

SCHEDA 07 Maggio 2021

LA DISCIPLINA ITALIANA IN MATERIA DI DATA RETENTION DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA MILANO NEGA IL CONTRASTO CON IL DIRITTO SOVRANAZIONALE

Veronica Tondi

Trib. Milano, VII Sez. penale, ord. 22 aprile 2021, Pres. Malatesta

1. Si segnala all'attenzione dei lettori un ulteriore, recente provvedimento, che si inserisce nel quadro di una giurisprudenza sempre più articolata concernenti gli **effetti, nell'ordinamento interno, della più recente pronuncia della Corte di Giustizia in materia di data retention** (C. Giust. UE, G.S., 2 marzo 2021, C-746/18, H. K.).

Quest'ultima, in particolare, ha ritenuto che **l'art. 15, § 1, della direttiva 2002/58/CE, lett. a), par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**, osti a una normativa nazionale che consenta l'**accesso** a dati "esterni" concernenti le comunicazioni, idonei a fornire indicazioni precise relative a **«forme gravi di criminalità»**, o di **«prevenzione di gravi minacce alla sicurezza nazionale»**, o di **«prevenzione di gravi minacce alla competenza del pubblico ministero, «il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio e di autorizzare l'accesso ai dati stessi»**, **ad autorizzare l'accesso** ai dati stessi.

2. L'ordinanza del Tribunale di Milano in esame, nel **rigettare l'eccezione difensiva di in** stata richiesta dall'organo dell'accusa, ha adottato un approccio nettamente diverso i successivi, del g.i.p. di Roma, già commentati in questa *Rivista* (v. J. Della Torre, **L'acqui: sentenza della Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un** Malacarne, **Ancora sulle ricadute interne della sentenza della Corte di Giustizia in mat** **dichiara il "non luogo a provvedere" sulla richiesta del p.m.**, 5 maggio 2021).

Questi ultimi, in particolare, hanno **riconosciuto il contrasto con il diritto dell'Unione**, normativa italiana in materia di *data retention*, pur essendo giunti a conclusioni opposte dell'art. 132, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, la disciplina eurounitaria, nella lettura che ne è

Per contro, il giudice milanese si è attestato sull'indirizzo, tradizionalmente accolto dal **escludere profili di conflitto della normativa interna in materia di data retention con** della sentenza *Digital Rights Ireland* del 2014, in materia di validità della direttiva 200 C-594/12., *Digital Rights Ireland Ltd e a.*), nonché dell'affermazione di analoghi principi pregiudiziali aventi ad oggetto l'art. 15 della citata direttiva 2002/58 (Corte giust. UE, G.S. e Watson; Corte giust. UE, G.S., 6 ottobre 2020, C-623/17, *Privacy International*; Corte giu La Quadrature du Net e a.).

3. Il Tribunale di Milano **ha disatteso le censure difensive con riguardo a entrambi i pr** ossia il perseguimento di finalità di contrasto di reati gravi e l'attribuzione al pubblico min

Con riguardo al primo di essi, il collegio ha adottato un approccio tale da ritenere **rispet** **luce della gravità del reato oggetto del procedimento**, rientrante nel catalogo di cui all':

Si tratta di un ragionamento sviluppato **anche in altre occasioni dalla giurisprudenza di** similmente, aveva ritenuto infondata un'eccezione difensiva di inutilizzabilità dei tabul bilanciamento individuato, nella sede del procedimento in considerazione, tra le esig fondamentali dei soggetti coinvolti, in considerazione delle caratteristiche del reato conte marzo 2017, con nota di R. Flor, **Data retention ed art. 132 cod. privacy: vexata quae** **giudice di merito penale. Una discutibile pronuncia**, in *Cass. pen.*, 2017, 6, 2483 ss.).

Simili argomentazioni, peraltro, sono state sviluppate dalla Suprema Corte, la quale ha ragione della mancata limitazione della *data retention* a determinate fattispecie criminosi unicamente «la necessità della proporzione tra la gravità dell'ingerenza nel diritto fonda quella del reato oggetto di investigazione, in base ad una verifica che il giudice di merit 2019, n. 48737, in *C.E.D. Cass.*, rv. 277353).

Occorre, inoltre, ricordare sul punto che – come si è accennato – i citati, recenti provvedimenti **opposti**, in merito alla necessità che i “reati gravi”, le cui esigenze di accertamento possono **di un intervento del legislatore**. Uno di essi, infatti (G.i.p. Roma, decreto 25 aprile 2021) principi affermati in sede europea, possa farsi riferimento alle fattispecie criminose elencate

Nondimeno, indipendentemente da ogni giudizio su tale soluzione, appare, in primo luogo, l'apprensione dei dati alla finalità di accertare determinati illeciti, rispondenti ai requisiti della normativa italiana con il diritto eurounitario, correttamente rilevato dal giudice romano

Con riguardo alla limitazione normativa della *data retention* a reati gravi, alcune incertezze *Fiscal* (Corte giust. UE, G.S., 2 ottobre 2018, C-207/16, Ministero Fiscal), che, tra l'altro, l'accesso a determinate categorie di dati sia idonea a fornire indicazioni precise sulla vita personale

Prima di tale sentenza, si era posta in luce in dottrina (v., in particolare, R. Flor, *Data retention* e la non divisibilità dell'impostazione sopra illustrata, caratterizzata da un bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela della libertà, in *Giurisprudenza della Corte di giustizia* è stata interpretata in modo **disciplina normativa della materia, in considerazione della sua incidenza sulle situazioni di rischio**. Esse, a norma dell'art. 52 della stessa Carta, possono essere, invero, limitate solo in ragione del contenuto essenziale di tali diritti e libertà, nonché del principio di proporzionalità. La sentenza, nell'art. 8 CEDU, secondo quanto si è rilevato (v. F. Ruggieri, *Data retention*, cit., 2486), e come chiarito dalla Corte di Lussemburgo, le norme regolatrici della materia devono rispettare il principio di proporzionalità, e si possa approfondire, in questa sede, l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia del 2021, già menzionata, sembra aver ribadito la necessità di «**regole chiare e precise**» e di adeguate garanzie anche procedurali, nel rispetto dei canoni suindicati.

4. Anche con riferimento al **ruolo del pubblico ministero** nell'acquisizione dei tabulati, il giudice ha tenuto conto della differenza interna con il diritto dell'Unione, in ragione delle peculiari caratteristiche riferibili all'organo nazionale, e ha richiesto di rispettare il **requisito di «indipendenza»** imposto dalla giurisprudenza già citata. In particolare, ha precisato che lo stesso deve **acquisire e di valutare elementi di prova tanto a carico, quanto a discarico** della presunta responsabilità, quale alternativa all'esercizio dell'azione penale, della **richiesta di archiviazione**

Il provvedimento pone, inoltre, una distinzione rispetto alle caratteristiche attribuite all'organo nazionale nella sentenza del marzo 2021 sul caso *H.K.*: mentre quest'ultimo è autorità «soggetta alla sfera di competenza della giustizia nazionale», la pubblica autorità di pianificazione delle misure necessarie per la lotta e l'accertamento dei reati, il pubblico ministero, che si esprime anche nella sua configurazione come parte “pubblica”, e non “privata”.

A sostegno di tale tesi, il collegio richiama anche l'orientamento accolto dalla giurisprudenza di cui gode l'intera magistratura, ha ritenuto possibile **estendere all'organo abilitato**, unitamente a una "autorità amministrativa indipendente", ad autorizzare l'attività delle autorità pubbliche. La nozione di "giudice" dovrebbe, infatti, essere intesa, più ampiamente, nel senso di un organo che non comprenda il pubblico ministero, in ragione delle peculiari caratteristiche di cui esso è dotato. (Cass., n. 33851, M., in *C.E.D. Cass.*, rv. 273892, richiamata dall'ordinanza in commento; analogamente, in questa *Rivista*, con **nota** di I. Neroni Rezende, 13 maggio 2020; in *Dir. internet*, 2019, 4, 1, 1, *penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*).

Nondimeno, l'ordinanza in considerazione, nel porre l'accento sulle garanzie di indipendenza di cui gode il giudice quanto funzionale, sembra trascurare alcune rilevanti indicazioni che possono trarsi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In sentenza del 2021 più volte menzionata, invero, appare emergere un **requisito, ulteriore**, per assicurare l'obiettività del controllo sulla richiesta di accesso ai dati: quello dell'irraggiungibilità del giudice «**neutralità**» rispetto alle parti e alla stessa autorità richiedente (Corte giust. UE, G.S., 2021, 1, 1, 1, difficilmente riferibile al pubblico ministero, che nell'esercizio del proprio potere di direzione non è privo dell'assenza di qualsivoglia potere di controllo del giudice terzo).

E difatti, la stessa Corte di giustizia ha **espressamente escluso** che un organo il quale sia, oltre che del **potere di esercitare l'azione penale**, possa soddisfare lo standard suindicato, se non è estraneo all'organo dell'accusa italiano: neanche il dovere di acquisire e ponderare gli elementi di prova è sufficiente a superare il **ruolo di "parte"** dell'autorità di cui si tratta.

Pertanto, tali chiare indicazioni possono ritenersi idonee a superare – oltre ai margini di discrezionalità del precedente giurisprudenza europea – anche le argomentazioni della citata giurisprudenza italiana, in ragione delle ritenute ambiguità linguistiche delle pronunce della Corte di Lussemburgo, pur in presenza di un'ampia giurisprudenza (Cass., Sez. V, 24 febbraio 2021, *Data retention e processo penale*, cit., 263 ss.).

Per tali ragioni, **non appare sufficiente** a rassicurare sulla conformità della normativa italiana alla giurisprudenza della Corte di giustizia, il giudice milanese, delle **differenti garanzie procedurali previste dalla legislazione italiana**, in mancanza di una motivazione del decreto dell'autorità giudiziaria, nonché del potere di iniziativa dell'imputato.

5. Merita, infine, accennare al fatto che l'ordinanza in esame **esclude**, in via residuale, che il giudice di cui consente al pubblico ministero di acquisire i tabulati con decreto motivato, in mancanza di una motivazione, l'**inutilizzabilità dei dati**, ex art. 191 c.p.p., trattandosi di violazione concernente le forme di conservazione dei dati. Invero, si richiama, quale unica causa di inutilizzabilità riconosciuta dalla Suprema Corte di giustizia, la mancanza di una motivazione prevista la conservazione dei dati ad opera del prestatore di servizi (Cass., Sez. V, 24 febbraio 2021, *Data retention e processo penale*, cit., 263 ss.).

Pur non potendosi approfondire, in questa sede, tale controverso profilo, si deve dare atto della **dottrina**, e che ha considerato possibile attribuire rilevanza, ai fini della configurazione di reato, alla violazione della **Carta** (in questo senso, L. Luparia, *Data retention e processo penale*, cit., 763; S. Marcolini, *La tutela della riservatezza nella Carta di giustizia del 2014*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 107). Per contro, la Suprema Corte ha avuto modo di negare la derivazione, dall'eventuale conseguenza dell'inutilizzabilità, venendo in considerazione un atto compiuto in assenza di violazioni dei principi fondamentali dell'ordinamento, e in particolare con l'art. 15 Cost. (Cass., Sez. V, 24 aprile 2021).

6. In definitiva, l'ordinanza che si presenta, in confronto ad altre recenti pronunce sull'ordinamento interno, della recente pronuncia della Corte di giustizia, ribadendo l'orientamento della giurisprudenza italiana, che tuttavia – anche alla luce di alcune precisazioni contenute nella citata sentenza – non è in grado di risolvere il problema.