

QUESTIONI APERTE

ELVIRA N. LA ROCCA

Dopo la Corte di Giustizia in materia di tabulati: applicazioni e disapplicazioni interne.

A margine di uno dei primi decreti autorizzativi dell'accesso ai tabulati pronunciati dal giudice per le indagini preliminari di Roma, il contributo ne segnala brevemente gli antecedenti e i contenuti proprio per la forza innovativa che li contraddistingue.

After the EU Court of Justice on the matter of Phone records: Direct and Indirect effect of EU Law Provision.

After one of the first authorizations of the judge to access phone records, we signaled the contents and background because of the innovative strength that distinguishes them.

1. Ha destato subito un certo interesse il decreto autorizzativo del G.i.p. presso il Tribunale di Roma datato 25 aprile 2021, i cui contenuti meritano di essere segnalati anche per il loro impatto pedagogico, oltre che innovativo.

Correttamente si è affermato si tratti di una delle prime applicazioni pratiche in Italia di quanto stabilito dalla Grande Sezione della Corte di giustizia UE, nella sentenza C-746/18¹, che solo poco tempo addietro ha suscitato più di una riflessione sulla compatibilità delle linee di principio in essa ribadite e la disciplina interna in materia di violazioni della privacy “per esigenze di accertamento del reato e sicurezza sociale”².

Più che per le specificazioni sui limiti che circondano gli accessi ai tabulati per evenienze investigative e di accertamento, sono state le più generali affermazioni della Corte europea sulle garanzie a cui sono soggette le ingerenze nella vita privata ad aver risvegliato il bisogno di rievocare quei capisaldi essenziali di cui, a livello interno, si lamenta ormai da tempo la destabilizzazione.

Proporzionalità, riserva di legge e riserva di giurisdizione: tre noti nodi essenziali che tracciano il perimetro al di fuori del quale ogni impiego di esiti di attività intrusive occulte nella vita privata si colloca sul terreno delle ingerenze

¹ Lo ha osservato DELLA TORRE, L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma, in *Sist. Pen.*, 29 aprile 2021.

² Per un primo commento sia consentito il rinvio a LA ROCCA, *A margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia UE (C-748/18): riflessi sinistri sulla disciplina delle intercettazioni in Italia*, in www.dirittoconparati.it; nonché, per considerazioni più ampie, ID., *L'art. 270 c.p.p. e la proporzionalità perduta: moniti per un recupero dalla Corte di giustizia UE*, in *questa Rivista*, 2021, 1 ss.; MERLO, *Intercettazioni e ruolo del pm. L'UE contro la prassi italiana*, in www.ristretti.org; SPANGHER, *I tabulati: un difficile equilibrio tra esigenze di accertamento e tutela dei diritti fondamentali*, in www.giustiziainsieme.it.

indebite, perché non rispettoso degli standard di tutela cristallizzati nelle Carte dei diritti fondamentali.

I profili di incompatibilità con i recenti approcci interni sono più ampi di quel che si possa essere indotti a pensare: nella sua più recente presa di posizione sulla portata dell'art. 15 par. 1 della Direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, i Giudici europei si sono pronunciati sulla disciplina che consente di trattare dati personali in violazione del diritto alla privacy senza l'autorizzazione di un giudice terzo e imparziale e per finalità estranee alla lotta contro reati di una consistente gravità. Rientra tra le limitazioni "gravi" della riservatezza di un individuo ogni utilizzo di dati esterni alle comunicazioni che consenta di produrre precise conclusioni sulla sua vita privata. È già la conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico a dirsi idonea a rivelare plurime notizie sulla persona, consentendo persino di tracciarne un profilo del carattere o di mapparne gli spostamenti³. Ben si comprende, allora, come l'uso dei tabulati per fini investigativi, pur perseguendo lo scopo certamente degno di tutela di contrastare gravi forme di reato, per risultare legittimo, debba, dal punto di vista del diritto dell'Unione, rispettare lo *standard* di protezione dei diritti cristallizzato nella Carta di Nizza⁴.

Già in precedenti occasioni la Corte aveva affermato che il diritto UE osta «a una normativa nazionale, la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, e segnatamente l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, senza limitare, nell'ambito della lotta contro la criminalità, tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione»⁵. Più in generale, nell'ultima sentenza la Grande Sezione è tornata a ribadire che la possibilità per gli Stati membri di giustificare una limitazione ai diritti e agli obblighi previsti dalla Direttiva 2002/58, deve essere valutata misurando la gravità dell'ingerenza che una limitazione siffatta comporta e verificando che l'importanza dell'obiettivo di interesse generale perseguito mediante questa limitazione sia correlata alla gravità dell'ingerenza suddetta⁶.

³ V. già Corte giust., Grande Sezione, 2 ottobre 2018, C-207/16.

⁴ v. sul punto L. LUPÁRIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Dir. di internet*, 2019, 759

⁵ Corte giust., Gr. Sez., 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15

⁶ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., §3, ma v. anche Corte giust. UE, 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18.

Le prescrizioni legali improntate alla proporzionalità costituiscono il primo presupposto per gestire l'ingerenza nella vita privata per la lotta [solo] contro gravi situazioni di criminalità, evocando i vecchi moniti della Corte costituzionale⁷, quelli finalizzati a circoscrivere entro maglie strette le limitazioni al diritto alla segretezza delle comunicazioni, intimamente legato alla dignità di ogni persona e presidiato dalla doppia riserva di legge e giurisdizione.

La visione intransigente adottata dalla Consulta, temperata solo dal bisogno di soddisfare quell'interesse pubblico all'accertamento di reati capaci di destare particolare allarme a causa della loro gravità, oggi risuona nella sentenza della Corte europea che, dopo aver rimarcato il peso della tipicità delle condizioni sostanziali e procedurali che disciplinano l'utilizzo dei risultati dell'ingerenza nella vita privata, sposta l'attenzione sull'essenzialità del controllo preventivo del giudice, quale condizione preliminare a qualsiasi intrusione nella sfera intima dell'individuo, anche quella solo all'apparenza meno forte rispetto all'attività di captazione, consistente nell'accesso ai tabulati. A seguito di una richiesta motivata da parte delle autorità interessate, è necessario l'intervento del giudice che, anche in ipotesi di urgenza debitamente giustificata, deve intervenire entro termini brevi⁸.

Viene toccato, così, il nucleo essenziale della riserva di giurisdizione, e la Corte europea ne pretende il rispetto mettendone a nudo i profili. L'indispensabile controllo autorizzativo della intrusione nella vita privata sottintende "un giudice" «che [...] disponga di tutte le attribuzioni e presenti tutte le garanzie necessarie per garantire una conciliazione dei diversi interessi e diritti in gioco. Per quanto riguarda, più in particolare, un'indagine penale, tale controllo preventivo richiede che detto giudice sia in grado di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso»⁹.

Le caratteristiche del titolare del controllo sono messe bene in luce onde evitare ogni equivoco di sorta: «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 avanza la richiesta, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo [...] al riparo da qual-

⁷ In particolare, in Corte cost., n. 63 del 1994 nel giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 270 c.p.p.

⁸ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., § 51 ma v. già v., in tal senso, Corte giust. UE, 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18.

⁹ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., §52.

siasi influenza esterna»¹⁰. Tali esigenze di fondo collimano con il ruolo dell'inquirente. Il requisito di indipendenza, invero, «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. E ciò non si verifica nel caso di un pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale. Infatti, il pubblico ministero non ha il compito di dirimere in piena indipendenza una controversia, bensì quello di sottoporla, se del caso, al giudice competente, in quanto parte nel processo che esercita l'azione penale. La circostanza che il pubblico ministero sia tenuto, conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze e il suo *status*, a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento, non può essere sufficiente per conferirgli lo *status* di terzo»¹¹.

L'esigenza di fondo, di tenere distinto il ruolo del giudice da quello del pubblico ministero, «chiude il cerchio» ma apre la via alle introspezioni, poiché nessun ordinamento europeo può tollerare intrusioni nella sfera privata che non siano giustificate dall'esigenza di far fronte ad un interesse di grado elevato -quale la lotta di forme gravi di criminalità- e che non siano previamente autorizzate da un giudice. Il che dovrebbe indurre, occorre insistere, a riflettere anche su altri congegni che invece si fondano su paradigmi opposti¹².

2. Il decreto del G.i.p. di Roma costituisce il primo sintomo di tale introspezione. Preso atto della portata dirompente delle affermazioni della Grande Sezione, e conscio del potere che l'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 attribuisce proprio al pubblico ministero di disporre, con decreto motivato, l'acquisizione di tabulati nell'ambito di un procedimento penale, senza compiere alcuna distinzione tra fattispecie di reato più o meno gravi, il giudice interno ha fatto propri i moniti europei, affermandone la diretta applicabilità anche nei confronti dell'Italia.

È una scelta *prima facie* coraggiosa, un precedente di forte impatto soprattutto nella misura in cui, per un verso declama il «sopravvenuto contrasto tra l'art. 132 comma 3 del d.lgs. 196/2003 e la normativa dell'Unione Europa»

¹⁰ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., § 54.

¹¹ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., §§ 54, 55, 56.

¹² Sul punto si rinvia alle brevi considerazioni già espresse in LA ROCCA, *L'art. 270*, cit., 1 ss. anche per più ampi richiami di bibliografia e giurisprudenziali.

così come interpretata dalla composizione allargata del suo organo nomofilattico e, per l'altro, ne sottolinea le potenzialità disapplicative della norma e della prassi interne¹³ che autorizzano l'agire solitario del pubblico ministero.

Quel che si prospetta, dunque, è l'innesto di correttivi in una materia foriera di fortissime lesioni ai diritti individuali e alle garanzie già predisposte dalla Carta costituzionale. Il g.i.p. di Roma, invero, per smentire gli orientamenti di legittimità contrastanti con il diritto e con la giurisprudenza europea, dopo aver colto l'ampiezza e i potenziali risvolti delle affermazioni della Corte di giustizia, enfatizza quel concetto di "forme gravi di criminalità", sintomatico dell'esigenza di ingerenza secondo i dettami europei ma, di converso, sminuito dalla giurisprudenza interna e dagli assetti interni che consentono intrusioni non previamente autorizzate dal giudice anche quando si procede per fattispecie che con si identificano con quelle forme gravi stesse.

È vero che la Corte di Giustizia non indichi un catalogo di reati che potrebbero legittimare l'intrusione. D'altronde non spetta all'Unione né alla Corte un simile compito. Ciò non equivale ad affermare la portata omnicomprendente di quella macrocategoria, né a giustificare surrogati della riserva di giurisdizione.

E la soluzione del G.i.p. per ovviare all'*impasse* è stata quella di riempire i contenuti della formula "forme gravi di criminalità" con un rinvio agli elenchi contenuti negli artt. 266 e 266 bis c.p.p., nel tentativo di recuperare anche per l'accesso ai tabulati il peso del principio di legalità. Come a dire che il giudice debba autorizzare l'accesso ai tabulati, ma solo se si stia procedendo per fattispecie per le quali è possibile intercettare, onde evitare il rischio di intrusioni nella vita privata oltre le intenzioni accolte nel decreto autorizzativo.

Sembra così smentito quell'indirizzo di legittimità sulla scorta del quale «il fatto che ad autorizzare la trasmissione e l'utilizzo del dato sia il solo pubblico ministero garantirebbe comunque un livello adeguato di tutela, posto che la trasmissione di un dato esterno di una comunicazione determinerebbe una compromissione del diritto alla *privacy* decisamente inferiore rispetto alle intercettazioni, la cui tutela è affidata, invece, al controllo di un giudice»¹⁴.

Si tratta di un primo passo importante che probabilmente non godrà dell'apprezzamento unanime della magistratura inquirente e di coloro che intravedono nei passaggi procedurali tesi ad attuare la riserva di giurisdizione

¹³ Sul tema si rinvia a LUPÁRIA, *Data retention e processo penale*, cit., 757 ss; MARCOLINI, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, in *Cybercrime*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2019, 1579 ss.

¹⁴ In Cass., Sez. III, 23 agosto 2019, R., in *Mass. Uff.*, n. 277353, con nota di LUPÁRIA, *Data retention*, cit., 753.

una «incessante, e altrettanto estenuante, rincorsa all'attivazione di sempre nuove procedure»¹⁵ per invadere la sfera privata dell'individuo.

Ma i beni umani primari come l'inviolabilità del domicilio, la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma comunicazione, adeguatamente tutelati dalla forza dell'ordinamento costituzionale e dalla capacità dei suoi interpreti di tramutare quella forza in statuti garantistici, richiedono un approccio diverso, quello promosso nell'ultima presa di posizione della giurisprudenza di Lussemburgo in un tempo in cui, ormai, dovrebbe prevalere la funzione prescrittiva, e non meramente descrittiva, delle Carte dei diritti che tutelano l'individuo.

¹⁵ V., sebbene con riferimento all'apprezzamento per la riforma dell'art. 270 c.p.p., PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto?* La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019, in *Sist. pen.*, 2020, 1 ss