

CLASSIFICAZIONE

ARTT. 7, 8, 11, 52 CDFUE - Trattamento dei **dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche** e loro utilizzo ai fini di indagini penali connesse alla **tutela dei mercati finanziari – Conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati** finalizzata all'aprevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di **reati in materia di abuso di mercato e abuso di informazioni privilegiate** – **Contrasto con il diritto dell'Unione** – Sussistenza –

Applicabilità della disciplina generale prevista in materia sul **rispetto del principio di proporzionalità a tutela della vita privata** – Necessità.

Normativa nazionale sulla conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati incompatibile con il diritto dell'Unione – **Possibilità per un giudice nazionale di limitare gli effetti nel tempo di una declaratoria di invalidità** della stessa – **Esclusione** – **Utilizzazione come elementi di prova** dei dati illegittimamente conservati – **Valutazione riservata al diritto nazionale** nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 20 settembre 2022 – cause riunite V.D. (C-339/20) e S.R. (397/20)

RIFERIMENTI NORMATIVI ORDINAMENTO EUROUNITARIO

Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002 (come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009) relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche: **art. 15, par. 1;**

Regolamento UE n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato: **art. 23, par. 2, lett. g) e h);**

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: **artt. 7, 8, 11, 52, par. 1;**

RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI

Art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy);

Art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 30 settembre 2021, n. 132, conv., con modifiche, dalla l. 23 novembre, 2021, n. 178;

Art. 24, comma 1, l. 20 novembre 2017, n. 167;

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI CORTE GIUSTIZIA

Grande Sez., 5 aprile 2022, **G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General (C-140/20);**

Grande Sez., 2 marzo 2021, **U.K. c. Prokuratuur** (C-746/18);
Grande Sez., 6 ottobre 2020, **La Quadrature du Net e aa.**(C-511/18, C-512/18, C-520/18);
Grande Sez., 6 ottobre 2020, *Privacy International* (C-623/17);
Grande Sez., 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal* (C-207/16);
Grande Sez., 21 dicembre 2016, *Tele 2 Sverige AB e a.* (C-203/15 e C-698/15);
Grande Sez., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e a.*(C-293/12 e C-594/12).

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI CORTE DI CASSAZIONE PENALE

Sez. 6, n. 16675 del 22/03/2023, Rizzo, n.m.; **Sez. 6, n. 15836 del 11/01/2023, Berera e aa., n.m.**; Sez. 6, n. 12734 del 02/02/2023, Kurtovic, n.m.; Sez. 5, n. 11464 del 22/11/2022, Digiacomantonio, n.m.; **Sez. 2, n. 11283 del 03/02/2023, Gallone, n.m.**; **Sez. 6, n. 40 del 22/09/2022, dep. 2023, Manzari, Rv. 284104**; Sez. 1, n. 37675 del 13/05/2022, Zuliani, n.m.; Sez. 5, n. 36205 del 07/06/2022, Di Luccio e a., n.m.; Sez. 1, 34539, del 01/04/2022, Concas, n.m.; Sez. 1, n. 32278 del 16/05/2022, Perfidio, n.m.; Sez. 3, n. 11993 del 16/02/2022, G., n.m.; **Sez. 3, n., 11991 del 31/01/2022, Novellino Rv. 283029.**

Abstract

*La Corte di giustizia ha affermato che la speciale disciplina regolamentare, che attribuisce alle autorità deputate alla vigilanza sui mercati finanziari di richiedere agli operatori di servizi di comunicazione elettronica i dati presso di loro esistenti, relativi alle registrazioni di traffico effettuate, **non** può costituire il fondamento giuridico di un **obbligo di generale conservazione** delle registrazioni medesime.*

***Il diritto dell'Unione**, infatti, **osta ad una normativa nazionale** la quale, a titolo preventivo e per finalità di contrasto dei reati, anche di quelli di abuso di mercato, imponga la **conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati relativi al traffico di tutti gli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica**, senza che sia operata alcuna distinzione al riguardo o che siano previste eccezioni e senza che sia dimostrato un rapporto di proporzionalità tra i dati da conservare e l'obiettivo perseguito.*

*A fronte di una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati, **il giudice nazionale non può limitare nel tempo gli effetti della declaratoria di invalidità** per contrasto con il diritto dell'Unione.*

***Spetta tuttavia al diritto nazionale**, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, **stabilire le regole relative all'ammissibilità ed alla valutazione processuale degli elementi di prova** eventualmente ottenuti mediante l'accesso a tali dati.*

1. Il caso.

La Corte di cassazione francese ha proposto due identiche domande di pronuncia pregiudiziale nell'ambito di analoghi procedimenti avviati da V.D. e S.R., formalmente

incriminati, tra l'altro, per il **reato di abuso di informazioni privilegiate con elementi di prova fondati su dati personali acquisiti presso gestori di servizi di comunicazione elettronica**. Come all'epoca consentito dalla legislazione nazionale – il Codice delle poste e comunicazioni elettroniche (CPCE) ed il Codice monetario e finanziario (**CMF**) – questi dati erano stati acquisiti dall'Autorità dei Mercati Finanziari di Francia (**AMF**) nel corso di un'indagine da questa condotta ed erano stati poi trasmessi al giudice istruttore e quindi valorizzati ai fini dell'indagine penale.

Le persone sottoposte a processo penale avevano adito la Corte di appello di Parigi, lamentando l'illegittimità dell'acquisizione di quei dati, avvenuta in forza di disposizioni nazionali ritenute incompatibili con l'**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, letto alla luce degli **articoli 7, 8 e 11, nonché dell'art. 52, par. 1, della CDFUE (Carta di Nizza)**. La Corte di appello aveva rigettato i ricorsi osservando, in particolare, che l'**art. 23, par. 2, lett. h), Reg. UE n. 596/2014 (Regolamento sugli abusi di mercato)** – come già, in precedenza, l'**art. 12, par. 2, lett. d), Dir. 2003/6/CE** – consente alle autorità competenti, nella misura in cui ciò sia previsto dal diritto nazionale, di chiedere registrazioni relative allo scambio dei dati conservate dagli operatori di servizi di comunicazione elettronica, qualora vi sia il ragionevole sospetto che sia stata commessa una violazione di abuso di informazioni privilegiate. I ricorrenti avevano quindi impugnato la decisione presso la Corte di cassazione, giudice del rinvio.

2. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Giustizia.

Il giudice del rinvio, dopo aver dato atto che, nel caso di specie, dovevano trovare applicazione, *ratione temporis*, le previsioni del CMF che consentivano alla AMF l'accesso ai dati personali – pur se successivamente dichiarate incostituzionali per violazione del diritto fondamentale al rispetto della vita privata – ne ha rilevato la non conformità al diritto dell'Unione nella parte in cui le stesse consentivano l'accesso ai dati senza previo controllo da parte di un organo giurisdizionale o di un'autorità indipendente. Si è inoltre rilevato un possibile contrasto del CPCE con il diritto dell'Unione rispetto alla previsione di una conservazione generalizzata ed indiscriminata dei dati relativi al traffico ed all'ubicazione degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica per un anno "ai fini della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento dei reati". Trattandosi, tuttavia, di indagini relative ad illeciti di abuso di mercato e di informazioni privilegiate, il giudice del rinvio ha rilevato che la richiesta di accesso ai dati conservati dagli operatori dei servizi di comunicazione elettronica sarebbe giustificata dall'**art. 23, par. 2, lett. g) e h), Reg. UE n. 596/2014** – e dalle conformi previsioni della **Dir. 2003/06/CE** – osservando che quei dati di connessione, in molti casi, costituiscono elementi di prova indispensabili per individuare e dimostrare l'esistenza di un abuso di informazioni privilegiate, da considerarsi quale infrazione grave.

I giudici francesi, nel disporre il rinvio pregiudiziale, hanno, quindi, valutato la necessità di chiarire come queste speciali previsioni in materia di tutela contro gli abusi di mercato possano conciliarsi con le generali previsioni di tutela del rispetto alla vita privata connesse ai limiti di conservazione dei dati delle comunicazioni elettroniche contenute nell'art. 15, par. 1, Dir. 2002/58/CE, letto alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52, par. 1, della Carta di Nizza, nonché la necessità di verificare se sialegittimo chediscipline normative incompatibili con il diritto dell'Unione, in materia di accesso a tali dati e di conservazione degli stessi, mantengano i loro effetti; sono state, così, formulate, con due identiche richieste avanzate in ciascun procedimento, **tre questioni pregiudiziali**:

1) se il combinato disposto di tali previsioni di matrice eurounitaria, speciali e generali, debba essere interpretato nel senso che esse ostino a misure legislative, come quella oggetto del procedimento principale, che prevedono, a titolo preventivo, per finalità di contrasto dei reati di abuso di mercato, una **conservazione generalizzata ed indiscriminata** dei dati relativi al traffico **per un anno** a decorrere dal giorno della registrazione;

2) nel caso in cui la risposta alla prima questione fosse tale da indurre il giudice nazionale a ritenere che la citata normativa francese non sia conforme al diritto dell'Unione, se gli effetti della normativa domestica possano essere **provvisoriamente mantenuti** al fine di evitare un'incertezza del diritto e di consentire che i dati raccolti e conservati in precedenza siano utilizzati per uno degli scopi da essa previsti;

3) se un giudice nazionale possa mantenere provvisoriamente gli effetti di una normativa che consente ai funzionari di un'autorità amministrativa indipendente incaricata di svolgere indagini sugli abusi di mercato di ottenere la comunicazione dei dati di connessione, senza previo **controllo da parte di un organo giurisdizionale** o di un'altra autorità amministrativa indipendente.

3. La decisione.

La sentenza si iscrive in un filone interpretativo oramai consolidato in tema di garanzie per la conservazione dei dati personali connessi all'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica, l'accesso ai medesimi ed il loro utilizzo in sede penale a tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita privata.

3.1. Nell'esaminare **la prima questione pregiudiziale** e nel ribadire che, ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, occorre tenere conto non soltanto del tenore letterale della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa, **la Corte, anzitutto, ha escluso che il Reg. n. 596/2014 abbia inteso riconoscere agli Stati membri il potere di imporre agli operatori di servizi di comunicazione elettronica un obbligo di conservazione generalizzata delle registrazioni telefoniche e dei dati relativi al traffico ai fini dell'esercizio dei poteri di vigilanza in materia finanziaria** per garantire l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e rafforzare la fiducia degli investitori.

La Corte chiarisce che la disciplina normativa di riferimento in materia di conservazione e di trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche è contenuta nella Direttiva 2002/58/CE e l'interpretazione della stessa vale anche per i dati suscettibili di essere richiesti dalle autorità di vigilanza in materia finanziaria, posto che anche tale attività va compiuta nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi stabiliti dalla Carta, compreso il diritto alla tutela della vita privata.

Ricostruendo la disciplina dal giudice del rinvio ritenuta applicabile nel caso di specie – successivamente dichiarata incostituzionale ed illegittima proprio per ritenuta violazione dei richiamati diritti fondamentali – **la Corte constata che il legislatore nazionale, ai fini della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento dei reati e del contrasto alla criminalità, aveva previsto una conservazione generalizzata ed indiscriminata dei dati relativi al traffico telefonico per la durata di un anno a decorrere dal giorno della registrazione.** Si osserva che, benché non comprendenti il contenuto delle conversazioni, i dati in questione **permettevano di individuare i mezzi utilizzati, di determinare la data, l'ora e la durata delle comunicazioni, il luogo in cui si trovavano gli utenti (o anche l'ubicazione delle apparecchiature terminali** senza che si fossero necessariamente svolte delle comunicazioni), in tal modo **consentendo di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone.**

Confermando un orientamento giurisprudenziale consolidato – ed in particolare richiamando le sentenze del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*, e del 5 aprile 2022, *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána* – la Grande Sezione della Corte di giustizia afferma che **l'art. 15, par. 1, Dir. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta, osta ad una normativa nazionale che preveda, a titolo preventivo, la conservazione, generalizzata e indifferenziata per la durata di un anno, dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione afferenti alle comunicazioni elettroniche,** per finalità di lotta alla criminalità anche con riguardo al contrasto dei reati di abuso di mercato.

In assenza di dimostrazione del **rapporto richiesto tra i dati da conservare e l'obiettivo perseguito** – afferma la Corte – tale forma di *data retention* eccede i limiti dello stretto necessario e non può dunque essere considerata giustificata in una società democratica alla luce del richiamato diritto dell'Unione.

3.2. Nell'esaminare congiuntamente le **questioni seconda e terza**, la Corte, riproponendo i principi affermati nella già citata decisione *G.D. c. Commissioner*, ha ribadito che, ove non sia possibile procedere ad un'interpretazione della normativa nazionale conforme, il **principio del primato del diritto dell'Unione** impone al giudice nazionale di garantire la piena efficacia del medesimo, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. **Solo la Corte può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di**

certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione e questo può avvenire soltanto nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta, ciò che non è accaduto nelle precedenti pronunce rese con riguardo all'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 e dell'art. 52, par. 1, della Carta. Il mantenimento degli effetti di una normativa nazionale come quella francese di cui ai procedimenti principali implicherebbe che detta normativa continui ad imporre ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica obblighi che risultano contrari al diritto dell'Unione e comportano ingerenze gravi nei diritti fondamentali delle persone i cui dati sono stati conservati, sicché **il giudice nazionale non può limitare nel tempo gli effetti di una declaratoria di illegittimità ad esso spettante.**

Con riguardo, poi, all'**impatto della dichiarazione dell'eventuale incompatibilità della legge nazionale con la Dir. 2002/58, letta alla luce della Carta** – legge che prevedeva l'ammissibilità delle prove dedotte contro V.D. e S.R., nell'ambito dei procedimenti penali avviati nei confronti dei medesimi – la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza (sentenza del 2 marzo 2021, *U.K. c. Prokuratuur*), secondo la quale, conformemente al **principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, la valutazione di tale ammissibilità rientra nel diritto nazionale, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.**

4. Osservazioni.

A distanza di un anno e mezzo dalla sentenza **G.S., 2 marzo 2021, U.K. c. Prokuratuur** e di neppure sei mesi dalla successiva **G.S., 5 aprile 2022, G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána**, la Corte di giustizia, sollecitata dalla *Cour de cassation* francese, pronunciandosi sempre in composizione di Grande Sezione, è nuovamente intervenuta sull'interpretazione del diritto dell'Unione concernente l'accesso e, in particolare, **la conservazione** dei dati delle comunicazioni elettroniche, anche per finalità di indagine penale, nonché sui poteri-doveri del giudice nazionale nel caso di ritenuta incompatibilità della disciplina interna sul punto.

Con riguardo al riepilogo del quadro normativo di riferimento del diritto dell'Unione, delle precedenti pronunce rese sul tema dalla Corte di giustizia e dalla Corte di cassazione, anche in relazione alle garanzie necessarie per poter accedere ai dati conservati, **si richiamano i Report predisposti sulle due importanti decisioni appena citate del 2021 e del 2022**, delle quali si era sottolineato il forte impatto sull'ordinamento nazionale italiano, con prevedibile necessità di un intervento normativo di adeguamento che solo in parte può dirsi avvenuto.

L'innegabile sussistenza di ulteriori profili di frizione tra ordinamento interno e diritto dell'Unione rispetto alla data retention rende opportuna la segnalazione della decisione in parola, che, pur non offrendo profili di reale novità interpretativa, offre un'occasione favorevole per fare **il punto su questioni che continuano a costituire**

oggetto di dibattito sul piano interno. In particolare, **il tema**, che **continua ad essere portato all'attenzione anche del giudice penale di legittimità**, concerne **l'utilizzabilità processuale dei dati personali connessi all'uso dei mezzi di comunicazione elettronica**, acquisiti dall'autorità giudiziaria presso i gestori dei relativi servizi ai sensi dell'**art. 132 Cod. privacy**.

La sentenza in commento non affronta specificamente la questione delle garanzie che debbono caratterizzare l'accesso ai dati personali connessi all'uso delle comunicazioni elettroniche – sulla quale, anche sul piano interno, i problemi un tempo dibattuti sembrano oggi aver trovato adeguata soluzione - ma consolida l'indirizzo interpretativo sul **necessario rapporto di proporzionalità che deve sussistere tra conservazione dei dati medesimi a fini di giustizia penale e tutela della vita privata**, ribadendo principi già affermati con riguardo all'utilizzabilità processuale di dati acquisiti e conservati in spregio al diritto dell'Unione. La sentenza, inoltre, precisache **la disciplina di cui alla direttiva 2002/58 CE è la sola applicabile**, a prescindere dalla natura dei reati ipotizzati, e non soffre eccezioni, neppure con riguardo alla pur forte tutela che l'ordinamento dell'Unione assicura al regolare funzionamento dei mercati finanziari in base alla disciplina oggi contenuta nel Reg.n. 596/2014.

4.1. Il quadro normativo nazionale.

Com'è noto, al fine di conformare l'ordinamento domestico al diritto dell'Unione quale interpretato dalla citata sentenza *U.K. c. Prokuratuur*, con un intervento d'urgenza attuato con d.l. 30 settembre 2021, n. 132, recante, tra l'altro, misure urgenti in materia di giustizia, conv., con modifiche, dalla l. 23 novembre, 2021, n. 178, il legislatore ha novellato l'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Cod. privacy (per i commenti ai citati testi normativi, anche per richiami ed ampi riferimenti, si rimanda alle **Rel. Uff. Mass. nn. 55/2021 e 67/2021**).

Le modifiche si sono tuttavia concentrate sull'individuazione dei **reati che – per gravità e modalità esecutive – consentono, laddove sussistano sufficienti indizi di reato, l'accesso ai dati** temporaneamente conservati presso i fornitori dei servizi di comunicazione elettronica nonché sulle **modalità procedurali** e le **garanzie che, pena l'inutilizzabilità processuale, debbono essere seguite**. Si è inoltre dettata la **disposizione transitoria** che, con riguardo ai processi relativi ai medesimi reati, subordina alla **necessaria corroboration con altri elementi di prova** l'utilizzabilità processuale a carico dell'imputato dei dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta acquisiti in data precedente all'entrata in vigore del decreto (art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132 del 2021).

La "novella" non ha invece modificato le regole concernenti la conservazione dei dati ed è su questo tema che occorre tornare a riflettere, anche alla luce della conferma dell'orientamento interpretativo del giudice euorounitario emergente dalla decisione in commento. L'art. 132 Cod. privacy continua infatti a prevedere che, per finalità di accertamento

e repressione dei reati, i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, mentre i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione e i dati relativi alle chiamate senza risposta sono conservati per soli trenta giorni.

Con riguardo ai reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lett.a), cod. proc. pen., il periodo di conservazione di tutti i dati è esteso a settantadue mesi (cfr. art. 24, comma 1, l. 20 novembre 2017, n. 167, previsione dettata in attuazione dell'art. 20 dir. n. 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017).

4.2.I più recenti orientamenti della Corte di legittimità.

4.2.a. Sino ad ora, la Cassazione è stata per lo più chiamata a pronunciarsi in relazione a doglianze difensive concernenti l'inutilizzabilità processuale dei dati, per non essere stati acquisiti in forza di un provvedimento giurisdizionale ovvero da un'autorità amministrativa indipendente. **Le questioni sono state risolte facendo applicazione della nuova disposizione transitoria** e, comunque, tenendo conto del diritto dell'Unione secondo l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia. In particolare, sono stati al proposito affermati i seguenti **principi**:

- la disposizione transitoria di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 30 settembre 2021, n. 132, conv. con modifiche, dalla l. 23 novembre 2021, n. 178, ha legittimamente perseguito, in un'ottica di **ragionevole ed equilibrato contemperamento di interessi diversi**, la finalità di non disperdere dati già acquisiti, subordinandone l'utilizzazione a carico dell'imputato alla significativa illiceità penale di predeterminate ipotesi per cui è consentita l'acquisizione a regime ed alla sussistenza di "altri elementi di prova", quale requisito di compensazione della mancanza di un provvedimento giudiziale di autorizzazione all'acquisizione stessa, necessario nella disciplina a regime (Sez. 3, n. 11991 del 31/01/2022, Novellino, Rv. 283029; Sez. 6, n. 12734 del 02/02/2023, Kurtovic, n.m.; Sez. 2, n. 11283 del 03/02/2023, Gallone, n.m.; Sez. 1, 34539, del 01/04/2022, Concas, n.m.), essendo invece i dati precedentemente acquisiti sempre utilizzabili in favore dell'imputato (Sez. 3, n. 11993 del 16/02/2022, G., n.m.);
- gli "**altri elementi di prova**" che devono confortare i cd. dati "esteriori" delle conversazioni ai fini del giudizio di colpevolezza possono essere di qualsiasi tipo e natura, in quanto non predeterminati nella specie e nella qualità, sicché possono ricomprendere non solo le prove storiche dirette, ma anche quelle indirette, legittimamente acquisite e idonee, anche sul piano della mera consequenzialità logica, a corroborare il mezzo di prova ritenuto *ex lege* bisogno di conferma (Sez. 2, n. 11283

del 03/02/2023, Gallone, n.m.; Sez. 6., n. 40 del 22/09/2022, dep. 2023, Manzari, Rv. 284104, massimata su altro punto);

- **se la norma transitoria è entrata in vigore in pendenza del giudizio di merito**, anche in grado di appello, è onere dell'imputato richiederne in quella sede l'applicazione, pena l'inammissibilità della doglianza proposta per la prima volta in cassazione quantomeno con riguardo al profilo dell'inutilizzabilità dei dati acquisiti perché non confortati da altri elementi di prova, trattandosi di questione afferente non già all'inutilizzabilità di una prova acquisita in violazione di divieti stabiliti dalla legge, come tale rilevabile anche d'ufficio, bensì alla valutazione della prova stessa (Sez. 6, n. 16675 del 22/03/2023, Rizzo, n.m.);
- **se, invece, la disposizione transitoria è entrata in vigore dopo la sentenza di merito impugnata in cassazione**, tanto più se dopo la proposizione del ricorso, al di fuori dei casi di inammissibilità dello stesso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla idoneità dei dati di comunicazione elettronica a provare la responsabilità dell'imputato, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. n. 132 del 2021, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata (Sez. 5, n. 11464 del 22/11/2022, dep. 2023, Digiacomantonio, n.m.; Sez. 5, n. 36205 del 07/06/2022, Di Luccio e a., n.m.); in tali casi, la disposizione transitoria è infatti applicabile anche nel giudizio di legittimità, dovendo considerarsi il procedimento probatorio non ancora esaurito allorché la Corte sia stata investita del sindacato sulla valutazione delle prove compiuta nel giudizio di merito, con la conseguenza che la Cassazione ha il potere-dovere di rilevare che la decisione impugnata si fonda su prove colpite da un sopravvenuto difetto di utilizzazione (Sez. 6., n. 40 del 22/09/2022, dep. 2023, Manzari, Rv. 284104);
- **la tutela assicurata dall'art. 15 Cost. e dalla Direttiva n. 2002/58/CE, letta alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza, concerne anche l'acquisizione dei tabulati di traffico telefonico che consentono la mera individuazione dell'ubicazione degli apparecchi utilizzati** (v. già Sez. 1, n. 37675 del 03/05/2022, Zuliani, n.m.), sicché – si è recentemente precisato – la loro acquisizione presso i fornitori dei servizi di comunicazione elettronica, se effettuata dalla polizia giudiziaria senza decreto autorizzativo del pubblico ministero anche prima delle modifiche apportate all'art. 132 cod. pr., determina l'inutilizzabilità patologica del dato, come tale rilevabile anche nel giudizio abbreviato (Sez. 6, n. 15836 del 11/01/2023, Berera e aa., n.m.).

4.2.b. Con riguardo alla conservazione dei dati, sono invece ancora poche le pronunce della Corte di cassazione che hanno affrontato il tema.

In una delle prime decisioni successive alla sentenza *G.D. c. Commissioner* – ritenuta priva di significative innovazioni rispetto alla precedente giurisprudenza – si è affermato che la questione non impedirebbe di fare applicazione della disposizione transitoria sul rilievo che con la stessa «non appare contrastante...con il principio affermato da Corte di Giustizia, sentenza 5 aprile 2022, in causa C-140/20...in quanto non si verte in tema di "conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati del traffico telefonico e dei dati relativi all'ubicazione", quanto ad acquisizione di elementi che, alla luce della disciplina transitoria, possono concorrere a formare il convincimento del giudice nel contesto di un dibattito processuale nel quale l'imputato può esercitare, come avvenuto nel caso specie, le più ampie prerogative difensive» (**Sez. 1, n. 32278 del 16/05/2022, Perfidio, n.m.**).

Una più recente decisione della Corte, richiamando anche la pronuncia qui in commento e la sentenza *G.D. c. Commissioner*, ha invece ritenuto condivisibile l'auspicio, espresso in dottrina, circa il fatto che le affermazioni in queste ultime contenute rendono **opportuno un nuovo intervento legislativo di conformazione del diritto interno a quello sovranazionale** sul tema della conservazione dei dati, **con particolare riferimento ad almeno due profili critici evidenziati: i) l'adurata di conservazione e ii) l'identificazione preventiva dei soggetti i cui dati sono oggetto di acquisizione.**

La sentenza, interrogandosi sulle prospettive perseguibili dai giudici nazionali e ricordando, da un lato, la possibilità di formulare una questione pregiudiziale alla Corte UE o di sottoporre l'art. 132 Cod. privacy al vaglio della Corte costituzionale e, d'altro lato, il potere-dovere del giudice di non applicare la normativa interna ritenuta incompatibile in forza del principio del "primato del diritto dell'Unione", ha considerato che le statuizioni interpretative della Corte di Giustizia «in tema di divieto di conservazione generalizzata e indifferenziata, non sono di per sé idonee a trovare applicazione in via immediata e diretta nell'ordinamento italiano per "difetto di determinatezza" e necessitano in realtà di un intervento legislativo», con la conseguenza che - **«in attesa di quest'ultimo - appare ragionevole ritenere che l'art. 132 debba continuare a trovare applicazione».** Si aggiunge che «tale conclusione è avvalorata dal fatto che è la stessa Corte UE che rimanda ai legislatori degli Stati membri l'adozione di una norma nazionale che definisca e che declini concretamente i criteri distintivi di natura personale geografica o comunque gli altri criteri oggettivi e non discriminatori, sulla base dei quali dovranno essere previamente identificati tali soggetti, venendo al contempo ad escludere che i giudici nazionali possano di loro iniziativa fare ricorso ad interpretazioni "creative" dirette a generare criteri discrezionali modellati sulle esigenze del caso concreto, in contrasto con le stesse indicazioni della Corte UE.» (**Sez. 2, n. 11283 del 03/02/2023, Gallone, n.m.**).

4.3. Le questioni sul tappeto.

Il principale problema interpretativo sembra oggi attenerne proprio alla **sorte processuale di dati di comunicazione elettronica fatti oggetto di una conservazione generalizzata ed indiscriminata.** Benché si tratti di dati legittimamente acquisiti in conformità alla nuova

disciplina prevista dall'art. 132, comma 3, Cod. privacy, ovvero comunque utilizzabili ai sensi della deposizione transitoria contenuta nell'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. n. 132 del 2021, il giudice penale deve porsi il **problema della conformità del diritto interno al principio di proporzionalità** richiesto dal diritto dell'Unione.

Va subito detto che il problema, in linea di principio, non si pone con riguardo ad una conservazione generalizzata e indifferenziata, per un periodo temporalmente limitato, degli **indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione e dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica**, trattandosi di misure che possono dirsi proporzionate rispetto alla lotta a forme gravi di criminalità, talvolta indispensabili per accertare l'autore di reati commessi con l'uso dello strumento di comunicazione elettronica (cfr. sent. *G.D. c. Commissioner*, §§. 67 ss.).

Con riguardo, invece, alla obbligatoria conservazione di **tutti gli altri dati personali connessi all'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, compresa la geolocalizzazione degli apparecchi**, la decisione in commento, resa su disposizioni del diritto francese (peraltro successivamente dichiarate incostituzionali e illegittime dagli stessi organi interni per contrasto con il diritto sovranazionale) non dissimili da quelle ancora oggi vigenti in Italia, pone importanti interrogativi, relativi al se sia comunque, **ancora possibile sostenere che l'art. 132, commi 1 e 1-*bis*, Cod. privacy sia conforme all'art. 15, par. 1, Dir. n. 2002/58/CE, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza**. La giurisprudenza oramai consolidata della Corte di giustizia afferma infatti l'esigenza di rendere selettiva la conservazione dei dati di traffico, indicando specifici presupposti di ammissibilità che la rendano consentita solo se mirata o rapida, **non essendo consentita una conservazione indistinta che sia funzionale ad una acquisizione solo eventuale**, in quanto ciò comporterebbe una eccessiva ingerenza nei diritti fondamentali, che può essere ammessa solo quando strettamente necessaria.

In attesa di un intervento del legislatore volto a ridefinire i presupposti e le modalità in presenza dei quali è possibile procedere alla conservazione, all'interprete è rimesso il poterdovere di assicurare il **primato del diritto dell'Unione**.

Com'è noto, in linea generale quest'operazione può in concreto tradursi nell'interpretazione delle norme interne in conformità a quelle eurounitarie, nella lettura datane dalla Corte di giustizia ovvero, laddove ciò non sia possibile, nella loro disapplicazione senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante un procedimento di legittimità costituzionale.

Anche la sentenza del settembre 2022 in esame ribadisce, in ogni caso, che **l'utilizzo processuale penale dei dati conservati o acquisiti in violazione della direttiva 2002/58/CE, come interpretata alla luce delle disposizioni della Carta di Nizza rientra nell'autonomia procedurale degli Stati membri, sempreché siano rispettati i principi di equivalenza ed effettività**.

Vale dunque la pena richiamare, al proposito, quanto statuito dalla Corte di giustizia nella già citata decisione *La Quadrature du Net* (§§. 224-227), ove si precisa che «per quanto concerne il **principio di equivalenza**, spetta al giudice nazionale investito di un procedimento penale fondato su informazioni o elementi di prova ottenuti in violazione dei requisiti risultanti dalla direttiva 2002/58 verificare se il diritto nazionale che disciplina tale procedimento preveda norme meno favorevoli riguardo all'ammissibilità e all'uso di tali informazioni ed elementi di prova rispetto a quelle che disciplinano le informazioni e gli elementi di prova ottenuti in violazione del diritto interno. Quanto al **principio di effettività**, occorre rilevare che lo scopo delle norme nazionali relative all'ammissibilità e all'uso delle informazioni e degli elementi di prova consiste, in base alle scelte operate dal diritto nazionale, nell'evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino **indebitamente** pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso reati. Orbene, tale obiettivo può, secondo il diritto nazionale, essere raggiunto non solo con un divieto di utilizzare tali informazioni ed elementi di prova, ma altresì mediante norme e prassi nazionali che disciplinano la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova, o prendendo in considerazione il loro carattere illegittimo nell'ambito della determinazione della pena. Il principio di effettività impone al giudice penale nazionale di non tenere conto degli elementi di prova ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione, nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di persone sospettate di avere commesso atti di criminalità, qualora dette persone non siano in grado di prendere efficacemente posizione su tali informazioni ed elementi di prova, che provengono da un settore che esula dalla competenza dei giudici e possono influenzare in maniera preponderante la valutazione dei fatti».

Premesso che non è revocabile in dubbio l'idoneità dei meccanismi processuali ad assicurare il pieno esercizio del diritto al contraddittorio anche sugli elementi di prova di cui si discute e, quindi, a garantire sul punto il giusto processo, come si è più sopra osservato richiamando la giurisprudenza di legittimità sin qui formatasi, il **criterio di valutazione della prova stabilito dall'art. 1, comma 1-bis, d.l. 132/2021 è stato ritenuto rispettoso dei principi di equivalenza ed effettività**. Fondata sulla necessità della *corroboration* laddove si tratti di elementi a carico dell'imputato, la disciplina consente l'utilizzo processuale dei dati acquisiti in conformità alla disciplina nazionale vigente prima delle modifiche operate col medesimo provvedimento normativo sull'art. 132 cod. pr. per conformare al diritto dell'Unione le garanzie sostanziali e procedurali previste per l'accesso ai dati. Trattandosi, dunque, di regola procedurale che la giurisprudenza ha ritenuto ispirata ad un **ragionevole ed equilibrato contemperamento di interessi diversi** per evitare di disperdere dati acquisiti in ossequio a disposizioni nazionali non completamente rispettose del diritto dell'Unione - ed in attesa di un ulteriore intervento del legislatore interno - il criterio della necessaria *corroboration* potrebbe forse essere utilizzato anche per compensare il *vulnus* in tal modo arrecato al diritto al rispetto

della vita privata. In questa prospettiva, se nulla muterebbe quanto all'utilizzo dei dati acquisiti prima della modifica dell'art. 132 cod. pr., l'ipotizzata conclusione porterebbe ad estendere l'applicazione transitoria del principio anche alla valutazione dei dati acquisiti in epoca successiva, in conformità alla nuova disciplina, ma in modo non ancora perfettamente aderente al modello richiesto dal diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte di giustizia.