



PROCURA GENERALE
della Corte di Cassazione

REQUISITORIA DEL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE

PG: De Masellis

N.R.G. - 22392/2021

Requisitoria ex art. 611 c.p.p.

N.R.G. - 22392/2021

Il Sost. Procuratore Generale

Visti gli atti del ricorso proposto dal Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania avverso il decreto del 25 maggio 2021, depositato in pari data, con il quale il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Catania ha dichiarato il non luogo a provvedere sulla richiesta di convalida del decreto di acquisizione in via d'urgenza di LOG IP, dati completi di identificazione del profilo dell'utente, ultimi LOG IN e LOG OUT all'account Instagram apparentemente riconducibile alla persona offesa, emesso dal Pubblico Ministero il 13 maggio 2021

OSSERVA

Il Pubblico Ministero ricorrente censura per abnormità la decisione con cui il Giudice per le Indagini Preliminari ha dichiarato il non luogo a provvedere sulla richiesta di convalida del decreto di acquisizione in via d'urgenza dei dati telematici relativi alle connessioni Internet in possesso di Facebook Ireland Ltd, Gran Canal Square, Dublin 2, Ireland ed altre società da cui risultavano aver avuto origine le intrusioni informatiche denunciate dalla persona offesa, riconducibili alle ipotesi di reato di cui agli artt. 494 e 660 c.p., precisando che la trasmissione per la convalida è stata effettuata in aderenza alla sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 2 marzo 2021, ritenuta immediatamente applicabile nell'ordinamento interno anche con riferimento all'acquisizione dei file di LOG.

Nel provvedimento impugnato il Giudice rileva che i principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia non possono considerarsi immediatamente applicabili attesa l'indeterminatezza del riferimento alle ipotesi di reato nelle quali i dati di traffico telematico e telefonico possono essere acquisiti, genericamente rivolto ai casi di lotta contro le forme gravi di criminalità o di prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, casi la cui concreta declinazione è da ritenersi demandata alla

legge nazionale e non all'elaborazione giurisprudenziale, sottolineando la necessità di un intervento del legislatore.

La sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 2021, C-746/18, H.K., in tema di tabulati telefonici e telematici, rispondendo a un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte suprema estone, ha affermato che l'art. 15, § 1, della direttiva 2002/58/UE, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 52 della Carta di Nizza, osta a una disciplina nazionale che: 1) non circoscriva l'accesso di autorità pubbliche a dati idonei a fornire informazioni su comunicazioni effettuate da un utente «a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica»; 2) affidi nel corso di un rito penale al pubblico ministero e non a un soggetto terzo (come un giudice) la competenza ad autorizzare l'accesso a tali dati (necessità, quest'ultima già affermata dalla Corte con la sentenza Digital Rights e con la Tele2 Sverige (cause riunite C 203/15 e C 698/15) del 21 dicembre 2016).

Secondo l'assetto normativo delineatosi in precedenza nel nostro ordinamento, anche alla luce del consolidato orientamento della Suprema Corte in tema di acquisizione dei dati contenuti nei cd. tabulati telefonici, la disciplina italiana di acquisizione e conservazione dei dati di cui all'art. 132 d. lgs. 196/2003 deve ritenersi compatibile con le direttive n. 2002/58/Ce e 2006/24/Ce in tema di privacy, poiché la deroga alla riservatezza delle comunicazioni è prevista dall'art. 132 cit. per un periodo di tempo limitato, ha come esclusivo obiettivo l'accertamento e la repressione dei reati ed è subordinata alla emissione di un provvedimento di una autorità giurisdizionale indipendente (Cass., Sez. 2, 13/2/2020, n.5741; Sez. 2, 10/12/2019 n. 5741; Sez. 3, 25/09/2019 n. 48737 e Sez. V, 24 aprile 2018, n.33851).

Dalla decisione della Corte di Giustizia del 2 marzo 2021 è scaturito un vivace dibattito giurisprudenziale.

La Corte di Cassazione, con due recenti arresti della seconda sezione penale (Cassazione Penale, Sez. II, 22 Luglio 2021 (udienza del 15 Aprile 2021) n.28523, e Sez. II, 7 settembre 2021 (udienza del 2 luglio 2021), n. 33116), ha escluso l'applicazione diretta della sentenza della CGUE GS atteso il generico riferimento ai casi nei quali i tabulati di traffico telematico e telefonico possono essere acquisiti con conseguenti profili di incertezza interpretativa.

I giudici di legittimità, pur non dubitando della possibile diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale dei principi espressi nella sentenza del 2 marzo 2021, H.K., C-746/18, in considerazione del valore fondante del diritto comunitario con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità da attribuirsi agli stessi (cfr. Cass., Sez. Lav., n. 13425 del 2019; Cass. Civ., n. 22577 del 2012), hanno ritenuto tuttavia che l'attività interpretativa del significato e dei limiti di applicazione delle norme comunitarie, operata nelle sentenze CGUE, può avere efficacia immediata e diretta nel nostro ordinamento limitatamente alle ipotesi in cui non residuino, negli istituti giuridici regolati, concreti problemi applicativi e correlati profili di discrezionalità che richiedano l'intervento del legislatore nazionale, tanto più laddove si tratti di interpretazioni di norme contenute nelle direttive (cfr., Sez. 2, n. 28523 del 15/04/2021, Lordi, non mass.).

L'indeterminatezza delle espressioni utilizzate dalla CGUE, al fine di legittimare l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata dei cittadini ("lotta contro le forme gravi di criminalità" o "prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica"), implica necessariamente, secondo la Corte di cassazione, un intervento legislativo volto ad individuare, sulla base di «criteri oggettivi», così come richiesto dalla stessa pronuncia della Corte europea, le categorie di reati per i quali possa ritenersi legittima l'acquisizione dei dati di traffico telefonico o telematico.

L'orientamento della Corte di Cassazione non appare in contrasto con la sentenza della Corte di Giustizia che ai §§ 48-50 riconosce che spetta al diritto nazionale stabilire le condizioni dell'accesso ai dati prevedendo regole "chiare e precise", idonee a soddisfare il requisito di proporzionalità, che disciplinino

la portata e l'applicazione della misura in questione e fissino requisiti minimi, non potendosi "limitare a esigere che l'accesso ai dati risponda alla finalità perseguita, ma dovendo prevedere le condizioni sostanziali e procedurali che disciplinano tale utilizzo".

Il legislatore, intervenuto in via d'urgenza con il decreto-legge nr. 132, in vigore dal 30 settembre 2021, ha modificato l'articolo 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, sottoponendo al controllo del giudice la procedura di acquisizione dei dati, relativi al traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale, e la selezione dell'ambito oggettivo di applicazione della procedura stessa, esperibile solo in relazione ai procedimenti per reati puniti con l'ergastolo o con pena edittale massima non inferiore a tre anni, e per i reati di minaccia, molestie e disturbo a mezzo telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, sempre che ricorra la rilevanza investigativa del dato da acquisire.

La novella condivide le coordinate essenziali con la disciplina sulle intercettazioni (artt. 266 e ss c.p.p.) richiedendo tuttavia, in ragione della più contenuta invasività del mezzo, la sufficienza e non la gravità indiziaria, in relazione ai delitti per i quali si ammettono le operazioni, la rilevanza anziché l'assoluta indispensabilità investigativa dei dati stessi ed ampliando i termini per la convalida del giudice nei casi d'urgenza da 48 a 72 ore.

L'assenza di una disciplina transitoria nella decretazione d'urgenza, (presente nel testo provvisorio del d.l.) risulta coerente con il mancato riconoscimento, in sede di interpretazione giurisprudenziale, della immediata applicabilità della pronuncia della Corte di Giustizia.

Il Tribunale di Rieti, con ordinanza del 4 maggio 2021, ha sollevato questione pregiudiziale con procedura d'urgenza sollecitando la CGUE a fornire ulteriori chiarimenti interpretativi sulla eventuale applicazione irretroattiva dei principi stabiliti nella citata sentenza CGUE, GS, del 2 marzo 2021.

Eventuali future diverse valutazioni, in occasione della conversione del decreto legge e in sede di esame della questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Rieti (attualmente pendente davanti alla CGUE), circa la necessità di regolare gli effetti temporali della decisione della Corte di Giustizia, appaiono, comunque, non influenti sul giudizio di abnormità del provvedimento del Giudice per le indagini preliminari, sottoposto dal Pubblico Ministero ricorrente al vaglio della Corte di cassazione.

Nel caso di specie il giudice per le indagini preliminari ha puntualizzato con motivazione esaustiva, nell'ambito delle diverse letture proposte subito dopo la innovativa decisione della Corte di Giustizia, l'interpretazione a suo giudizio più aderente agli orientamenti della giurisprudenza di legittimità ed ai principi espressi dalla stessa sentenza con particolare riferimento ai § 49-50, ritenendo necessario l'intervento del legislatore nazionale.

Il provvedimento impugnato, che ha ritenuto la sentenza della CGUE del 2 marzo 2021 non direttamente efficace, in assenza di un intervento del legislatore, e, pertanto, applicabile l'art. 132 d. lgs. 196/2003 nella formulazione vigente in conformità con l'art. 117 Cost., è in linea con le coordinate essenziali tracciate dalla giurisprudenza di legittimità con le sentenze n.28523/2021 e n. 33116 e ne anticipa le motivazioni.

Non appare, dunque, ravvisabile alcuna distorta applicazione, sotto il profilo funzionale, del potere di interpretazione di cui il giudice è titolare.

Nè può invocarsi un'ipotesi di abnormità cd "strutturale", configurabile laddove l'atto adottato si inserisca, nella logica e cronologica evoluzione processuale, in maniera totalmente stravagante ed eccentrica, tale da doversi considerare avulso dall'ordinamento in quanto espressione di un potere esplicatosi al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite.

Secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009 - dep. 22/06/2009, P.M. in proc. Toni e altro, Rv. 243590), in relazione ai rapporti tra giudice e pubblico ministero, deve limitarsi l'ipotesi di abnormità strutturale *“al caso di esercizio da parte del giudice di un potere non attribuitogli dall'ordinamento processuale (carezza di potere in astratto) ovvero di deviazione del provvedimento giudiziale rispetto allo scopo di modello legale nel senso di esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti, perché al di là di ogni ragionevole limite (carezza di potere in concreto). L'abnormità funzionale, riscontrabile, come si è detto, nel caso di stasi del processo e di impossibilità di proseguirlo, va limitata all'ipotesi in cui il provvedimento giudiziario imponga al pubblico ministero un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso futuro del procedimento o del processo. Solo in siffatta ipotesi il pubblico ministero può ricorrere per cassazione lamentando che il conformarsi al provvedimento giudiziario minerebbe la regolarità del processo; negli altri casi egli è tenuto ad osservare i provvedimenti emessi dal giudice”*.

Si evidenzia in sentenza che il regresso è consentito laddove l'atto del giudice sia espressione di un potere riconosciuto dall'ordinamento.

Assume, peraltro, rilievo, all'esito dell'entrata in vigore del decreto legge 30/9/2021 nr. 132, il tema dell'interesse attuale del PM al ricorso per cassazione in considerazione della possibilità di reiterare il decreto motivato e la richiesta ai sensi del comma 3 bis dell'art. 132 del decreto legislativo nr.196/2003.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono si formula richiesta di rigetto del ricorso.

PQM

V. l'art. 611 c.p.p.

Chiede alla Corte di Cassazione riunita in camera di consiglio: il rigetto del ricorso.

Roma 9/10/2021

**IL SOSTITUTO
PROCURATORE GENERALE
(dott. MARIELLA DE MASELLIS)**