

L'acquisizione dei tabulati telefonici e le fonti comunitarie del diritto processuale penale

Autore: Sergio Ricchitelli

In: Diritto penale

Osservazioni a margine della sentenza della corte di giustizia UE, grande sezione 2 marzo 2021.

-

Sommario: 1. Osservazioni preliminari. Il sistema giuridico europeo e l'ordinamento penale italiano. - 2. I tabulati telefonici nel procedimento penale italiano. - 3. La pronuncia della grande sezione CGUE del 2 marzo 2021: problemi ermeneutici e ricadute applicative. - 4. L'ordinamento comunitario e il sistema penale italiano. - 5. Osservazioni conclusive. L'adeguamento del diritto processuale italiano alla sentenza CGUE nella causa C.-746\18.

Osservazioni introduttive. Il sistema giuridico europeo e l'ordinamento penale italiano.

Uno spettro si aggira ... per i palazzi di giustizia italiani. È la recente pronuncia della Corte di Giustizia unionale resa in Grande Sezione 2 marzo 2021 nella causa C. - 746/18.

L'origine della pronuncia si sostanzia in un **rinvio pregiudiziale** portato all'attenzione della CGUE dallo Stato membro avente ad oggetto il trattamento dei **dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche**, la Direttiva UE 2002/58/CE, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica, la riservatezza delle comunicazioni, le limitazioni all'indicata riservatezza; ancora oggetto della pronuncia della Corte unionale è la normativa che prevede la **conservazione generalizzata e indifferenziata** dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione da parte dei fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche, l'accesso delle autorità nazionale agli indicati **dati serbati per finalità di indagine**, la lotta contro la criminalità in generale l'**autorizzazione** concessa dal **pubblico ministero**, l'**utilizzo** dei dati nel quadro del **processo penale** come **elementi di prova** in termini di **ammissibilità**[1].

La pronuncia ha sortito un effetto fragoroso nell'ambito del sistema giudiziario italiano mettendo a dura prova i rapporti intercorrenti tra **fonti del sistema** e ricadute pratico applicative della sentenza nell'ambito del nostro ordinamento giuridico penale. In particolare, proprio il tema dell'ammissibilità dell'autorizzazione all'acquisizione dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche in relazione ai profili di utilizzabilità degli stessi nell'ambito del nostro processo penale posto il monopolio, a

diritto vigente, in capo al P.M. di tale potestà, ha posto il problema degli effetti del pronunciamento in rassegna nel nostro sistema, con preciso riguardo all'eventuale inutilizzabilità sopravvenuta di tali acquisizioni che la Corte di Giustizia - come meglio vedremo in seguito - vuole di attribuzione esclusiva di un **giudice terzo e imparziale**.

Infatti, e qui il nocciolo del problema viene in particolare rilievo, la giurisprudenza formatasi in materia di procedimento probatorio[2], fino a tutto il secolo scorso, e in particolare fino alla fine del '900 la giurisprudenza riteneva che la **valutazione della prova** dovesse essere disciplinata dalle norme vigenti al momento dell'**assunzione** della stessa[3].

Le Sezioni Unite della Cassazione[4], sulla fine del secolo e in avvio di terzo millennio, hanno mutato radicalmente l'orientamento precedente ponendo in evidenza l'equivoco nel quale le pronunce precedenti erano cadute nel prefigurare il procedimento probatorio quale unitario e così detronizzando la plurifasicità che lo struttura. Hanno pertanto evidenziato che il procedimento de quo si compone di atti plurimi - **ricerca, ammissione, assunzione e valutazione** - tra di loro autonomi in termini di efficacia, di qui una formidabile ricaduta per il giudice in camera di consiglio. L'applicazione della disciplina vigente al momento della **valutazione della prova**, anche se tale disciplina è diversa da quella che vige al momento dell'assunzione.

Micidiali gli effetti di tale consolidato **orientamento giurisprudenziale**. Accade infatti che il giudice si trovi ad applicare un divieto probatorio di neo-conio non potendo utilizzare elementi acquisiti legittimamente al momento dell'assunzione.

Sul tema autorevole dottrina[5] ha operato considerazioni chiare e precise. L'applicazione delle norme sull'acquisizione probatoria si esaurisce nelle fasi di merito; in sede di legittimità va accertato solo il progresso corretto governo di tali norme.

Alla luce di quanto osservato ben si comprende l'importanza della pronuncia CGUE per il sistema processuale italiano, importando, a questo punto, solo il comprendere quale lo stato degli atti transnazionali in termini di incidenza degli stessi nell'ambito delle fonti del diritto processuale penale italiano. Peraltro, è indispensabile, preliminarmente, procedere ad una ricognizione legislativa sui tabulati telefonici nel nostro sistema giuridico processual-penalistico in termini di soggetti, forme e modi di acquisizione disciplinati dalla legge italiana.

Volume consigliato

I tabulati telefonici nel procedimento penale italiano.

L'acquisizione dei tabulati del **traffico telefonico** è disciplinata dall'art.132 del decreto legislativo nr.196 del 2003, modificato da successive disposizioni di legge[6].

La conoscenza dei dati esterni del traffico telefonico non rientra concettualmente nell'intercettazione di comunicazioni e conversazioni; infatti non è integrato il requisito dell'intercettazione telefonica: la comunicazione in corso. È questa, che in quanto tale, è tutelata dall'art.15 Costituzione, ecco perché l'acquisizione dei tabulati, nel nostro sistema, può avvenire con **decreto motivato del pubblico ministero**. La norma di riferimento, il cit. art.135 codice della privacy, si occupa della conservazione di **dati di traffico** per altre finalità.

Il dispositivo della fattispecie in esame trova sede nella parte seconda del codice della privacy dedicata alle disposizioni specifiche per i trattamenti necessari per adempiere ad un obbligo legale o per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri nonché disposizioni per i trattamenti dei dati.

Il Capo I, del Titolo X, dell'indicata parte si occupano rispettivamente dei servizi di comunicazione elettronica e delle comunicazioni elettroniche. A fronte di tale collocazione morfologica, la norma all'attualità[7] dispone che i dati relativi al traffico telefonico conservati dal fornitore per **24 mesi** dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al **traffico telematico**, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per **12 mesi** dalla data della comunicazione. I dati relativi alle **chiamate senza risposta**, trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per **30 giorni**.

Entro gl'indicati termini, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private.

Il difensore dell'imputato, o della persona sottoposta alle indagini, può richiedere direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito, con le modalità indicate dall'art.391-quater[8] c.p.p.

La richiesta di accesso diretto alle comunicazioni telefoniche in entrata può essere effettuata solo quando possa derivarne un pregiudizio **effettivo e concreto** per lo svolgimento delle investigazioni difensive[9].

Ancora. Il ministro dell'Interno o, su sua delega i responsabili degli uffici centrali specialistici in materia infotelematica della polizia di Stato, dell'arma dei carabinieri e del corpo della guardia di finanza,

possono ordinare, anche in relazione alle eventuali richieste avanzate da autorità investigative straniere, ai fornitori e agli operatori di servizi infotelematici di conservare e proteggere, secondo le modalità indicate per un periodo non superiore a **90 giorni**, i dati relativi al traffico telematico, **esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni** ai fini dello svolgimento delle investigazioni preventive previste dall'art.226[10] delle norme di attuazione del Codice di procedura penale ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati. Il provvedimento prorogabile per **motivate esigenze** per una durata complessiva non superiore a **6 mesi**, può prevedere particolari modalità di custodia dei dati e l'eventuale indisponibilità dei dati stessi da parte dei fornitori e degli operatori di servizi infotelematici, ovvero di terzi.

Il fornitore o l'operatore di servizi infotelematici cui è rivolto l'ordine deve ottemperarvi senza ritardo fornendo immediatamente all'autorità richiedente l'assicurazione dell'adempimento. Il medesimo fornitore o operatore è tenuto a mantenere il segreto, relativamente all'ordine ricevuto e alle attività conseguentemente svolte, per il periodo indicato dall'autorità[11].

I provvedimenti adottati nei termini suindicati sono comunicati per iscritto, senza ritardo e comunque entro **48 ore** dalla notifica al destinatario, al pubblico ministero del luogo di esecuzione il quale se ne ricorrono i presupposti li convalida. In caso di mancata convalida, i provvedimenti assunti perdono efficacia[12].

In buona sostanza la versione vigente della norma prevede che siano conservati dal fornitore per differenti periodi temporali i dati di traffico telefonico articolati su **tre diverse tipologie**: a) le chiamate senza risposta, b) i dati di traffico telematico e c) i rimanenti dati del traffico telefonico in senso stretto.

L'effetto che ne consegue è che i **termini di conservazione** attuano una normativa ordinaria per reati comuni ed una speciale per gravi fatti di reato.

Sotto il primo versante i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per 30 giorni dalla data della chiamata se si tratta di **chiamate senza risposta**; per 12 mesi dalla data della comunicazione se si tratta di dati di **traffico telematico**; per 24 mesi dalla data della comunicazione in ordine ai rimanenti dati del **traffico telefonico**.

Al fine di permettere l'accertamento e la repressione di reati di terrorismo, mafia, omicidio volontario, sequestro di persona a fini estorsivi, armi, stupefacenti, tratta di persone e le altre fattispecie indicate negli artt. 51 comma 3-quater[13] e 407, comma 2 lett. a)[14] c.p.p. il termine di conservazione dei dati è di 72 mesi: **6 anni**[15].

Entro i termini di conservazione, così come sopra indicati, i dati sono acquisiti con decreto motivato del pubblico ministero.

Come anticipato possono essere acquisiti dalla pubblica accusa anche su istanza del difensore

dell'imputato, dell'indagato o della persona offesa dal reato nonché dalle altre parti private. Inoltre, il difensore dell'imputato può chiedere direttamente al gestore del traffico telefonico i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito per il tramite di una richiesta di documenti alla pubblica amministrazione. Il medesimo difensore ha **diritto di conoscere** i dati del traffico entrante quando dalla mancata acquisizione può derivare un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive.

Nell'ambito di tal contesto normativo ha fatto irruzione la Sentenza CGUE del 2 marzo scorso della quale bisogna quindi scrutinare gli aspetti salienti e i punti di interesse al fine di poterne valutare portata e ricadute nel nostro ordinamento giuridico processuale penale.

La pronuncia della grande sezione CGUE del 2 marzo 2021: problemi ermeneutici e ricadute applicative.

I temi sui quali è intervenuta la Corte UE in Grande Sezione del 2 marzo 2021 sono stati rassegnati in avvio di discorso nel 1° paragrafo in sede di osservazioni preliminari, adesso cerchiamo di vedere da vicino il contenuto sostanziale della pronuncia europea.

La domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dalla Repubblica lettone, verte sull'interpretazione dell'art.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 artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art.52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

L'indicata domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale istaurato a carico di un soggetto per le imputazioni di furto, di uso della carta bancaria di un terzo e di violenza nei confronti di persone partecipanti ad un procedimento giudiziario.

La Corte di Giustizia scevera dettagliatamente nella sentenza il **contesto normativo**: il delitto dell'Unione e, in particolare, il diritto estone rapportato ad esso. In particolare, nel diritto estone si rilevano disposizioni in virtù delle quali, tra l'altro è attribuito a un'autorità inquirente, a un'autorità autorizzata ad applicare misure di sorveglianza, al P.M. e al giudice la potestà in ordine all'acquisizione dei predetti dati. La Corte evidenzia poi che ai sensi del Codice di procedura penale vigente nella Repubblica di Estonia il pubblico ministero è una parte del procedimento giudiziario; dirige il procedimento istruttorio, di cui assicura la legittimità e l'efficacia, rappresentando la pubblica accusa in giudizio.

Lo scopo del procedimento istruttorio è di raccogliere prove e di predisporre le altre condizioni necessarie per lo svolgimento di un processo. Nel procedimento istruttorio l'autorità incaricata per le indagini e il P.M. verificano gli elementi a carico e quelli a discarico raccolti nei confronti del sospettato o dell'indagato. I poteri del pubblico ministero nel procedimento penale vengono esercitati da un procuratore che agisce in modo indipendente ed è soggetto soltanto alla legge.

La legge relativa al **pubblico ministero estone**, del 1988 prevede che il P.M. è un'autorità soggetta alla sfera di competenza del ministero della Giustizia la quale partecipa alla pianificazione delle misure di sorveglianza necessarie per la lotta e l'accertamento dei reati, dirige la fase istruttorio, di cui assicura la legittimità e l'efficacia, rappresenta la pubblica accusa in giudizio ed esercita le ulteriori funzioni assegnatagli dalla legge. Il pubblico ministero, nell'esercizio delle funzioni assegnatagli dalla legge, è indipendente e agisce conformemente alla legge del 1998 nonché alle altre leggi e agli altri atti normativi emanati sulla loro base.

Il procuratore estone, nell'esercizio delle proprie funzioni, è indipendente e agisce esclusivamente secondo la legge e secondo il proprio convincimento.

Operata siffatta ricognizione normativa, **Unionale e dello Stato membro**, la Corte di Giustizia UE procede con lo scrutinio del procedimento principale e delle **questioni pregiudiziali**.

In termini meramente fattuali, con decisione del 6 aprile 2017 tale H.K. è stata condannata dal tribunale di primo grado Diru, in Estonia, a una pena detentiva di due anni per aver commesso tra il 17 gennaio 2015 e il 1 febbraio 2016 vari furti di beni - del valore compreso tra i 3,00 e i 40,00 euro - nonché somme di denaro per importi compresi tra i 5,20 e i 2.100,00 euro per aver utilizzato la carta bancaria di un terzo causando a quest'ultimo un danno di euro 3.941,82 e per aver compiuto atti di violenza nei confronti di persone partecipanti ad un procedimento giudiziario a suo carico.

Ai fini della condanna di H.K. per tali reati il tribunale di primo grado di Diru si è fondato, tra l'altro, su vari processi verbali redatti in base a dati relativi a comunicazioni elettroniche ex art.111, paragrafo 2, della legge relativa alle comunicazioni elettroniche, che l'autorità incaricata delle indagini aveva raccolto presso un fornitore di servizi di telecomunicazioni elettroniche nel corso del procedimento istruttorio dopo aver ottenuto, ai sensi dell'art.901 del Codice di procedura penale estone, varie autorizzazioni all'indicato fine dalla procura distrettuale di Diru.

Tali autorizzazioni concesse il 28 gennaio e il 2 febbraio 2015, il 2 novembre 2015 nonché il 25 febbraio 2016, riguardavano i dati relativi a vari numeri di telefono di H.K. e diversi codici internazionali di identificazione di apparecchiatura di telefonia mobile di quest'ultima per il periodo dal 1° gennaio al 2 febbraio 2015, per il giorno 21 settembre 2015 nonché per il periodo dal 1° marzo 2015 al 19 febbraio 2016.

La condannata in primo grado interpone gravame avverso la sentenza del tribunale innanzi alla Corte di

Appello di Tartu, sempre in Estonia, che in data 17 novembre 2017 respinge l'appello.

Avverso tale ultima decisione la H.K. propone ricorso per Cassazione dinnanzi alla Corte Suprema dell'Estonia contestando, tra l'altro, l'ammissibilità dei processi verbali redatti in base ai dati ottenuti presso il fornitore di servizi di comunicazione elettroniche.

Ad avviso della ricorrente dalla sentenza Unionale del 21 dicembre 2016 - cosiddetta **Sentenza Tele2** - le disposizioni della legge relativa alle comunicazioni elettroniche che prevedono l'obbligo dei fornitori di servizi di conservare dati relativi alle comunicazioni, nonché l'utilizzazione di tali dati ai fini della condanna, sono contrari all'art.15, paragrafo 1, della Direttiva 2002/58 letto in simbiosi con gli artt.7, 8 e 11 nonché dell'art.52, paragrafo 1, della Carta.

Alla luce di tale **pregiudiziale** eccezione, secondo il giudice di ultima istanza estone si pone la questione se i processi verbali redatti in base ai dati contemplati dalla legge relativa alle comunicazioni elettroniche possano essere considerati come costituenti elementi probatori ammissibili. Il giudice, in particolare, rappresenta che la risposta all'indicata questione presuppone di stabilire che la normativa comunitaria richiamata - in particolare il citato art.15, paragrafo 1 - debba essere interpretata nel senso che l'accesso delle autorità nazionali a dati che consentano di identificare la fonte e la destinazione di una comunicazione telefonica a partire dal telefono fisso o mobile di un sospettato deve determinare la data, l'ora, la durata e la natura di tale comunicazione, di identificare le apparecchiature di comunicazione utilizzate, nonché di localizzare il materiale di comunicazione mobile utilizzato, costituisce un'ingerenza nei **diritti fondamentali** in questione di gravità tale che l'indicato accesso dovrebbe essere limitato alla lotta contro le **forme gravi di criminalità**, indipendentemente dal periodo per il quale le autorità nazionale hanno richiesto l'accesso ai dati conservati.

Tra le altre considerazioni in materia, il giudice del rinvio nutre dubbi quanto alla possibilità di considerare il **pubblico ministero estone** come un'autorità amministrativa indipendente - così come esplicitato dalla Sentenza Tele2 cit.- che può autorizzare l'accesso dell'autorità autorizzata dell'indagine a dati relativi alle comunicazioni elettroniche come quelli di cui alla citata norma della legge relativa alle comunicazioni elettroniche. Nell'indicato contesto il giudice del rinvio rileva - dopo aver operato una ricognizione sulla figura del P.M. estone - che i suoi dubbi riguardo all'**indipendenza** richiesta dal diritto dell'Unione sono principalmente dovuti al fatto che il P.M. non solo dirige il procedimento istruttorio ma rappresenta anche la pubblica accusa nel processo, essendo tale autorità, in virtù del diritto nazionale estone **parte nel procedimento penale**. In virtù di tali circostanze la Corte Suprema ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla CGUE le indicate questioni pregiudiziali.

La Corte Comunitaria scruta le indicate questioni nel dettaglio[16] e all'esito di tale - invero assai capillare - disamina perviene ad una declaratoria netta e precisa.

L'art.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, come modificata dalla Direttiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art.52, paragrafo 1, della **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea** deve essere interpretato 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 dei reati**, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le gravi forme 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.

Nel dettagliato dispositivo di sentenza la **Grande Sezione** della CGUE evidenzia a chiare lettere che l'art.15, paragrafo 1, della Direttiva 2002/58 come modificata dalla Direttiva 2009/136, letto alla luce degli artt.7, 8 e 11 nonché dell'art.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 eventualmente esercitare 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.

Tale ultimo perentorio assunto, ancorchè svolto in chiave ermeneutica, rende di palmare evidenza le ragioni di perplessità e preoccupazione che sono aleggiate - ed invero ancora aleggiano - nei 139 palazzi di giustizia, presidi requirenti e giurisdizionali della nostra Repubblica. Invero se si riconoscesse portata precettiva alla pronuncia CGUE testé rassegnata si correrebbe il rischio - l'alto rischio - di veder inficiati nel successivo processo, o nell'ambito dello stesso procedimento investigativo, gli elementi di prova acquisiti nelle forme e coi modi disciplinati dall'art.132 del decreto legislativo 196 cit. soprattutto in virtù degli arresti giurisprudenziali su riportati in materia di inutilizzabilità e di vaglio della medesima sanzione processuale in sede di giudizio di legittimità.

Orbene, a nostro sommo avviso, tali preoccupazioni, pur comprensibili, non sono del tutto fondate; ciò che deriva in virtù, soprattutto, dal fatto che la tematica delle **fonti transnazionali** - ed in particolare di quelle comunitarie - nell'ambito del nostro ordinamento giuridico penale **non appare tale da consentire**, per i fini che qui ne occupano, un'**immediata precettività** della pronuncia della Grande Sezione del 2 marzo all'interno del nostro sistema giuridico penale.

Espliciteremo le ragioni di tale nostra persuasione nel paragrafo che segue.

L'ordinamento comunitario e il sistema penale italiano.

In criminalibus l'impatto della normativa europea a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona del 2007.

La tematica, che s'inserisce a pieno titolo nell'ambito del principio di riserva di legge nel quadro del superiore principio di legalità, va valutata alla luce del fatto che a tutt'oggi il principio di **riserva di legge** citato, così come espresso nella nostra Carta costituzionale, attribuisce esclusivamente al Parlamento della Repubblica la **potestà normativa in materia penale**.

Il Trattato di Lisbona entrò in vigore nel 2009; all'indomani cominciò l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che ha portato, per la materia di diritto penale italiano, ai seguenti punti fermi[17].

Innanzitutto, la potestà normativa penale è di competenza **nazionale** ancorché talune norme europee afferenti aree libertarie del cittadino possono inibire concretamente l'operatività della norma incriminatrice in virtù della prevalenza della norma europea per il tramite della causa di giustificazione di cui all'art.51[18] c.p.

L'UE può stabilire norme minimali inerenti alla profilazione dei reati e delle pene in aree criminali connotate da particolari gravità e con dimensione transnazionale tassativamente individuate. Più in generale la norma europea può farlo allorché queste si rivelino indispensabili ai fini dell'efficacia attuazione di politiche di **armonizzazione** europea in altri settori ordinamentali[19]. Segnatamente le indicate norme minime possono inerire all'an della sanzione penale ma anche alla configurazione precettale e alla specie e alla misura della pena. Laddove si versi in ipotesi di **inadempimento** da parte del legislatore italiano vi saranno per lo Stato specifiche sanzioni sul piano europeistico e precisamente l'avvio della **procedura di infrazione** in caso di Direttiva inadempita.

Ciò che rileva evidenziare in questa sede è che il giudice italiano **non può** supplire al mancato adempimento delle direttive da parte del legislatore nazionale; neanche nel caso in cui il legislatore abbia abrogato una normativa precedente rivelantesi adeguata alla domanda di tutela europea sostituendola con altra normativa ad essa inadeguata[20].

Il **giudice ordinario** interno ha l'obbligo di interpretare le norme penali esistenti in modo conforme al diritto Unionale. Tanto è obbligato a fare sempreché il dettato della norma interna permetta una tale interpretazione ed essa non sia in malam parte rispetto alla interpretazione della norma che sarebbe preferibile in assenza della normativa europea. Ciò vuol dire che non deve l'interpretazione del giudice nazionale comportare un peggioramento nella soluzione del caso nei confronti dell'imputato[21].

In materia di interessi finanziari l'art.86 TFUE è parso subito contemplare una prima forma di competenza penale diretta dell'Unione esercitabile mediante Regolamento. Puntualmente ciò si è verificato con l'entrata in vigore della procura europea a tutt'oggi in via di composizione con la nomina dei **procuratori europei delegati** (cosiddetti **P.E.D.**).

Comunque, e ad ogni buon fine la normativa europea non può mai derogare ai **principi fondamentali di garanzia** siano essi europei siano di stretta pertinenza del diritto costituzionale interno[22].

Se le considerazioni svolte si rivelano pacifiche nell'ambito del diritto penale sostanziale del nostro Paese il problema che c'inerisce in questa sede è di stretta pertinenza processual-penalistica. Dobbiamo quindi scrutinare i medesimi aspetti in tale ottica vagliando le ricadute del sistema giuridico Unionale nell'ambito dell'ordinamento processuale penale italiano vigente.

Con precipuo riguardo all'impatto del diritto comunitario nell'ambito del diritto nazionale italiano primo punto di riferimento è l'**art.11**[23] **Cost.**, l'elaborazione giurisprudenziale del quale vuole che le norme comunitarie abbiano efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento[24].

La situazione delle fonti transnazionali del diritto processuale penale con preciso riguardo, in particolare, al diritto comunitario può essere ricondotta ai seguenti due filoni di analisi: a) la fattispecie regolata dal diritto Unionale; b) la fattispecie regolata dalla sola norma italiana.

Orbene nel primo caso il giudice deve operare una netta distinzione. Se rinviene una norma europea dotata di **efficacia diretta** - ad esempio Regolamento o Direttiva self excuting - il giudice italiano deve disapplicare la norma interna confliggente con la norma comunitaria; ciò farà da come ammanto da Corte costituzionale nr.80/2011, facendo salvi i cosiddetti **contro limiti**.

Dinnanzi a una norma europea **priva** di effetti diretti - Direttiva non self excuting - il giudice italiano dovrà sollevare il giudizio incidentale di costituzionalità per violazione degli artt.11 e 117, comma 1, Cost. Nel caso da ultimo menzionato innanzi ad una direttiva di tal fatta non attuata in capo all'Italia si rinverrà l'obbligo di risarcire il danno provocato alla persona danneggiata.

Con riferimento all'ipotesi enucleata sub b) il giudice non deve disapplicare la norma nazionale. La Consulta ha invero precisato che l'Italia ha operato una cessione di parte della propria sovranità ma con i limiti dei **principi e diritti fondamentali** che sono garantiti dalla nostra Costituzione e sui quali è competente il giudice delle leggi trattandosi di principi supremi del nostro ordinamento e di diritti inviolabili[25]. In materia rilevano le cosiddette **Decisioni Quadro** adottate per ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria nel settore penale[26]. Gl'indicati atti sono per certi versi simili alle Direttive in quanto vincolanti gli Stati in ordine al risultato da ottenere; ma non in punto difforme e mezzi per ottenerlo.

Le Decisioni Quadro non hanno efficacia diretta, tuttavia la Corte di Giustizia con una celeberrima pronuncia - 16 giugno 2005 affaire Pupino cit. - ha affermato che il giudice nazionale è **obbligato ad interpretare le norme interne in modo conforme** alla Decisione Quadro anche se a questa non è stata data attuazione dal potere legislativo dello Stato membro.

Fuori dall'ambito di operatività dell'art.11 Cost. la regola generale è quella in virtù della quale il rango

delle norme dei Trattati introdotte nel nostro ordinamento è equivalente a quello della legge contenente **l'ordine di esecuzione** del Trattato stesso.

In materia si deve segnalare l'intervento del legislatore costituzionale del 2003 con la legge nr.131 sull'art.117, comma 1, Cost. che oggi impone al legislatore italiano il **rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali**. In virtù di tale novella costituzionale la Consulta ha statuito che le norme contenute nei Trattati assumano la natura di **norme interposte**; per l'effetto hanno un rango inferiore alla Costituzione e superiore alla legge ordinaria.

Le norme contenute nei Trattati non sono di automatica recezione costituzionale dovendosi anzi sempre verificare la conformità delle stesse alla nostra Carta. Cionondimeno sul legislatore italiano incombe l'obbligo di rispettare i **vincoli derivanti dagli obblighi internazionali**

Il giudice italiano ha l'obbligo di interpretare la legge nazionale in modo conforme alla norma internazionale nel limite massimo consentito dal testo della legge nazionale. Se la legge nazionale contrasta con la norma internazionale il giudice italiano non può disapplicare la legge interna bensì deve investire della questione la Consulta in relazione al parametro di cui all'art.117, comma 1, Cost.

La Consulta, nei termini suindicati investita della questione, deve valutare la compatibilità della legge nazionale con il Trattato - norma interposta - e successivamente, deve verificare la compatibilità del Trattato stesso con la Costituzione repubblicana[27].

Or dunque è alla luce dei parametri costituzionali da ultimo indicati che si deve valutare l'impatto della Sentenza CGUE 3 marzo 2021, in rassegna, nel nostro ordinamento giuridico processuale penale e segnatamente qual è la problematica in termini applicativi da essa originata per il nostro sistema processuale onde, in particolare, evitare problemi di invalidità di atti investigativi compiuti in difformità agl'orientamenti ermeneutici CGUE ed in particolare in relazione ai profili di inutilizzabilità ex art.191[28] c.p.p. evidenziati nel testo.

In buona sostanza la Sentenza CGUE in parola, dalla **portata interpretativa conforme alla legislazione Unionale**, è o non è suscettiva di immediata adattabilità nel nostro sistema processuale penale ad esempio per il tramite di un'analogia legis che ne consenta l'immediato impiego dei principi espressi all'interno del nostro processo?

Orbene, ad avviso di chi scrive, attesa la portata della legislazione processuale penale ordinaria vigente e i **principi processuali recepiti dalla nostra Carta costituzionale**, la risposta è negativa.

Il relativo percorso argomentativo può essere compendiato nei termini che seguono.

Osservazioni conclusive. L'adeguamento del diritto processuale italiano alla sentenza CGUE nella causa C.-746\18. Profili ermeneutici di adattabilità ed aspetti problematici.

Da quanto si è riportato nelle pagine che precedono ben si comprende che la Sentenza CGUE emessa in sede di rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte di giustizia estone abbia destato perplessità negli Stati il cui ordinamento giuridico non rinviene disposizioni procedimentale in tema di **acquisizione dei tabulati** conforme all'indirizzo interpretativo offerto il 3 marzo corrente anno dalla Corte Unionale.

Non vi è dubbio che il giudice italiano debba interpretare la norma nazionale in modo conforme all'interpretazione offerta dalla Corte Europea; del pari non vi è dubbio che tanto il giudice nazionale debba fare attenendosi al **limite del testo** della legge interna[29].

Il sistema in virtù del quale il giudice interno **deve procedere** ad un'attività di adeguamento interpretativo della norma nazionale contrastante coi paradigmi giurisprudenziali europeistici è dato per l'appunto dal nucleo testuale della proposizione normativa in termini di adattabilità interpretativa per il tramite dell'integrazione analogica ex art.12[30] cpv. disp. prel. Codice civile.

Dinnanzi a ad una limitazione testuale della legge interna che non consente l'oltrepassamento analogico del tessuto positivo offerto, il giudice italiano non potrà disapplicare la norma nazionale bensì dovrà investire della questione la Consulta al fine di farle valutare la compatibilità della legge nazionale con quanto stabilito in sede europea.

A fronte di un rilevato contrasto la norma (o le norme, se più d'una) ritenuta contrastante andrà dichiarata costituzionalmente illegittima in relazione al parametro costituzionale di cui all'art.117, comma 1, della nostra Carta[31].

La Corte Costituzionale[32] occupandosi dei margini ermeneutici del giudice italiano innanzi ai principi espressi dalle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, ha elaborato taluni orientamenti guida che ben possono attagliarsi al caso di specie. La Consulta ha approfondito l'approccio che i giudici interni devono adottare nell'interpretazione dei principi affermati dalle **Sentenze CEDU**.

Secondo i giudici di Palazzo della Consulta esse debbono ritenersi assoggettate all'interpretazione **costituzionalmente e convenzionalmente conforme** se ed in quanto non si è in grado di cogliere in termini di immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto[33]. Ciononostante, rammentano i giudici costituzionali nelle citate pronunce, il ruolo di ultima istanza esegetica sui diritti fondamentali <<riconosciuto alla Corte di Strasburgo in virtù dell'art.117, comma 1, Cost., e comunque nell'interesse del livello costituzionale raggiunto da uno stabile

affetto interpretativo>>, deve coordinarsi con l'art.101, comma 2, Cost. nel **punto di sintesi** tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso.

Muniti di tale bagaglio concettuale, espresso al massimo della sua autorevolezza giurisdizionale, possiamo cimentarci nella soluzione del problema relativo alle ricadute della pronuncia europea di termini di adeguamento del nostro sistema processuale a quanto statuito da CGUE 3 marzo 2021.

L'opzione interpretativa fondata - e percorsa da talune procure della Repubblica - sull'integrazione analogica con l'istituto, mezzo di ricerca della prova, delle intercettazioni non ci persuade. Invero la nuova disciplina delle intercettazioni[34], applicabile ai procedimenti iscritti dal 1 settembre 2020, individua una serie di differenziazioni applicative di **impervia attingibilità** ad opera di un procedimento quale quello delineato dall'art.132 Codice privacy sul versante dell'interpretazione analogica.

In particolare la disciplina delle intercettazioni telefoniche, novellato come rammentato, distingue tre diverse tipologie o classi di reato all'interno delle quali opera un **sistema binario** che differenzia il procedimento intercettativo **ordinario** da quello di **urgenza**. Così valgono delle regole per i reati indicati nell'art.266 c.p.p. e, se si tratta di intercettazioni telematiche, anche per quelli di cui all'art.266-bis c.p.p.; altre regole valgono per i reati di criminalità organizzata, terrorismo, delitti contro la personalità individuale, sfruttamento della prostituzione; altre ancora per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con il massimo della pena non inferiore a 5 anni di reclusione.

Nell'ambito della prima classe, proseguendo nel **percorso normativo** tracciato, vengono richiesti gravi indizi di reato e, ad esempio il captatore - cd. trojan - d'urgenza non è consentito. In ordine alla seconda classe gli indizi si rivelano bastevoli se sufficienti così come per la terza tipologia indicata con tempistiche, nel caso d'urgenza, pressoché similari[35].

A fronte di una così dettagliata disciplina del sistema delle intercettazioni ben si comprende che i limiti di **testualità normativa** si palesano a tutta prima evidenti demandando al giudice - e prima ancora al P.M. - la matrice regolamentare del caso applicabile attribuendogli un tasso di discrezionalità fuori dai casi previsti dalla legge.

Ma vi è un altro argomento, testuale, che a nostro avviso sbarra la strada all'analogia legis in subjecta materia. Ci s'intende riferire alla fondamentale disposizione di cui all'art.328[36] c.p.p.. Essa tipizza i casi in cui il giudice per le indagini preliminari si pronuncia su richiesta dei soggetti del procedimento (P.M., parti private, persona offesa dal reato). Vi sono poi casi previsti da leggi speciali nell'ambito dei cosiddetti **casi previsti dalla legge** nei quali il G.I.P. provvede su richiesta e, tra questi, ad oggi, non vi è certamente quello relativo all'acquisizione dei tabulati telefonici.

Un ultimo argomento, a nostro avviso davvero dirimente, militante univocamente nel senso di

un'incapacità per l'autorità giudiziaria ordinaria ad intervenire in termini di adattabilità al sistema processuale interno del pronunciamento europeo è offerto dal tessuto costituzionale del sistema ordinamentale penale delineato dalla nostra Carta fondamentale.

Dal 1999[37] difatti nel nostro ordinamento giuridico ha ricevuto investitura costituzionale il **principio di legalità processuale** col suo corollario della riserva di legge in termini omologhi e speculari al principio di legalità e di riserva di legge che assistono da sempre il diritto penale sostanziale. A mente del comma dell'art.111 della Costituzione la giurisdizione si applica mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Rapportando la menzionata disposizione al principio in virtù del quale nessuno può essere punito se non in forza di una legge ex art.25, cpv. Cost. ben si coglie la specularità in materia penale dei due indicati principi sia sotto il versante dello jus criminale in senso stretto e del diritto processuale penale.

In buona sostanza può ben dirsi che il principio di legalità ed il sottoprincipio di riserva di legge (allorché relativizzata) contemplati dall'art.25 cpv. Cost. sta al principio di legalità ed al sottoprincipio di riserva di legge codificati nell'art.111, comma 1, della Costituzione repubblicana.

Nessuno, al di fuori del legislatore, può introdurre norme penali e processual penalistico nell'ambito del relativo sistema giuridico; non può farlo l'autorità amministrativa come non può farlo l'autorità giudiziaria e/o giurisdizionale.

È soprattutto in virtù di tale ultimo argomento sceverato che riteniamo impraticabile la strada dell'adattamento legislativo alla pronuncia CGUE per il tramite dell'attività interpretativa e giudiziaria nelle forme dell'analogia legis in modi pressoché giuridicamente sicuri.

Dinnanzi a tali considerazioni giuridiche, a nostro avviso le strade praticabili per un adeguamento del diritto processuale penale interno ai contenuti precettivi interpretativamente statuiti dalla Corte Unionale in sede di rinvio pregiudiziale estone sono due.

O un intervento della Consulta debitamente stimolata in sede di incidente di costituzionalità con una pronuncia di tipo manipolativo che esempli il sistema al pronunciamento dei giudici di Lussemburgo; ovvero, cosa di gran lunga più auspicabile, un intervento legislativo ottemperatore della Sentenza CGUE e disciplinante le modalità di acquisizione dei tabulati nelle forme e coi modi indicati dai Giudici della Corte dell'Unione Europea[38].

Non appare davvero sussistere, ad avviso dello scrivente, alternative di adeguamento sistemico interno al pronunciamento Unionale diverse da quelle testé indicate. È solo la legge ordinaria - o l'intervento del giudice delle leggi - a poter attuare la giurisdizione incidendo sull'articolato normativo che profila il **giusto processo** nel nostro Paese[39].

Volume consigliato

Note

[1] Parametri normativi a base dell'intervento della Corte sono l'art.15 paragrafo 1, gli articoli 7, 8 e 11 nonché l'art.52 paragrafo 1 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

[2] Vedi S. Ricchitelli, Episteme e processo penale. Profili di epistemologia probatoria nel quadro della tecnica della logica e dell'argomentazione giuridica, Giapeto, Napoli, 2020.

[3] Anche su tali due ultime indicate fasi del procedimento probatorio vedi amplius lo scritto citato nella nota che precede. Esso ancorchè finalizzato all'analisi del procedimento probatorio scientifico, scansiona con rigore e puntualità gli stadi probatori integranti il procedimento in parola.

[4] Sezioni Unite 25 febbraio 1998; Sezioni Unite 13 luglio 1998; Sezione VI[^] 11 maggio 2000.

[5] Paulo Ferrua, Un salutare ripensamento sul tempus regit actum, in dir. pen. proc., 2000, pag.2870.

[6] È il cosiddetto codice della privacy; sul tema dei tabulati telefonici oggetto del presente paragrafo e, in generale, sullo strumentario approntato dalla tecnica per le investigazioni penali vedi amplius Sergio Ricchitelli-Nicola Barbuzzi, Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Anche a mezzo trojan dopo la riforma Bonafede, Ed. Duepuntozero, Molfetta, 2020; S. Ricchitelli, Techne e processo penale. La ricerca probatoria informatica nel vigente sistema processuale a 20 anni dalla Convenzione di Budapest, www.diritto.it, Ed. Maggioli, 24 marzo 2020.

[7] Dopo l'intervento del decreto legislativo 30 marzo 2008 nr.109.

[8] C.p.p. 391-quater. Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione - 1. Ai fini delle indagini difensive, il difensore può chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese. 2. L'istanza deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o lo detiene stabilmente. 3. In caso di rifiuto da parte della pubblica amministrazione si applicano le disposizioni degli articoli 367 e 368.

[9] Si tratta dell'istituto disciplinato dalla legge 7 dicembre 2000, nr.397 dedicata alle indagini del difensore.

[10] Disp. Att. c.p.p. art. 226. Intercettazioni e controlli preventivi sulle comunicazioni - 1. Il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili dei Servizi centrali di cui all'articolo 12 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, nonché il questore o il comandante provinciale dei Carabinieri e della Guardia di finanza, richiedono al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione, l'autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, anche per via

telematica, nonché all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni tra presenti anche se queste avvengono nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale quando sia necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4 e 51, comma 3-bis dal codice, nonché di quelli di cui all'articolo 51, comma 3-quater, del codice, commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche. Il Ministro dell'interno può altresì delegare il Direttore della Direzione investigativa antimafia limitatamente ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis del codice. 2. Il procuratore della Repubblica, qualora vi siano elementi investigativi che giustifichino l'attività di prevenzione e lo ritenga necessario, autorizza l'intercettazione per la durata massima di giorni quaranta, prorogabile per periodi successivi di giorni venti ove permangano i presupposti di legge. L'autorizzazione alla prosecuzione delle operazioni è data dal pubblico ministero con decreto motivato, nel quale deve essere dato chiaramente atto dei motivi che rendono necessaria la prosecuzione delle operazioni. 3. Delle operazioni svolte e dei contenuti intercettati è redatto verbale sintetico che, unitamente ai supporti utilizzati, è depositato presso il procuratore che ha autorizzato le attività entro cinque giorni dal termine delle stesse. Il predetto termine è di dieci giorni se sussistono esigenze di traduzione delle comunicazioni o conversazioni. Il procuratore, verificata la conformità delle attività compiute all'autorizzazione, dispone l'immediata distribuzione dei supporti e dei verbali. 3-bis. In deroga a quanto previsto dal comma 3, il procuratore può autorizzare, per un periodo non superiore a ventiquattro mesi, la conservazione dei dati acquisiti, anche relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, quando gli stessi sono indispensabili per la prosecuzione dell'attività finalizzata alla prevenzione di delitti di cui al comma 1. 4. Con le modalità e nei casi di cui ai commi 1 e 3, può essere autorizzato il tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche, nonché l'acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche intercorse e l'acquisizione di ogni altra informazione utile in possesso degli operatori di telecomunicazioni. 5. In ogni caso gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive non possono essere utilizzati nel procedimento penale, fatti salvi i fini investigativi. In ogni caso le attività di intercettazione preventiva di cui ai commi precedenti, e le notizie acquisite a seguito delle attività medesime, non possono essere menzionate in atti di indagine né costituire oggetto di deposizione né essere altrimenti divulgate.

[11] In caso di violazione dell'obbligo si applicano, salvo che il fatto costituisca più grave reato, le disposizioni dell'art.326 del codice penale (art.326. Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio: Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se l'agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno. Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni).

[12] Il trattamento dei dati per le finalità indicate nel testo è effettuato nel rispetto delle misure e degli

accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti dal garante volti a garantire che i dati conservati possiedano i medesimi requisiti di qualità, sicurezza e professione dei dati in rete, nonché ad indicare le modalità tecniche per la periodica distruzione dei dati, decorsi i termini a cui si è fatto preciso riferimento nel testo.

[13] C.p.p. art. 51. Uffici del pubblico ministero. Attribuzioni del procuratore della Repubblica distrettuale - [...] art.3-quater. Quando si tratta di procedimenti per i delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. [...].

[14] C.p.p. art. 407. Termini di durata massima delle indagini preliminari - [...] 2. La durata massima è tuttavia di due anni se le indagini preliminari riguardano: a) i delitti appresso indicati: 1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43; 2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale; 3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; 4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale; 5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110; 6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni; 7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza; 7-bis) dei delitti previsto dagli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'articolo 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. [...].

[15] È stata introdotta una disciplina speciale in tema di accesso ai dati del traffico telefonico ai fini della prevenzione di gravi reati: art. 24 legge nr.167 del 2017.

[16] In particolare merita menzione il punto n.59 della Sentenza CGUE dove si legge, in ordine alla terza delle questioni pregiudiziali, che la normativa europea va letta e interpretata in senso ostativo ad una normativa nazionale la quale renda il P.M. - 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.

[17] Si ricapitolano nel testo le acute osservazioni di S. Viganò richiamate in A. Cadetti e P. Veneziani, in *diritto penale, parte generale*, CEDAM, Padova, 2020.

[18] C.p. art. 51. Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere - L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine.

[19] In tali termini depone il nuovo art.83 TFUE. Già prima, comunque, una competenza penale indiretta era stata proclamata dalla CGUE nel 2005 e nel 2007 nei noti casi Commissione versus Consiglio.

[20] Emblematico su tutti è il caso Berlusconi nel 2005.

[21] Sul punto chiarissima la pronuncia della CGUE Grande Sezione 16 giugno 2005 nell'affaire Pupino.

[22] Sul punto chiarissima la pronuncia della Consulta del 1984 recante il nr.170.

[23] Cost. art.11. L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

[24] Su tutte vedi Corte costituzionale nr.170 del 1984; Corte costituzionale nr.284 del 2007. E comunque da rammentare che la materia penale è in via generale esclusa dalla competenza legislativa comunitaria anche se il trattato unionale prevede il ravvicinamento delle normative degli Stati membri. Cionondimeno la CGUE - 13 settembre 2005 - ha affermato il potere dell'Unione di intervenire in materia penale quando tale intervento è reso necessario per tutelare beni riservati alla competenza comunitaria: ad esempio l'ambiente.

[25] Vedi per tutti Corte costituzionale nnr.348 e 349 del 2007.

[26] Sulla tematica or ora indicata nel testo vedi per tutti S. Ricchitelli, *Le squadre investigative comuni e l'ordine europeo di indagine penale nel quadro dell'azione di cooperazione investigativa transnazionale*, Gazzetta Forense nr.4/2020, Giapeto, Napoli; S. Ricchitelli, *La collaborazione interstatale nella lotta contro il crimine nel quadro della cooperazione europea in materia penale nel primo ventennio del XXI° secolo*, Gazzetta Forense nr.6/2020, Giapeto, Napoli.

[27] Tali ultimi assunti riproposti nel testo sono il prodotto delle due celeberrime sentenze gemelle del 2007 le nrrr.348 e 349.

[28] C.p.p. art. 191. Prove illegittimamente acquisite - 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento. 2-bis. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale.

[29] La Corte Costituzionale nel 2010 ha infatti precisato che il limite massimo dell'attività ermeneutica è quello della analogia legis

[30] Disp. preleggi Codice Civile art.12 Interpretazione della legge - Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

[31] È questo il quadro che emerge dalle summenzionate sentenze cosiddette gemelle nrrr. 348 e 349 del 2007.

[32] Corte Costituzionale nr.49 del 2015.

[33] Conforme in precedenza Corte Costituzionale nr.236 del 2011.

[34] Sulla quale vedi amplius e dettagliatamente Sergio Ricchitelli e Nicola Barbuzzi, Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Anche a mezzo trojan dopo la riforma Bonafede, Duepuntozero, Molfetta, 2020.

[35] Entro 24 ore il pubblico ministero trasmette al G.I.P. l'adottato provvedimento di urgenza il quale ha 48 ore per convalidarlo con una scansione temporale variabile tra i 15 giorni di intercettazione quindicinalmente prorogabili o i 40 giorni prorogabili di volta in volta per la metà dell'indicato tempo.

[36] C.p.p. art. 328. Giudice per le indagini preliminari - 1. Nei casi previsti dalla legge, sulle richieste del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa dal reato, provvede il giudice per le indagini preliminari. 1-bis. Quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'articolo 51 commi 3-bis e 3-quater, le funzioni di giudice per le indagini preliminari sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice

competente. [1-ter. Quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-quater, le funzioni di giudice per le indagini preliminari sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.] 1-quater. Quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-quinquies, le funzioni di giudice per le indagini preliminari e le funzioni di giudice per l'udienza preliminare sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

[37] Ci si riferisce alla legge Costituzionale 23 novembre 1999, nr.2.

[38] Tale intervento, auspicabilmente, dovrà essere corredato da norme transitorie chiare e precise in quanto di diretta applicazione con funzione di regolazione delle situazioni giuridiche coinvolte nella successione di leggi recando una disciplina speciale per il caso concreto in termini di effettività, stabilità e concretezza.

[39] Va da sé che qui si accede, conformemente all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale maggioritario, alla tesi in virtù della quale la locuzione processo adoperata nell'art.111 della Costituzione è da intendersi in senso atecnico ossia comprensiva del concetto di procedimento così come delineato nel Codice di procedura penale italiano vigente quale fase antecedente l'esercizio dell'azione penale. In buona sostanza il legislatore adoperando il lemma "processo" minu dixit quam voluit , volendo abbracciare nell'adoperato sintagma anche la fase delle indagini preliminari.

<https://www.diritto.it/lacquisizione-dei-tabulati-telefonici-e-le-fonti-comunitarie-del-diritto-processuale-penale/>