

QUESTIONI APERTE

Tabulati telefonici

La decisione

Tabulati telefonici - Potere di acquisizione unilaterale del p.m. - Contrasto col diritto dell'Unione - Esclusione (C.D.F.U.E., artt. 7, 8, 11 e 52, § 1; Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002, art. 15, § 1; D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 132).

In tema di acquisizione dei dati contenuti nei tabulati telefonici e conservati presso i servers degli operatori, deve ritenersi compatibile con le fonti europee in materia di protezione della riservatezza la disciplina dell'art. 132, d. lgs. n. 196/2003 laddove consente l'accesso ai dati con decisione unilaterale al p.m., da considerarsi autorità giurisdizionale indipendente.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 7 settembre 2021 (ud. 2 luglio 2021), - GALLO, *Presidente* - PELLEGRINO, *Relatore* - BALDI, *P.G.*, (*Diff.*) - Avram, *ricorrente*.

Consensi e dissensi sulla indipendenza del p.m. (a proposito del potere di acquisire i tabulati telefonici)

La Corte regolatrice si pronuncia sulla controversa legittimità dell'art. 132, d. lgs. n. 196/2003 che consente al p.m. di accedere ai tabulati telefonici dell'indagato con decisione unilaterale, dopo che la Corte di Giustizia, in sessione plenaria, ha affermato che un meccanismo di accesso di tal genere, che non prevede l'intervento di un giudice che controlli la sussistenza dei presupposti di legge per la legalità dell'intrusione nel singolo caso, si pone in contrasto con l'art. 15, § 1, della Direttiva 2002/58/CE come interpretato alla luce dei diritti fondamentali in materia di trattamento dei dati personali previsti dalla Carta di Nizza. Lo scritto analizza nel merito quale sia l'effettiva sostenibilità teorica delle argomentazioni spese dalla Corte, e quanto, in prospettiva, il conflitto possa dirsi ancora aperto.

Consent and disagreement on the independence of the public prosecutor (about the power to obtain phone records).

The Supreme Court rules about the art. 132, d. lgs. n. 196/2003 which allows the p.m. to access to the servers of telephone records without judge's control, after the Court of Justice, in plenary session, affirmed that a rule that not requires the presence of a judge in those kind of procedure is in contrast with the art. 15, § 1, Directive 2002/58/CE as interpreted in the light of the fundamental rights regarding the protection of privacy in EU. The paper analyzes the arguments of the Supreme Court and if they are able to settle a point.

SOMMARIO. 1. Il confronto tra Corti. - 2. Alle origini della questione. - 3. La posizione di legittimità. - 4. Il p.m. come autorità indipendente.

1. *Il confronto tra Corti.* L'approdo in Cassazione della questione di legalità europea sulla normativa che regola l'accesso del p.m. ai tabulati telefonici ha prodotto, con la decisione in commento, la conferma dell'orientamento re-

strittivo che, con varietà di accenti, era emerso presso alcuni uffici territoriali¹, volto a perorare la non praticabilità nel nostro sistema della posizione della Grande Sezione della Corte di Giustizia a proposito della tutela della riservatezza rispetto alle esigenze investigative delle autorità pubbliche².

La motivazione in questione cerca di coniugare la teoria del vincolo esegetico che discende dalla giurisprudenza UE con la pratica esigenza di contenere gli effetti di uno *statement* tanto dirompente – tale da mettere in discussione la legittimità di una diffusa prassi operativa degli uffici di Procura quanto all’acquisizione dei dati contenuti nei tabulati stoccati presso i *servers* delle compagnie telefoniche – e, per farlo, espelle la novella europea dal sistema interno senza negare l’efficacia vincolante dei principi europei né sollevando, d’altra parte, una questione di rinvio pregiudiziale per ottenere chiarificazioni su quella che definisce un’interpretazione “generica” dei diritti in materia di privacy.

Prima di entrare nel merito, è opportuno notare che la questione in discussione presenta alcune similitudini, in punto di metodo, con la vicenda “Taricco” a proposito dell’incompatibilità col diritto dell’Unione degli artt. 160, ult. co. e 161 c.p. di disciplina della prescrizione, nella quale un pronunciamento della Corte di Giustizia aveva dettato, per principi e con indicazioni generali, i

¹ V. Tribunale di Tivoli, Sez. GIP, ord. 9 giugno 2021, in *questa Rivista*; Corte di Assise di Napoli, Sez. I, ord. 16 giugno 2021, in www.giurisprudenzapenale.it. In chiave adesiva alla posizione europea, Tribunale di Roma, Sez. GIP, decreto 25 aprile 2021, in *questa Rivista*.

² Secondo Corte Giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, C-746/18, H.K., in *questa Rivista*: «1) L’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell’articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l’accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all’ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull’ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l’accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo.

2) L’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell’articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l’azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l’accesso di un’autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all’ubicazione ai fini di un’istruttoria penale».

margini di compatibilità della legislazione interna al di fuori dei quali si sarebbe prodotta l'infrazione delle regole europee, determinando l'impunità per una serie di reati tributari in danno delle risorse finanziarie dell'UE³.

In entrambe le vicende, a ben guardare, la Corte di Giustizia ha adottato uno *statement* dalla formulazione ampia, con un linguaggio preoccupato più dell'indicazione dell'obiettivo da raggiungere che di fornire l'esegesi letterale e minuziosa del dato positivo⁴.

Ciò è dovuto, notoriamente, al fatto che quel giudice interloquisce con sistemi legali differenti tra di loro e dalle variegate tradizioni giuridiche e, ancora, che gli Stati membri conservano – specie in sede di recepimento delle direttive – margini di adattamento della regola sovranazionale alle caratteristiche tecniche dell'ordinamento domestico.

Ma il dato differenziale risiede in ciò: mentre con la prescrizione si ritenne di percorrere la strada maestra del rinvio pregiudiziale, interrogando la Corte di Giustizia sull'esatto significato dei principi enunciati e preavvertendo un controllo di legittimità costituzionale alla luce, tra l'altro, del principio di determinatezza in materia penale⁵, in questa occasione la Corte regolatrice ha affrontato il problema senza investire i giudicanti europei con un analogo quesito interpretativo, pur avendo riscontrato l'eccessiva ampiezza del *dictum* europeo⁶.

³ Per i termini esatti della vicenda v. la ricostruzione di LOMBARDO, *Prescrizione. Diritto penale sostanziale*, in *La prescrizione del reato*, a cura di Addante, Lombardo, Pisa, 2018, 11.

⁴ In adozione della tecnica dell'interpretazione di scopo, si è affermato che l'infrazione coincide col raggiungimento del risultato di impedire di infliggere «*sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari*»: adottando cioè la medesima tecnica di illustrazione per principi e obiettivi dei limiti di compatibilità del diritto interno con quello dell'Unione che risulta dal pronunciamento sui tabulati telefonici. Cfr. Corte Giust. UE, Gr. Sez., 8 settembre 2015, C-105/14, in questa *Rivista*, 2015, 3, con notazioni di CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina penale in materia di interruzione della prescrizione del reato*, *ivi*, 2015, 3, 867, con commento di MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015, col commento di VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*.

⁵ Corte cost., ord. n. 24 del 2017. V. i commenti dottrinali di GIUNCHEDI, *La Consulta, la "regola Taricco" ed il rapporto tra fonti europee*, in questa *Rivista*, 2017, 141; GAMBARELLA, *Irretroattività e determinatezza della regola Taricco: la valutazione, nel rispetto del primato del diritto dell'Unione, spetta alla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2017, 1342; BERNARDINI, *L'ordinanza "Taricco" della Corte costituzionale alla prova della "pareidolia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 48.

⁶ In tal senso invece Trib. Rieti, Sez. pen., ord. 4 maggio 2021, G.B. e altro, in www.giurisprudenzapenale.com, che ha investito la Corte di Giustizia di una questione pregiudiziale sulla legittimità europea dell'art. 132, co. 3, d. lgs. n. 196/2003 laddove individua nel p.m. l'organo competente a disporre l'acquisizione e, in caso di risposta negativa, se il principio affermato in prece-

Di fronte all'uso della medesima tecnica linguistica, il provvedimento in esame ha percorso una strada diversa da quella dell'interlocuzione chiarificatrice e ha ritenuto, in senso contrario, che il precetto europeo, per la sua genericità, dev'essere senz'altro espulso dal novero delle regole vincolanti, senza necessità, è implicito, di provocare una pronuncia ulteriore della Corte di Giustizia sul tema.

2. *Alle origini della questione.* Il punto di partenza è dato dalla sostanza delle considerazioni europee sul significato da ascrivere all'art. 15, § 1 della Direttiva 2002/58/CE in materia di tutela della riservatezza rispetto alla protezione dei dati soggettivi. La Corte di Giustizia ha chiarito che sul piano dei presupposti non è ammissibile una facoltà di accesso generalizzato ai dati delle conversazioni telematiche per qualsiasi esigenza investigativa dell'autorità e, su quello procedurale, occorre che l'accesso in questione sia sorvegliato da un'autorità indipendente, secondo le norme-parametro di cui agli artt. 7, 8 e 11 CDFUE e, ancora, nel rispetto della logica della salvaguardia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali e dell'obbligo di scrutinare le limitazioni per essi previste dai legislatori nazionali, alla luce del principio di proporzionalità di cui all'art. 52, § 1 della Carta.

Sul punto la decisione europea muove considerazioni strutturali al diritto positivo in materia di deroghe alla tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche che siano giustificate dall'esigenza di reprimere e prevenire la commissione di reati, con considerazioni capaci di esulare dal caso concreto per coinvolgere qualunque altra legislazione interna che presenti le medesime caratteristiche.

Nel merito, la Corte interviene tanto sulla tecnica legislativa da adottare, in sede di recepimento della Direttiva, per rendere le eccezioni al divieto di ingerenza nelle comunicazioni private conformi alla regola della proporzionalità, quanto sul procedimento di controllo, valorizzando l'esigenza che l'autorità preposta alla verifica dei presupposti di accesso al dato richiesto abbia quei connotati minimi di neutralità e terzietà richiesti per uno scrutinio effettivo.

Il *focus* sulle condizioni di legalità europea della normativa domestica è forse la ragione principale per cui la decisione della Corte di Giustizia ha animato, sin da subito, il dibattito interno sulla legittimità sovranazionale dell'art. 132, co. 3, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 - che disciplina la c.d. *data retention* per

denza abbia portata retroattiva o invece sia da applicare solo per il futuro, per esigenze di certezza del diritto.

finalità di accertamento dei reati, senza limitare letteralmente tale accesso a una particolare categoria di gravi delitti – e dell’interpretazione consolidata nella giurisprudenza di legittimità, per cui è consentito alla Parte pubblica di ordinare la *disclosure* dei tabulati per esigenze investigative senza che ciò contrasti col livello di tutela offerto dal diritto dell’UE alla riservatezza delle comunicazioni⁷.

Il conflitto, infatti, è sembrato sin da subito evidente: il testo dell’art. 132 non circoscrive l’eccezione a particolari categorie di illeciti e, sul versante della procedura di controllo, non è richiesto esplicitamente che questo venga svolto da un’autorità indipendente. Da un lato la generica previsione dell’esigenza di accertare la commissione di reati non soddisfa la richiesta del diritto dell’Unione di permettere l’acquisizione dei tabulati solo in presenza di forme gravi di criminalità o di un rischio serio per la sicurezza pubblica, rendendo anzi l’accesso a tali dati la modalità *standard* d’investigazione per qualunque tipologia di reato; dall’altro, è interpretata nel senso di ritenere sufficiente un decreto motivato del pubblico ministero, mentre la Grande Sezione richiede che l’accesso venga autorizzato da un giudice o anche un’autorità amministrativa, purché indipendente⁸.

Perciò la norma interna presenta, da questo angolo di osservazione, due vizi differenti. Sul primo profilo si rinviene una lacuna, mancando una diversa e più specifica previsione di legge che scelga, nell’esercizio del margine di discrezionalità che la Direttiva consente, per quali reati dal particolare allarme sociale consentire l’accesso ai dati; sul secondo aspetto, invece, la norma domestica è puntuale nell’individuazione del soggetto competente ma pare in conflitto coi requisiti di indipendenza che la Grande Sezione richiede, dal momento che nel nostro ordinamento, è noto, l’indipendenza è un connotato del magistrato, mentre l’ufficio del pubblico ministero rientra nella nozione di parte e persegue nel processo un interesse istituzionale.

Se sul primo aspetto, dunque, l’individuazione di un insieme di reati in funzione restrittiva richiede all’operatore uno sforzo interpretativo in fase di attuazione del precetto, sul secondo si profila, aderendo ai principi della Gran-

⁷ V. in particolare Cass., Sez. III, 25 settembre 2019, R., in *Mass. Uff.*, n. 277353 che aveva sostenuto la conformità della previsione alle regole sovranazionali anche se la disposizione non prevede l’accesso solo per indagini relative ad un numero chiuso di reati particolarmente gravi, sul presupposto che la tutela europea della *privacy* richieda solo il rispetto della proporzionalità tra accesso e reato per cui si procede, con valutazione vuolsi discrezionale e rimessa al prudente apprezzamento dell’autorità giudiziaria.

⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 21 maggio 2021, Agosta, n.m.; Id., Sez. II, 10 dicembre 2019, Dedej, in *Mass. Uff.*, n. 278568.

de Sezione, l'esigenza di disapplicare la disposizione in contrasto col combinato disposto dell'art. 15, § 1 della Direttiva 2002/58/CE e l'art. 8, § 3, CDFUE - norme sufficientemente chiare e puntuali nel richiedere l'intervento di un'autorità indipendente per la fase di controllo - e attribuire, così, al giudice naturale della fase investigativa il compito di controllare il rispetto dei presupposti per l'attivazione del potere di accesso ai *servers*⁹.

In senso opposto, i primi provvedimenti sul tema dei giudici territoriali hanno escluso la portata innovativa del pronunciamento europeo, con considerazioni spesso non convincenti sul piano della gerarchia delle fonti¹⁰.

Si evidenzia, in prima battuta, la genericità delle indicazioni della Corte del Lussemburgo, che rappresenterebbe un ostacolo insormontabile al suo recepimento nel sistema interno, dal momento che l'esigenza di un restringimento della cerchia di reati che può consentire l'accesso ai dati telefonici è espressa in termini troppo ampi per permettere al giudice nazionale di farne immediata applicazione, mentre secondo alcuni da questa dizione generalista si potrebbe desumere che il diritto pretorio dell'Unione ha inteso fissare, implicitamente, una riserva in favore del legislatore nazionale. In secondo luogo, viene richiamata, in chiave di contrapposizione, la puntualità di un orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità, che da tempo configura il p.m. come autorità indipendente nel procedimento e, dunque, in grado di soddisfare il requisito della neutralità richiesto dal diritto europeo.

Ciò che emerge, in particolare, è che in nessun caso i provvedimenti richiamati mettono in discussione la teoria delle fonti e il collocamento di cui godono le norme europee e l'interpretazione che ne fornisce la Corte di Giustizia: viene anzi ribadito che le decisioni della CGUE, nella misura in cui interpretano le relative fonti del diritto, hanno efficacia vincolante in tutti gli Stati membri dell'Unione e fondano esegesi del diritto primario che hanno un rango superiore alle disposizioni interne in contrasto, le quali sono dunque destinate alla non applicazione.

Si interviene, invece, sul fronte della chiarezza e dell'autosufficienza della regola europea, per specificare che le statuizioni della Corte del Lussemburgo in materia di tabulati telefonici non godono di quella sufficiente chiarezza e

⁹ Ha aderito a questa prospettiva Trib. Roma, Sez. G.i.p. - G.u.p., decreto 25 aprile 2021, in *questa Rivista*, 2021, 2 con osservazioni di LA ROCCA, *Dopo la Corte di Giustizia in materia di tabulati: applicazioni e disapplicazioni interne*, il provvedimento sottolinea che la chiarezza e la vincolatività *erga omnes* delle indicazioni provenienti dal Lussemburgo sono elementi sufficienti per fare diretta applicazione della regola europea, emettendo un decreto di acquisizione dei dati telefonici su richiesta del p.m.

¹⁰ Tribunale di Tivoli, Sez. GIP, ord. 9 giugno 2021, in *questa Rivista*; Corte di Assise di Napoli, Sez. I, ord. 16 giugno 2021, in www.giurisprudenzapenale.com.

puntualità di cui ogni “norma” europea ha bisogno per prevalere sul diritto positivo domestico, con la conseguenza che, in assenza di un intervento del legislatore, il meccanismo della prevalenza e della non applicazione non può, allo stato, essere attivato.

3. *La posizione di legittimità.* Gli argomenti spesi dal verdetto in esame riecheggiano le prime motivazioni dei giudici territoriali apparse sul tema e si muovono lungo due coordinate.

Sul fronte della consistenza del principio e della sua chiarezza in vista di una possibile applicazione pratica, si nega che la decisione europea, quando individua i reati che possono consentire la deroga alla tutela della riservatezza, soddisfi il grado di determinatezza necessario a consentire l'applicazione diretta della regola anche al di là del caso concreto¹¹. In questo modo la Corte di legittimità riesce ad evitare un conflitto frontale col primato del diritto dell'Unione - di cui la teoria della c.d. disapplicazione rappresenta un corollario - e, allo stesso tempo, di portare a conseguenza l'assunto sovranazionale, sul presupposto della sua intrinseca non idoneità a formare una di quelle “regole” europee vincolanti.

L'argomento non pare convincente e, comunque, non sembra sia in grado di costituire un effettivo problema in fase di recepimento interpretativo della decisione europea.

Sul piano della determinatezza, non risulta che la decisione europea fornisca una soluzione al quesito pregiudiziale effettivamente oscura e dalla difficile decodificazione, ponendo invece il problema dell'individuazione, per via esegetica, di un catalogo di reati in grado di completare la condizione di legalità imposta: si tratta, semmai, di trovare un riferimento normativo, su base analogica, per riempire di significato il riferimento della Corte alle forme gravi di criminalità.

A fronte di ciò - pare utile ricordarlo - l'interprete è tenuto ad apprestare una soluzione interpretativa che sia in grado di attribuire effettività al principio europeo in virtù della sua collocazione sistematica nella teoria delle fonti, anche ricorrendo all'analogia per individuare una disposizione che regola un caso simile e che sia applicabile in sostituzione dell'art. 132, co. 3 in parola (previa la sua disapplicazione) per innalzare il livello di tutela in favore dell'indagato.

¹¹ Richiamando, a conforto, il precedente specifico di Cass., Sez. II, 15 aprile 2021, Lordi, n.m.

In questa direzione è stato utilmente proposto di fare riferimento al catalogo di reati di cui agli artt. 266 e 266-*bis* c.p.p. per l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico, sul rilievo che l'attività d'intercettazione, ammessa solo per fattispecie di maggiore gravità selezionate grazie ad un criterio principalmente quantitativo, gode di quelle garanzie di ristrettezza dei presupposti di accesso e di monitoraggio giurisdizionale richieste dal diritto sovranazionale.

Per questa via, dunque, l'accesso ai tabulati potrà avere luogo nei casi in cui anche l'intercettazione è ammessa¹².

Al di là dell'ortodossia di questa soluzione, emerge la correttezza del metodo esegetico di quanti tentano di colmare il precetto europeo col riferimento a istituti analoghi al fine di salvaguardare il principio di effettività del diritto dell'Unione e consentire l'accesso nel nostro ordinamento del maggior livello di tutela dei diritti individuato a Lussemburgo.

Secondo l'art. 19, § 1, TUE, infatti, «*gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*», con l'obbligo di assicurare già in via interpretativa una pratica applicazione dei comandi europei, anche considerando che l'art. 47 della Carta di Nizza, oggi munita del rango di diritto primario, ha riconosciuto che il diritto alla tutela giurisdizionale è un diritto fondamentale per cui, segnatamente, «*ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo*».

In altri termini, alla regola interpretativa dell'effettività delle previsioni sovranazionali si aggiunge il diritto fondamentale ad un controllo giurisdizionale non teorico: la statuizione della Corte del Lussemburgo sull'esigenza di un monitoraggio giurisdizionale dell'accesso ai dati toccati nei *servers* telefonici, in questa ottica, dev'essere interpretata secondo il principio di effettività ed applicata rintracciando nel sistema una fase di controllo *ad hoc*, nei termini indicati, che assicuri la conformità dell'ordinamento al diritto superiore.

Questa, cioè, pare essere la chiave di lettura adeguata a superare quei «*concreti problemi applicativi*» segnalati dalla decisione in sede di recepimento delle indicazioni della Grande Sezione.

La seconda componente del discorso di legittimità riguarda, invece, il confronto con l'orientamento maggioritario nel sistema interno. Col richiamo alla genericità della prospettiva europea si ritiene, ancora, che allo stato non sussi-

¹² Cfr. Trib. Roma, Sez. G.i.p. - G.u.p., decreto 25 aprile 2021, cit.

stono le condizioni per superare il contrario intendimento pretorio, per il quale invece la disciplina interna della c.d. *data retention* di cui all'art. 132 è compatibile con la Direttiva in questione a tutela della *privacy*, per come interpretata dalla medesima Corte di Giustizia con precedenti pronunciamenti. Il provvedimento, in questo modo, valorizza l'ampiezza e la singolarità del pronunciamento sovranazionale per affermare la sua sostanziale erroneità, posto che le interpretazioni della Direttiva sulla riservatezza delle comunicazioni, già rese in precedenza dal Giudice di Lussemburgo, non ha fatto emergere un contrasto sostanziale col diritto positivo interno.

Anche da questo punto di vista, però, pare esservi un problema di metodo. In prima battuta occorre escludere dal tavolo di lavoro l'interpretazione del diritto europeo che è stata fornita dalla giurisprudenza di legittimità, dal momento che il contrasto, se del caso, esiste tra la recente decisione della Corte di Giustizia e i suoi precedenti specifici, per ragioni di competenza interpretativa a cui è estraneo il giudice dello Stato membro, destinatario e non potenziale autore dell'esegesi del diritto dell'Unione.

Pur riportando il confronto sul piano della sola giurisprudenza europea, occorre notare che l'eventuale dubbio sulla compatibilità della decisione della Corte di Giustizia con i propri precedenti avrebbe, a rigore, richiesto di sollevare una questione di rinvio pregiudiziale avente ad oggetto, stavolta, l'art. 132 in esame, in maniera non diversa da quanto fece la Consulta nella vicenda "Taricco" e ha fatto, d'altronde, una recente giurisprudenza di merito¹³, per domandare al Collegio europeo se la Direttiva sulla *privacy* e la Carta di Nizza ostano a una disposizione come quella dell'art. 132 che consente un accesso ampio ai dati telefonici per esigenze investigative, e senza che sia necessario l'intervento del giudice.

4. *Il p.m. come autorità indipendente.* Anche se l'argomento è recessivo nell'economia complessiva del provvedimento in analisi, che rigetta la vincolatività del più recente *dictum* europeo, viene comunque richiamata la posizione di legittimità per cui il p.m. sarebbe comunque da ritenersi un'autorità indipendente, dunque in grado di svolgere il controllo richiesto in autonomia¹⁴.

¹³ V. nota 5.

¹⁴ Da segnalare in argomento le dense considerazioni di SANTORIELLO, *Il pubblico ministero e i cento talleri di Kant*, in *questa Rivista*, 2021, 2, che evidenzia l'astrattezza della metafora dell'inquirente come parte imparziale, poiché da un punto di vista materiale svolge, specie in fase investigativa, attività che lo allontanano dalle connotazioni di terzietà e imparzialità che il dato normativo richiama anche per questo soggetto del procedimento.

L'elemento critico di questa ricostruzione pare risiedere nel metodo, poiché si vuole ricostruire il significato della disposizione del diritto oggettivo dell'Unione senza il necessario confronto col significato che la relativa giurisprudenza attribuisce a quella disposizione.

In senso opposto rispetto alla tesi nazionale per cui il pubblico ministero è classificabile come autorità indipendente, infatti, la recente decisione della Corte di Giustizia più volte citata ha fornito questo significato, affermando che è privo del requisito europeo dell'indipendenza quel controllore che sia, al tempo stesso, il soggetto che chiede l'accesso agli atti e, ancora, che dirige il procedimento d'indagine ed ha il potere istituzionale di esercitare l'azione penale: ciò perché, nell'ottica sovranazionale, il p.m. non ha il potere/dovere di dirimere una controversia restando estraneo al suo oggetto, a causa della sua qualità di parte¹⁵.

È la stessa giurisprudenza europea, in altri termini, a fornire i significati con cui riempire nozioni e concetti provenienti dalle fonti dell'UE, sul quale, è bene ribadirlo, ha primaria competenza interpretativa.

Perciò, anche lungo questo crinale, occorrerebbe, in ortodossa prospettiva, recepire il senso della indipendenza già fornito dal Giudice europeo oppure, in subordine, sollevare un'apposita questione pregiudiziale, domandando alla Corte se il diritto dell'Unione osta a una disciplina nazionale, per come interpretata dalla giurisprudenza interna, che qualifica il titolare del potere di esercizio dell'azione penale come autorità indipendente, ai fini del controllo sull'accesso ai dati delle comunicazioni telematiche e, in caso di risposta affermativa, adeguare l'esegesi interna o, in caso di dubbio, investire la Consulta del conseguente problema di compatibilità costituzionale della soluzione ricevuta coi principi superiori¹⁶.

¹⁵ V. Corte Giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, H.K., cit., §§ 54-55, per cui «*il requisito di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare [...] impone che tale autorità abbia la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna [...], che non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e, dall'altro, abbia una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale. Ciò non si verifica nel caso di un pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale. Infatti, il pubblico ministero non ha il compito di dirimere in piena indipendenza una controversia, bensì quello di sottoporla, se del caso, al giudice competente, in quanto parte nel processo che esercita l'azione penale.*».

¹⁶ Va segnalato che, nelle more, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 234 del 30 settembre 2021 il d.l. 30 settembre 2021, n. 132 che introduce «*Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP*» e riforma l'art. 132, co. 3, d. lgs. n. 196/2003 stabilendo che «*3. Entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore*

nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private.». Vengono altresì introdotti due nuovi commi, per cui «*3-bis. Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati.*

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

In tal modo il legislatore recepisce le prescrizioni europee individuando una categoria più ristretta di reati che consentono l'accesso ai *servers* in fase investigativa - selezionati col riferimento alla pena editale o per elencazione - e introducendo una fase di controllo giudiziario *ad hoc*, mentre resta aperta la conseguente questione di diritto intertemporale, con riferimento alle acquisizioni dei dati già compiute alla data di entrata in vigore del decreto.