Grande Sezione, del 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, cit., § 117-118; ID., Grande sezione, 6 ottobre 2020, C-66/18, cit., §130-132, oltre a ID., Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746-18, H.K., cit., §48.

<sup>43</sup> A. GIARDA, *Teoria e prassi del processo penale di parti*, in ID., *Praxis criminalis. Cronache di anni inquieti*, Milano, 1994, 54-55, considerava tale norma espressione di «un perdurante paternalismo giudiziario».

Un'approfondita analisi della portata del significato processuale dell'art. 358 c.p.p., a cui si rinvia, è stata svolta da F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2015, *passim*, il quale si è diffusamente soffermato anche sul principio di tendenziale completezza enucleato, come è noto, dalla combinazione della suddetta disposizione con l'art. 326 c.p.p. da parte della Corte costituzionale (sent. n. 88 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 594).

<sup>44</sup> I contributi sull'argomento sono sterminati, fra questi, senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Gaito, Napoli, 1991, *passim*; GAITO, *Ambiguità del p.m. in un sistema tendenzialmente accusatorio*, in *Il giusto processo*, 1991, 39; CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2013, 327; CHIAVARIO, *Il pubblico ministero come organo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 714; FERRAJOLI, *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, in *Quest. giust.*, 2012, 1, 31; FORTUNA, *Pubblico ministero*, (dir. proc. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, XXV, 1991, 1; GUALTIERI, *Un pubblico ministero elettivo come possibile rimedio alle disfunzioni della giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 9, 1280; GUSTAPANE, *Il pubblico ministero tra obbligatorietà ed efficienza. Alla luce dei più recenti interventi del legislatore e del Csm*, Bologna, 2018, 91; MAFFEO, *Potenzialità del pubblico mini-*

l'opportunità di applicare provvedimenti provvisori limitativi delle libertà personali e dei diritti fondamentali.

Nel nostro sistema processuale, ancora tendenzialmente accusatorio, la titolarità dell'accusa è stata affidata ad un magistrato dal cui *status* discendono doveri di imparzialità nel rispetto della legalità (art. 73 ord. giud.), ma ciò non toglie che, nella dimensione processuale, le acquisizioni a discarico servano all'organo inquirente per formulare una compiuta prognosi sulla sostenibilità in giudizio della tesi d'accusa (art. 74 ord. giud.)<sup>46</sup>. Un'attività di indagine ad ampio spettro non garantisce l'imparzialità dell'intervento nella sfera dei diritti

---

*stero e 'finestre' giurisdizionali*, in *Proc. pen. gius.*, 2020, n. 2, 474; MARAFIOTTI, *La «metamorfosi» del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 115; MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003, 166; NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico istituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di Conso, Bologna, 1979, 91; MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura penale*, Torino, 2021, 116 ss.; ORLANDI, *L'organizzazione della giustizia penale*, in *La giustizia civile e penale in Italia*, a cura di Biavati-Guameri-Orlandi-Zanon, Bologna, 2008, 197; RICCIO, *Ideologie e modelli del processo penale*, Napoli, 1995, 178; F. RUGGIERI, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 2008, Annali, 998; SCAPARONE, *Pubblico ministero*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1988, 1099 ss.; SOTTANI, *Il pubblico ministero*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Tomo I, vol. I, *I soggetti*, a cura di Dean, Torino, 2009, 361 ss.; ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Conso, Bologna, 1979, 12 ss.; ID., *Sull'assetto interno degli uffici del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1993, *passim*; ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Bologna, 1996, *passim*.

<sup>45</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746-18, H.K., cit., § 54, non attribuisce al requisito dell'indipendenza quel significato politico che tradizionalmente corrisponde a tale termine; nella sentenza si specifica che «nell'ambito penale, il requisito dell'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» pertanto, conclude che «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» (§ 56).

<sup>46</sup> CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 894, ha messo in evidenza come risulti «altrettanto ovvio che (il pubblico ministero) consideri anche 'fatti e circostanze favorevoli' al possibile imputato e non perché sia 'organo di giustizia' [...], quale attore, risponde della domanda incauta; strategie artistiche, sviluppate in ricerche faziose, gli costano care poi, quando i teoremi saltano, confutati al dibattimento». Sulla legittimità costituzionale dell'art. 358 c.p.p., v., per tutte, Corte cost., ord. n. 96 dell'11 aprile 1997, in *Dir. pen. proc.*, 1997, con nota di G. PANSINI, *Nessuna sanzione processuale per il mancato attivarsi del p.m. in favore dell'indagato*, laddove si è riconosciuto che «che in realtà nella logica dell'attuale processo penale l'obbligo del pubblico ministero di svolgere indagini anche in favore della persona sottoposta alle indagini non mira né a realizzare il principio di eguaglianza tra accusa e difesa, né a dare attuazione al diritto di difesa, ma si innesta sulla natura di parte pubblica dell'organo dell'accusa (v. sentenza n. 190 del 1991) e sui compiti che il pubblico ministero è chiamato ad assolvere nell'ambito delle determinazioni che, a norma del combinato disposto dagli articoli 358 e 326 cod. proc. pen., deve assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale».

inviolabili di un individuo<sup>47</sup>.

Il pubblico ministero non può avere un approccio “imparziale” alle acquisizioni probatorie, né può essere a lui rimessa una valutazione circa la necessità delle conseguenti limitazioni ai diritti fondamentali dell’indagato e dei soggetti estranei agli addebiti. Come affermato dalla Corte di giustizia, è necessario che sia un organo effettivamente terzo rispetto alle indagini a valutare la legittimità e la proporzionalità di ogni intervento limitativo dei diritti fondamentali<sup>48</sup>.

Pertanto, l’espressione “autorità giudiziaria” presente negli artt. 13, 14, 15 e 21 Cost. deve essere interpretata, come sollecitato dalla Corte di giustizia, alla luce del principio di imparzialità di cui all’art. 111 Cost. ogni qual volta si presenti l’esigenza di limitare le libertà personali o i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella vicenda processuale, come accade quando le esigenze legate all’accertamento di un reato richiedano l’invasione della sfera privata di un individuo attraverso l’acquisizione dei suoi dati telefonici<sup>49</sup>.

In quest’ottica, è da apprezzare, allora, la ristabilita giurisdizionalizzazione della procedura acquisitiva dei tabulati telefonici che, in ossequio al principio

---

<sup>47</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746-18, H.K., cit., § 39, conferma che «l’ingerenza dei diritti fondamentali sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta, derivante dall’accesso da parte di un’autorità pubblica, a un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all’ubicazione, suscettibili di fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull’ubicazione delle apparecchiature terminali da esso utilizzate, presenta in ogni caso un carattere grave indipendentemente dalla durata del periodo per il quale è richiesto l’accesso a tali dati e dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per un periodo siffatto, qualora, come nella fattispecie di cui al procedimento principale, questo insieme di dati sia tale da permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata di persone o delle persone interessate».

<sup>48</sup> In difesa della previgente disciplina, maldestramente, PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, cit., 9, aveva affermato che «nel nostro ordinamento, «è (*rectius*: era) invero la polizia giudiziaria a richiedere l’acquisizione dei tabulati e il P.M. a decidere se autorizzarla o meno, senza alcuna commistione e con piena terzietà». Contrariamente, per tutti, già CERRI, voce *Libertà personale, dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma 1991, 1 ss., aveva equiparato l’organo inquirente alla posizione rivestita dalla p.g.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, “*Nove massime di deontologia giudiziaria*”. *intervento al XIX Congresso di Magistratura Democratica*, in *Quest. giust.*, 2012, n. 6, 74-82, evidenzia che «si richiede sempre ai giudici e ai Pubblici Ministeri la consapevolezza che la loro può essere al massimo una certezza soggettiva, un libero convincimento, un debole surrogato all’impossibile certezza oggettiva. Su questo tratto epistemologico del diritto che si basa della regola del dubbio, il rifiuto di ogni arroganza cognitiva, la prudenza del giudizio da cui il nome di “giurisprudenza” come stile morale e intellettuale nella pratica giudiziaria e in generale nelle discipline giuridiche» allora bisogna riscoprire «la disponibilità sia del giudizio che della pubblica accusa ad esporsi, a sottoporsi alla confutazione». Questo atteggiamento «esprime la consapevolezza della natura solo probabilistica della verità fattuale. Esprime lo stesso spirito del processo accusatorio. In contrasto col processo inquisitorio, il cui tratto inconfondibile - che ancora fa parte purtroppo del costume presente in molti magistrati, che è un riflesso per così dire condizionato di qualunque ricerca empirica - è la forza di resistenza opposta dal pregiudizio alle prove che lo contraddicono».

della domanda, mutua lo stesso schema legislativo previsto per l'applicazione delle misure cautelari o per l'autorizzazione alle intercettazioni.

Il rinnovato art. 132 comma 3 del d.lgs. 196 del 2003 dispone che «[...] i dati sono acquisiti previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private»<sup>50</sup>.

La disposizione ha anche il merito di aver riportato su un piede di parità le prerogative delle parti processuali. Precedentemente, soltanto il difensore dell'accusato poteva richiedere i tabulati telefonici, ma solo del proprio assistito, al fornitore dei servizi nell'ambito dello svolgimento delle indagini difensive, mentre le altre parti private dovevano rivolgersi al magistrato inquirente. Ora, invece, si è estesa la possibilità di presentare istanza al giudice per tutto l'arco dell'accertamento, sganciando la richiesta dall'esigenza di prosecuzione delle indagini e così favorendo la difesa che di solito matura solo successivamente alla *discovery* degli atti di indagine l'interesse ad acquisire, attraverso i tabulati, la prova dell'innocenza<sup>51</sup>.

Il pubblico ministero può procedere di sua iniziativa all'acquisizione dei tabulati solo in casi di urgenza, salvo poi dover chiedere al giudice la convalida del decreto entro quarantotto ore<sup>52</sup>. Il giudice, a sua volta, dovrà poi decidere nel-

<sup>50</sup> NATALINI, *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo n. 67 del 2021*, cit., 5, chiarisce come «il puntuale correttivo infine apportato *in parte qua* dal legislatore - che ha 'rialineato' il lessico del comma 3 («...previa autorizzazione rilasciata dal giudice...») a quello del successivo comma 3-bis («...autorizzazione in via ordinaria...»), sul punto rimasto invariato - supera questi provvisori rilievi, allora imposti dall'asimmetrica formulazione legislativa, in ordine alla necessità di affermare - quantomeno in via esegetica - la natura autorizzatoria dell'atto giudiziale, oggi ormai indiscutibile».

D'altra parte, RESTA, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2021, pur plaudendo a questa novella, rileva come «si potrebbe, inoltre, valutare l'opportunità di una giurisdizionalizzazione piena del procedimento acquisitivo dei tabulati anche a fini di prevenzione (art. 226 disp. att. c.p.p.; art. 4 d.l. 144/2005, convertito con mod. dalla l. 155/2005 e s.m.i.) per il quale, forse, la competenza del Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma o dei procuratori distrettuali potrebbe non ritenersi del tutto in linea con la pronuncia della CGUE. E questo, anche considerando che con la citata sentenza CGUE *Privacy International* è stato chiarito che la disciplina *privacy* si applica anche alla data retention effettuata a fini di sicurezza nazionale».

<sup>51</sup> Riguardo a siffatta limitazione presente nel d.lgs. n. 132 del 2021, aveva già proposto tale interpretazione estensiva anche alle fasi processuali, fra gli altri, AMATO, *Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, in *Guida al dir.*, 2021, n. 39, 22; MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132*, cit., 9; NATALINI, *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo n. 55 del 13 ottobre 2021*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 27; RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive*, cit., 20; SPANGHER, *Data retention: le questioni aperte*, cit., 2.

<sup>52</sup> AMATO, *Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, cit., 22, ha rilevato come un



le successive quarantottore ore. Si replica così lo schema dei provvedimenti provvisori d'urgenza già previsto per le misure precautelari.

La nuova normativa è completata dal comma 3-*quater* dell'art. 132 d.lgs. 196 del 2003 che ha esteso la portata dell'inutilizzabilità a tutti «i dati acquisiti in violazione delle disposizioni dei commi 3 e 3 *bis*»<sup>53</sup>.

5. *La ritrovata disciplina transitoria.* La Legge 178 del 2021 porta in dote un'ulteriore novità: il ripristino di quella disciplina transitoria che era andata persa nel passaggio delle bozze al testo definitivo del d.l. n. 132 del 2021<sup>54</sup>.

La dottrina si era già interrogata su quali fossero i principi di diritto intertemporale da applicare nel caso di specie. L'opinione prevalente, considerata la natura processuale della disciplina<sup>55</sup>, richiamava i corollari del *tempus regit actum*<sup>56</sup>. Altri avevano sottolineato come, «tuttavia, si dovrebbe ritenere che se i fatti per i quali sono state richieste sono estranei all'ambito di operatività della nuova disciplina le risultanze debbano ritenersi inutilizzabili, non potendo il giudice acquisirle, trattandosi di un limite probatorio»<sup>57</sup>.

La questione, ben nota, riguarda la legge applicabile nella valutazione di prove acquisite prima della successione di norme nel tempo. Per la giurisprudenza

«tema più delicato è invece quello della non convalida per decorso del termine, vuoi addebitabile all'ufficio richiedente, vuoi al giudice. In tal caso, nulla esclude, nonostante il silenzio della norma, che il pubblico ministero possa avanzare *ex novo* una richiesta di acquisizione e che il giudice provveda in conformità. In tale evenienza, visto che non si tratta di intercettazioni telefoniche (rispetto alle quali rimarrebbe «scoperto» il periodo privo di autorizzazione, con impossibilità di recupero delle registrazioni effettuate), il provvedimento del giudice dovrebbe senz'altro valere sanare la situazione, con acquisizione, ora per allora, dei tabulati di interesse».

<sup>53</sup> In via interpretativa, era stato suggerito, fra gli altri, da FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento a "a caldo" del Prof. Filippi*, cit., 12, che «l'inutilizzabilità deriva dal sistema, essendo irragionevole che, per i dati acquisiti sotto la previgente disciplina in assenza dei presupposti di legge, ne era prevista l'inutilizzabilità, che invece non è espressamente dettata per l'identica fattispecie che realizza nei procedimenti iscritti dopo l'entrata in vigore del decreto».

<sup>54</sup> Nel bozza del d.l. 132 del 2021 sottoposto al Consiglio dei ministri, all'art. 2, comma 1, era stato previsto che «i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto possono essere utilizzati, quando l'acquisizione è stata disposta dall'autorità giudiziaria, se ricorrono i presupposti previsti dall'articolo 132, comma 3, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, così come modificato dall'articolo 1 del presente decreto».

<sup>55</sup> Su tutte le implicazioni consenguenti al principio intertemporale espresso dal brocardo *tempus regit actum*, v. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis e Voena, vol. I, Milano, 1999, *passim*.

<sup>56</sup> In tal senso si sono espressi, fra gli altri FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento a "a caldo" del Prof. Filippi*, cit., 12; NATALINI, *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo n. 55 del 13 ottobre 2021*, cit., 32.

<sup>57</sup> SPANGHER, *Data retention: le questioni aperte*, cit., 3.

za deve trovare spazio la norma sopravvenuta, dato che il procedimento probatorio sarebbe un atto complesso non ancora esaurito<sup>58</sup>. Dunque, non sarebbero utilizzabili tutti quei tabulati telefonici acquisiti prima del 30 settembre 2021 senza il rispetto dei canoni entrati in vigore da quel giorno.

Al contrario, buona parte della dottrina ritiene che, «se un atto nasce valido, le leggi posteriori non lo invalideranno, né quando sia invalido lo convalideranno»<sup>59</sup>. Diversamente, bisognerebbe riconoscere che le norme processuali abbiano efficacia retroattiva, in deroga all'art. 11 co 1 delle disp. prel.<sup>60</sup>.

L'interessante questione teorica è però stata superata dal Parlamento che, dettando una norma transitoria *ad hoc*, ha escluso la necessità di fare ricorso ai principi intertemporali, come il *tempus regit actum*<sup>61</sup>. Oggi l'art. 1 *bis* d.lgs. 196 del 2003 prevede che «i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi».

In ultimo, rimane indefinito solo il presupposto applicativo della norma tran-

<sup>58</sup> Cass., Sez. un., 7 aprile 1998, Gerina, in *Mass. Uff.*, n. 210199, la quale sostiene che «qualora nel corso del processo si verificano innovazioni legislative in materia di utilizzabilità o inutilizzabilità della prova, il principio 'tempus regit actum' deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione della prova, atteso che il divieto di uso, colpendo proprio l'idoneità di questa a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento, interviene allorché il procedimento probatorio non ha trovato ancora esaurimento, di modo che il divieto inibisce che i dati probatori, pur se acquisiti con l'osservanza delle forme previste dalle norme previgenti, possano avere un qualsiasi peso nel giudizio». Sostanzialmente conforme, anche Cass., Sez. un., 24 settembre 1998, Citaristi, *ivi* n. 211192.

<sup>59</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1173.

<sup>60</sup> MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., 110, rileva che, con l'art. 11 comma 1 disp. prel., «il legislatore ha voluto fissare il principio per cui alle nuove norme, in assenza di chiare previsioni aventi carattere derogatorio, deve essere riconosciuta efficacia immediata». Dunque, in tal modo, «si è già implicitamente vietata la retroattività: se infatti, le norme devono prendere in considerazione esclusivamente accadimenti presenti o futuri (efficacia immediata), è superfluo ribadire che le stesse non possono rivalutare atti o fatti collocati nel passato (retroattività)» (111).

<sup>61</sup> Sulla fondamentale distinzione fra diritto transitorio e diritto intertemporale, v. ancora MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., 94, il quale chiarisce che «caratteristica del *diritto intertemporale* è quella di dettare prescrizioni finalizzate a stabilire quale delle norme coinvolte in una successione temporale sia applicabile rispetto agli atti o ai fatti presi in considerazione», mentre, invece, «il *diritto transitorio* risulta composto da tutte quelle prescrizioni dettate per regolare gli accadimenti compresi nel periodo in cui si verifica un mutamento normativo» (101).

sitoria rappresentato dalla “gravità” dei reati bagatellari. Tale concetto dai contorni ossimorici, sostanzialmente di carattere metagiuridico, certamente non rispondente a specifiche esigenze di certezza delle previsioni di legge.