36380-19

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TERZA SEZIONE PENALE

Composta da

GASTONE ANDREAZZA	- Presidente -	Sent. n. sez. 1213/2019
LUCA SEMERARO	- Relatore -	UP – 19/04/2019
STEFANO CORBETTA		R.G.N. 39310/2018
ANTONIO CORBO		
GIUSEPPE NOVIELLO		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(omissis) nato a (omissis)

(omissis) nato a (omissis)

avverso la sentenza del 21/12/2017 della CORTE APPELLO di BOLOGNA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere LUCA SEMERARO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore PIETRO MOLINO

Il P.G. conclude: inammissibilità per quanto riguarda il ricorso del ricorrente (omissis) .

Annullamento senza rinvio per il ricorso del ricorrente (omissis) .

uditi i difensori;

E' presente l'avvocato (omissis) che si riporta ai motivi del ricorso.

E' presente l'avvocato (omissis) che si riporta ai motivi del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Bologna, con la sentenza del 21 dicembre 2017, in parziale riforma della sentenza del giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Ravenna del 9 giugno 2011, emessa all'esito del giudizio abbreviato, ha:
- dichiarato non doversi procedere nei confronti di (omissis) per il reato sub capo 2), qualificato nel delitto ex art. 73 comma 5 d.P.R. 309/1990, perché estinto per prescrizione;
- confermato la condanna inflitta a (omissis) per il reato sub capo 1), ex art. 73 comma 1 d.P.R. 309/1990, per la cessione di grammi 28,625 di cocaina, con percentuale di principio attivo del 50%, pari a grammi 14,305 (in Cervia il 5 agosto 2006), ed ha rideterminato la pena in anni 2 mesi 8 di reclusione ed € 12.000 di multa, secondo il seguente calcolo: pena base, anni 6 di reclusione ed € 27.000 di multa, ridotta per le circostanze attenuanti generiche ad anni 4 di reclusione ed € 18.000 di multa, ridotta come sopra per il rito;
- confermato la condanna inflitta a (omissis) per il reato ex art. 73 comma 1 d.P.R. 309/1990, per la cessione a (omissis) di 314 grammi di cocaina, con principio attivo del 98%, in (omissis) , ed ha rideterminato la pena in anni 3 mesi 6 giorni 20 di reclusione ed € 20.000 di multa.

La Corte di appello ha confermato la pena base inflitta dal giudice di primo grado di anni 8 di reclusione e rideterminato la multa in € 50.000; ha quindi ridotto la pena per le circostanze attenuanti generiche a anni 5 mesi 4 di reclusione ed € 30.000 di multa, ed ha operato la riduzione per il rito.

I difensori di (omissis) e (omissis) hanno proposto il ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Bologna del 21 dicembre 2017.

2. Il difensore di (omissis) ha dedotto la mancanza di motivazione sul motivo di appello con cui chiese di qualificare il fatto sub capo 1) nel delitto ex art. 73 comma 5 d.P.R. 309/1990.

La Corte di appello di Bologna, con la sentenza del 26 settembre 2016 emessa in altro processo, ha confermato la condanna inflitta in primo grado il 23 giugno 2008 al ricorrente per il delitto ex art. 73 comma 5 d.P.R. 309/1990 per la detenzione di grammi 27,9 di cocaina e 9,6 di hashish, per 12,448 grammi e mg. 633 di principio attivo di cocaina e thc. Quantitativi quindi analoghi a quelli oggetto della sentenza impugnata.

La Corte di appello ha accolto l'appello quanto al capo 2), qualificando diversamente il fatto e dichiarando il reato estinto per prescrizione; mancherebbe però la motivazione quanto al rigetto del motivo di appello in relazione al capo 1).

Si chiede quindi l'annullamento della sentenza impugnata, la qualificazione del fatto nel delitto ex art. 73 comma 5 d.P.R. 309/1990 e di dichiarare estinto il reato per prescrizione.

3. Il difensore di (omissis) ha premesso che l'impugnazione si riferisce al capo 4) ed ai punti relativi alla ritenuta sussistenza della responsabilità del ricorrente ed all'utilizzabilità degli elementi di prova raccolti mediante l'acquisizione dei tabulati telefonici.

3.1. Con il primo motivo si deducono, ex art. 606 lett. c) ed e) cod. proc. pen., i vizi di violazione di legge per l'erronea applicazione degli artt. 192 comma 2 e 533 cod. proc. pen., e della manifesta illogicità della motivazione nel punto relativo alla ritenuta partecipazione del ricorrente alla cessione della sostanza stupefacente.

Dopo aver sintetizzato la motivazione della sentenza impugnata in risposta al motivo di appello, si rileva che l'unico indizio posto a fondamento della responsabilità dai giudici di merito sarebbe costituito dalla presenza dell'utilizzatore dell'utenza (omissis) sul luogo del delitto; l'attribuzione dell'uso dell'utenza al ricorrente sarebbe avvenuto con ragionamenti inferenziali di tipo abduttivo, inidonei ad integrare la certezza indiziaria richiesta dall'art. 192 comma 2 cod. proc. pen.

3.1.1. Si assume, in ogni caso, che anche ove fosse ritenuta la presenza sul luogo del ricorrente, questa non potrebbe costituire elemento sufficiente a ritenere la responsabilità per la cessione, in una condotta contestata ex art. 110 cod. pen., in assenza di elementi dai quali individuare quale contributo materiale o morale avrebbe il ricorrente posto in essere.

3.1.2. Si contesta poi che la Corte di appello abbia adoperato quale indizio il fatto che il ricorrente sia stato indagato nel 2002 nell'ambito di un'operazione relativa al traffico di sostanza stupefacente, in violazione delle più elementari regole probatorie e dei principi della giurisprudenza sulla valutazione della condotta dell'imputato pregiudicato (rv 264198).

3.1.3. La valorizzazione del precedente di polizia sarebbe avvenuta per dare corpo alla pluralità di indizi che deve sussistere per affermare la responsabilità secondo l'art. 192 comma 2 cod. proc. pen.: l'unico indizio sarebbe costituito dalla ritenuta disponibilità in capo al ricorrente dell'utenza (omissis) che ha agganciato le cellule di (omissis) nella zona e nell'ora in cui il 24 marzo 2007 sarebbe stata ceduta la sostanza stupefacente a (omissis) .

Tale dato però non costituisce un fatto certo, oggetto di diretta verifica storica, ma a sua volta il frutto di un ragionamento induttivo, inidoneo a ritenere la gravità indiziaria secondo l'art. 192 comma 2 cod. proc. pen.

3.1.4. Si rileva che i giudici di merito hanno ritenuto, in base ad un sillogismo probatorio, che l'usuario dell'utenza (omissis) fosse nell'Audi a6 nel momento in cui l'acquirente acquistò la cocaina.

Però anche l'individuazione del tempo e del luogo dell'acquisto è stata dedotta in via indiziaria perché l'acquirente è stato fermato dopo l'incontro con i passeggeri dell'Audi A6; tale circostanza prova la detenzione della sostanza stupefacente ma non l'acquisto.

Né in danno dell'imputato può porsi la scelta di non intervenire all'atto dell'ingresso dell'acquirente nell'Audi A6, accertando se fosse avvenuto ivi lo scambio ed individuando gli occupanti dell'auto, nonostante fosse in corso l'attività di polizia giudiziaria di pedinamento e di osservazione.

La sentenza impugnata ha ritenuto provato che l'acquisto sia stato effettuato in tale occasione in relazione alle modalità dell'incontro, descritte nella pagina 4 della sentenza.

3.1.5. Quanto alla presenza dell'utenza (omissis), nella sentenza è stata dedotta dal dato emergente dai tabulati telefonici, in quanto l'utenza aveva agganciato le celle di (omissis) in cui avvenne la cessione a (omissis); la gravità dell'indizio è stata alimentata dal rilievo che l'utenza (omissis) era stata contattata da (omissis) nei momenti coevi al suo ingresso nell'Audi A6, occupata da due ignoti uomini.

La sentenza di appello avrebbe sottolineato che (omissis), con un'altra utenza a lui in uso, avrebbe cercato di chiamare un altro numero, da lui memorizzato nelle memorie sotto la voce (omissis); anche l'utenza (omissis) era stata registrata dall'acquirente sotto lo stesso nome.

L'attribuzione dell'utenza (omissis) al ricorrente sarebbe stata effettuata dalla Corte di appello sempre in via indiziaria, in base ad un criterio di verosimiglianza, contrario al principio del ragionevole dubbio.

L'attribuzione dell'utenza al ricorrente sarebbe avvenuta in base ad una conversazione intercettata tra l'utenza in uso a (omissis) e quella (omissis) (omissis) nel corso della quale (omissis) informò l'interlocutore su una conversazione precedente con un agente immobiliare relativa ad un immobile dietro via (omissis) di «un amico di nome (omissis)».

L'attribuzione dell'utenza è avvenuta perché è stata acquisita presso l'agenzia immobiliare la documentazione relativa ad un negozio di via (omissis) – strada che si trova alle spalle di via (omissis) – per il quale era stato indicato per i contatti il nome di (omissis), e per il fatto che quest'ultimo era già stato indagato per il reato ex art. 73 d.P.R. 309/1990.

Si rileva però che l'associazione tra i contatti dell'agenzia relativi ad immobili nelle vicinanze di via (omissis) ed (omissis) è avvenuta in maniera

probabilistica, solo in base al fatto che quest'ultimo era stato indagato per il delitto ex art. 73 d.P.R. 309/1990, senza verificare l'esistenza di altri contatti, e senza collegamenti reali con il nome (omissis) registrato nella rubrica dell'acquirente.

3.1.6. Il ricorrente rileva che all'agenzia immobiliare (omissis) aveva lasciato un numero di telefono diverso ((omissis)): tale prova è stata tralasciata dalle sentenze di merito, ciò incidendo sulla apparente correttezza dell'attribuzione dell'utenza (omissis) al ricorrente, ritenuto il soggetto informato da (omissis) sulla trattativa immobiliare.

La Corte di appello non ha poi tenuto conto che non è emerso che il ricorrente fosse in possesso di più utenze telefoniche e che l'utenza (omissis) non era dedicata alle trattative illecite, posto che su tale utenza era avvenuta la conversazione sulla trattativa immobiliare.

Né è stato valutato che l'utenza (omissis) non è risultata associata nella rubrica di (omissis) al nome (omissis).

Dunque, l'attribuzione dell'utenza (omissis) al ricorrente sarebbe avvenuta non su un fatto certo ma su un fatto verosimile, in violazione dell'art. 192 comma 2 cod. proc. pen. e ciò mina la logicità del ragionamento del giudice, che sarebbe in contrasto anche con il principio del ragionevole dubbio.

Il ricorso prosegue poi con l'esposizione in diritto sulla prova indiziaria (pagine 14-17); si afferma quindi che in violazione di tali principi di diritto le sentenze di merito si fonderebbero su un paralogismo giuridico, per effetto del quale si è giunti alla dichiarazione di responsabilità del ricorrente.

3.2. Con il secondo motivo si deduce, ex art, 606 lett. c) cod. proc. pen., l'inosservanza dell'art. 191 cod. proc. pen.; si ritiene che l'art. 132 del d.lgs. 196/2003 sarebbe in contrasto con gli artt. 7,8 e 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali UE, come interpretati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 8 aprile 2014, il cui contenuto è sintetizzato nel ricorso, in relazione alla direttiva 2006/24/CE in materia di *data retention*, con conseguente inutilizzabilità dei dati emergenti dal tabulato telefonico relativo all'utenza (omissis) (omissis).

L'inutilizzabilità ex art. 191 cod. proc. pen. deriverebbe dalla lesione dei diritti fondamentali della persona, arrecata dall'art. 132 citato, per la mancanza dell'indicazione dei reati al cui accertamento è volta l'acquisizione del dato e per la scelta di attribuire ad una parte del procedimento penale, il pubblico ministero, l'opportunità di acquisire i dati.

La direttiva 2006/24/CE agli art. 3,4 e 6 prevederebbe la conservazione dei dati derivanti dalle comunicazioni telefoniche e telematiche solo per il perseguimento di gravi reati ed ai soli fini di indagine.

Si invocano in particolare i principi di proporzionalità e stretta necessità elaborati dalla Corte di Giustizia, ed il collegamento della compressione delle libertà con la gravità dei reati per cui si procede, nonché la necessità che l'accesso ai dati avvenga dopo l'esame di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente; gli ulteriori profili di illegittimità derivanti dalla finestra temporale per l'acquisizione dei dati senza distinguere tra le categorie di dati, la mancanza di previsione di garanzie sufficienti contro il rischio di abusi.

L'art. 132 citato conterrebbe dunque tutti i vizi già individuati dalla Corte di Giustizia, con conseguente necessità di disapplicare la norma interna e di ritenere la prova acquisita vietata dalla legge e quindi non utilizzabile.

In subordine si chiede il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea affinché accerti se gli artt. 7, 8 e 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali UE ostino ad una normativa nazionale, quale quella ex art. 132 d.lgs. 196/2003, che consente l'acquisizione e la conservazione del traffico telematico per qualsiasi tipo di reato e senza un previo controllo della richiesta da parte di un'autorità indipendente.

Quanto alla cd. prova di resistenza, si rileva che il dato emerso dal tabulato nella motivazione è stato adoperato per ritenere che il possessore dell'utenza si trovasse in (omissis), nella zona quindi in cui era stata ceduta la sostanza stupefacente al (omissis); costituisce quindi l'unico elemento di prova per individuare uno dei due soggetti presenti sull'Audi A6 in cui sarebbe avvenuta la cessione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso di (omissis) è fondato. Ed invero dalla stessa sentenza della Corte di appello di Bologna (pagina 1) risulta che l'imputato chiese con l'appello la qualificazione giuridica del fatto nel delitto di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. 309/1990. La Corte di appello ha rigettato il motivo relativo all'*an* della responsabilità ma ha poi omesso di valutare il motivo di appello sulla diversa qualificazione giuridica del fatto, riconosciuta per in secondo capo di imputazione. Il motivo non risulta neanche implicitamente rigettato.

La sentenza impugnata, quanto alla posizione di (omissis), deve quindi essere annullata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Bologna, limitatamente alla valutazione del motivo di appello sulla qualificazione giuridica del fatto nel delitto ex art. 73 comma 5 d.P.R. 309/1990.

2. Il primo motivo del ricorso di (omissis) è fondato, sussistendo i vizi della motivazione dedotti con il ricorso quanto alla sussistenza della penale responsabilità del ricorrente.

2.1. La Corte di appello ha ritenuto che il ricorrente sia l'autore della cessione a (omissis), avvenuta a bordo di un'Audi A6, perché sul telefono cellulare in uso a quest'ultimo erano stati trovati tentativi di telefonate in uscita al n. (omissis) (omissis), associata al nome (omissis), e «prima del suo arresto» il 24 marzo 2007 (omissis) aveva contattato l'utenza (omissis); dall'analisi dei tabulati telefonici tale utenza si trovava nella cella di (omissis), luogo in cui era avvenuta la cessione.

L'utenza (omissis) è stata ritenuta in uso al ricorrente in base al collegamento tra due conversazioni telefoniche, una con un agente immobiliare e l'altra con l'usuario dell'utenza (omissis), ed in base agli accertamenti eseguiti presso l'agenzia immobiliare.

2.2. Deve affermarsi che alcuna valenza, neanche indiziaria, può essere attribuita al fatto che nel 2002 il ricorrente fu indagato nell'ambito di un'operazione relativa al traffico di sostanza stupefacente in (omissis): si tratta di un dato del tutto neutro, al più attinente alla personalità del ricorrente ma non al fatto, per altro talmente distante nel tempo dai fatti per cui si procede (5 anni) da non poter in alcun modo essere ritenuto «concordante». Tale elemento è stato erroneamente ed illogicamente non solo valutato ma anche ritenuto un elemento di conferma dell'ipotesi accusatoria, essendo stato riportato esplicitamente nella sentenza impugnata.

2.3. Sussiste il dedotto vizio della motivazione nella parte in cui ha attribuito l'uso dell'utenza (omissis) al ricorrente.

L'attribuzione è avvenuta sulla base di due elementi: perché su altra utenza in uso all'acquirente (omissis) il n. (omissis) era registrato in rubrica con il nome (omissis), laddove il nome del ricorrente è (omissis); per gli accertamenti effettuati presso una agenzia immobiliare, a seguito di due conversazioni telefoniche, la prima con un agente immobiliare, nel quale si faceva riferimento ad (omissis) e ad un negozio di (omissis).

Il ricorrente ha però dimostrato, mediante la produzione dell'annotazione di servizio relativa all'accertamento eseguito presso l'agenzia immobiliare, che la Corte di appello è incorsa in un travisamento della prova per omissione: non ha infatti valutato che il numero di telefono ((omissis)) lasciato da (omissis) presso l'agenzia immobiliare non è né il n. (omissis) né quello n. (omissis) contattato invano il giorno dell'arresto e sempre inserito in rubrica da (omissis) (omissis) con il nome di (omissis).

Il dato probatorio non può considerarsi neutro perché può anche escludere che (omissis) ed il ricorrente siano la stessa persona.

2.4. In ogni caso, la conclusione a cui è giunta la Corte di appello è contraddittoria.

2.4.1. In punto di diritto deve infatti affermarsi che l'elemento di prova costituito della presenza di un telefono in una determinata cella dimostra, solo ed esclusivamente, che l'utilizzatore di quel telefono si trova in un data zona: per altro anche piuttosto grande, perché le celle telefoniche non identificano un luogo preciso ma una zona di copertura della rete telefonica di grandezza variabile; nel caso in esame, la grandezza delle celle prese in esame non è neanche indicata: pertanto l'utilizzatore del n. (omissis) e (omissis) avrebbero potuto trovarsi anche in due luoghi differenti.

La presenza del possessore di un telefono cellulare in una data zona, più o meno ampia rispetto alla grandezza della cella, può essere qualificato quale indizio, ma di per sé non dimostra nulla, anche se l'utenza è precisamente attribuita ad una determinata persona: per avere una valenza probatoria, tale da poter portare ad una sentenza di condanna, occorrono altri indizi, ugualmente gravi e precisi, ed infine tutti concordanti, che possano consentire di affermare che il possessore dell'utenza ha commesso il reato.

2.4.2. Orbene, il procedimento logico seguito dalla Corte di appello è sia contraddittorio che manifestamente illogico.

Nella sentenza di appello si fa riferimento alle trattative che sarebbe state svolte nei giorni precedenti l'arresto di (omissis) : di tali conversazioni non sono riportati i contenuti e gli estremi, ma deve ritenersi che siano avvenute con utenze non ricondotte, già secondo l'ipotesi accusatoria, a (omissis) ; né che sia stato quest'ultimo ad avere le conversazioni ritenute dall'oggetto illecito e che preannunciavano la consegna.

Le telefonate dirette verso il numero (omissis) , rubricato (omissis), contattato il giorno dell'arresto, non si sono concretizzate in conversazioni, ed anzi sarebbero costituiti in meri tentativi di chiamata. Dunque, è escluso che attraverso esse (omissis) possa aver preso l'appuntamento per la consegna.

La sentenza impugnata indica che prima dell'arresto (omissis) contattò il n. (omissis) ; non essendo stata intercettata la telefonata, non se ne conosce il contenuto.

Tale utenza, all'atto del contatto, si trovava in (omissis), luogo in cui nello stesso tempo si recò anche (omissis) per acquistare la sostanza stupefacente.

Orbene, come già osservato, questo contatto non dimostra in alcun modo che l'utilizzatore dell'utenza n. (omissis) si trovasse all'interno dell'Audi A6 ma solo che si trovava nella zona di (omissis); collocarlo all'interno dell'auto ed attribuirgli la condotta di cessione è un salto logico privo di elementi di prova a sostegno.

2.5. Il vizio della motivazione è poi avvalorato dal fatto che dalla motivazione della sentenza non emerge neanche quando avvenne il contatto tra l'utenza in uso a (omissis) ed il possessore del n. (omissis) : se infatti il contatto

avvenne prima dell'arresto ma dopo la consegna osservata dalla polizia giudiziaria sarebbe del tutto irrilevante, trattandosi di un *post factum*.

2.6. Va altresì rilevata una ulteriore contraddittorietà della motivazione: nella sentenza si indica che non vi sono conversazioni registrate, collegate alle utenze che la sentenza attribuisce al ricorrente, aventi un contenuto illecito.

L'unica conversazione riportata, se attribuibile al ricorrente, avrebbe un oggetto lecito, essendo relativa al rapporto con l'agenzia ed all'immobile. Dunque, la stessa sentenza indica una causale alternativa lecita al contatto tra l'utenza attribuita al ricorrente e (omissis) .

Dunque, emerge dalla sentenza della Corte di appello la totale assenza di elementi di prova per ritenere che il ricorrente abbia ceduto la sostanza stupefacente a (omissis) ; si impone pertanto l'annullamento della sentenza impugnata senza rinvio nei confronti di (omissis) per non aver commesso il fatto.

3. Quanto al secondo motivo, dal testo del ricorso risulta subordinato al rigetto del primo motivo. Poiché in sede di discussione la difesa ha affermato che va ritenuto pregiudiziale, ritiene la corte di doverlo esaminare.

3.1. Il motivo è infondato.

Va ricordato che (cfr. Cass. Sez. 4, n. 50998 del 19/07/2017, Vadardha, Rv. 271353 - 01) il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea non costituisce un rimedio giuridico obbligatorio, esperibile automaticamente a sola richiesta delle parti, spettando solo al giudice stabilirne la necessità. Nel caso in esame tale necessità non sussiste.

3.2. Va ribadito il principio espresso dalla Corte di Cassazione, Sez. 5, con la sentenza n. 33851 del 24/04/2018, M., Rv. 273892 - 01 per cui in tema di acquisizione di dati contenuti in tabulati telefonici, la disciplina prevista dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 è compatibile con il diritto sovranazionale in tema di tutela della privacy (direttive 2002/58/CE e 2006/24/CE), come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In motivazione, la Corte ha fatto riferimento alle sentenze della CGUE: Grande Sezione, Digital Rights, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12; Grande Sezione, Tele 2, 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15.

3.3. Come ha correttamente rilevato la sentenza M., nella motivazione, che qui si sintetizza, la direttiva 2002/58/CE, avente ad oggetto i diritti alla riservatezza delle comunicazioni, dei dati sul traffico e di quelli sull'ubicazione, consente agli Stati membri di derogare, ai sensi dell'art. 15, par. 1, prescrizioni, divieti ed obblighi fissati per la tutela di quei diritti, con l'adozione legislativa di

misure restrittive, purché la restrizione costituisca «una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica, e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica».

Quanto alla conservazione dei dati (cd. *data retention*), la memorizzazione da parte di persone diverse dagli utenti o senza il loro consenso è ammessa solo ai fini e per il tempo strettamente necessario alla trasmissione della comunicazione, nonché, a date condizioni, per l'attività di fatturazione; diversamente, ogni dato è destinato alla distruzione o «anonimizzazione».

La direttiva 2006/24/CE, di modifica della direttiva 2002/58/CE, ha avuto l'obiettivo di armonizzare le disposizioni degli Stati membri quanto all'obbligo per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, o di una rete di comunicazione, di raccogliere e conservare, per un periodo di tempo determinato, dati ivi generati o trattati, allo scopo di cui all'art. 1, par. 1, «di garantirne la disponibilità a fini di indagine, accertamento e perseguimento di gravi reati, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale».

3.4. Due sentenze della Grande Sezione della Corte di Giustizia hanno affrontato il tema del bilanciamento tra i diritti fondamentali dell'individuo e l'esigenza di accertamento e repressione dei reati mediante acquisizione di dati e informazioni presso service providers: la prima, nelle cause riunite C-293/12 e C-594/12, decisa in data 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland Ldt contro Minister for Communications, Marine and Natura/ Resources e a. e Kârntner Landesregierung e a., su domande di pronuncia pregiudiziale proposte dalla High Court irlandese e dalla Verfassungsgerichtshof austriaca; la seconda, cause riunite C-203/15 e C698/15, del 21 dicembre 2016, Tele2 Sverige AB contro Post-och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department contro Tom Watson e a. , su domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Kammarràtten i Stockholm svedese e dalla Court of Appeal britannica.

La sentenza del 8 aprile 2014 si è occupata della legittimità della direttiva 2006/24/CE sul presupposto che già solo la previsione di un obbligo, in capo al provider, di conservare i dati, nonché della possibilità di accesso agli stessi da parte delle autorità nazionali, rappresentano un'interferenza nei diritti fondamentali garantiti dagli artt. 7 e 8 della Carta, al rispetto della vita privata e familiare. Imprescindibile, quindi, il passaggio attraverso l'art. 52, par. 1, della Carta, ai sensi del quale eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà da essa riconosciuti devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto

essenziale di detti diritti e libertà; in altri termini, resistere al vaglio di proporzionalità e di stretta necessità con riguardo a finalità di interesse generale.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che — nonostante l'oggettivo e meritevole interesse di «lotta alla criminalità grave», essenziale alla sicurezza pubblica e reso, certamente, efficace dal largo uso di moderne tecnologie — la direttiva non rispetta i canoni di proporzionalità nella parte in cui non pone regole chiare e precise sull'applicazione della *data retention*, affidata ad un regime generalizzato ed indifferenziato, per utenti e mezzi di comunicazione.

Oggetto di censura, in particolare, è l'assenza nella direttiva, con conseguente assoluta libertà sul punto degli Stati membri, di limiti oggettivi, sostanziali o procedurali, all'accesso e al successivo utilizzo dei dati da parte delle competenti autorità nazionali: per un verso, è generico il riferimento a «gravi reati, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale»; per altro verso, affinché proporzionalità e stretta necessità possano essere effettivamente assicurate, si sarebbe dovuto imporre agli Stati membri di subordinare l'accesso al previo esame di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente.

La Corte di Giustizia ha invalidato la direttiva 2006/24/CE per non aver prescritto standard minimi di garanzia legittimanti un obbligo di conservazione di dati finalizzato alla prevenzione e repressione di reati.

Con la sentenza del 21 dicembre 2016 C.d. Tele2 la Corte di Giustizia ha risposto al quesito se, dall'individuazione giurisprudenziale di tali standard, possa o meno dedursi l'imperatività degli stessi all'interno delle legislazioni nazionali, tenute comunque al rispetto dell'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE.

La Corte di Giustizia ha fornito risposta affermativa, mediante un'interpretazione dell'art. 15, par. 1, collegata agli artt. 7, 8, 11 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'art. 15, par. 1 osta da una parte «ad una normativa nazionale la quale preveda, per finalità di lotta contro la criminalità, una conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione (...)»; dall'altra «ad una normativa nazionale la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, e segnatamente l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, senza limitare, nell'ambito della lotta alla criminalità, tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione».

3.5. Quanto all'impatto nel sistema normativo italiano dei principi enunciati con le sentenze della Corte di Giustizia, la Corte di Cassazione ha affermato che

tali sentenze hanno riguardato Stati privi di una regolamentazione dell'accesso e della conservazione dei dati, mentre lo Stato italiano si è dotato di una specifica disciplina.

L'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, attuativo della direttiva 2002/58/CE, prescrive che i dati di traffico telefonico e telematico siano conservati dai fornitori dei relativi servizi, per finalità di accertamento e di repressione dei reati, entro scadenze predeterminate e diversificate; il pubblico ministero può acquisirli presso il fornitore con decreto motivato, d'ufficio o su istanza.

Nella disciplina italiana pertanto si rinvengono l'enunciazione della finalità di repressione dei reati; la delimitazione temporale dell'attività di memorizzazione; l'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria, funzionale all'effettivo controllo della stretta necessità dell'accesso ai dati, nonché al rispetto del principio di proporzionalità in concreto.

3.6. Quanto poi alla contestazione effettuata dal ricorrente sulla illegittima assegnazione del potere di acquisire i dati al pubblico ministero, devono essere del tutto condivise le argomentazioni della sentenza M., per altro fondate su un dato oggettivo rilevato anche da questa Corte.

Nella traduzione italiana delle sentenze in esame, si riporta la frase «un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente».

La traduzione non è del tutto fedele al testo della sentenza della Corte di Giustizia, perché nella versione francese delle sentenze, è stato adoperato il termine *juridiction*, riferibile quindi alla magistratura francese nel suo complesso, composta da giudici e da pubblici ministeri (*magistrats du parquet*).

Come osservato dalla sentenza M., i pubblici ministeri francesi non presentano caratteristiche analoghe a quelli italiani, poiché non godono della stessa autonomia dei giudici, facendo parte di una gerarchia che pone al vertice il Ministro della Giustizia, pur con temperamenti accentuatisi sempre più negli ultimi tempi (una collocazione distinta spetta solo alla procura generale presso la Corte di Cassazione).

Rileva sempre la sentenza M. che nella versione inglese delle sentenze viene adottato il termine «*Court*», anch'esso promiscuo, considerato che la funzione giudiziaria è, in via generale, indicata con la formula «*Court clerk*», mentre termini precisi designano il giudice (*judge*) e il pubblico ministero britannico (*prosecutor*), quest'ultimo privo della prerogativa italiana dell'indipendenza.

Pertanto, più che al termine giudice, riportato nella traduzione in maniera non fedele, deve farsi riferimento a quello di autorità giudiziaria, che pacificamente ricomprende anche la figura del pubblico ministero.

Come rilevato anche dalla sentenza M., l'indipendenza istituzionale garantita al pubblico ministero italiano, che rientra nell'ambito dell'autorità giudiziaria, è garanzia di sufficiente tutela, posto per altro che le sentenze della Corte di Giustizia consentirebbero l'acquisizione del dato anche ad una autorità amministrativa indipendente.

3.7. Alle condivise considerazioni ora riportate, va aggiunto che la soluzione italiana è coerente con il sistema di tipo accusatorio, nel quale, nel corso delle indagini preliminari, è il pubblico ministero l'autorità giudiziaria che procede, e con il sistema processuale che prevede, mediante le indagini difensive ed i poteri riconosciuti ai difensori anche in tema di acquisizione del dato, l'estensione, anche se parziale, del potere investigativo alla difesa. E ciò in una situazione in cui l'acquisizione del dato genera una compromissione decisamente inferiore rispetto a quella relativa alla captazione delle conversazioni, sia telefoniche che ambientali, la cui tutela è affidata invece al controllo del giudice per le indagini preliminari.

3.8. Per altro, la questione, per come proposta nel caso *de quo*, è irrilevante, sia per l'assenza di elementi di prova nei confronti dell'imputato, anche utilizzando il dato emergente dai tabulati, sia perché il reato per cui si procede è punito con la pena da 6 a 20 anni di reclusione ed il contrasto alla criminalità collegata al mercato degli stupefacenti rientra tra le finalità indicate dalla giurisprudenza europea.

3.9. Infine, nella stessa sentenza della Corte di Giustizia richiamata dalla difesa si fa esplicito riferimento, in più punti della motivazione, alla legittimità dell'acquisizione del dato per l'accertamento dei reati e non solo a fini investigativi, come invece si indica nel ricorso.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata senza rinvio nei confronti di (omissis) per non aver commesso il fatto e con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Bologna nei confronti di (omissis) quanto alla ravvisabilità dell'ipotesi di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 309/1990 in ordine al reato residuo sub 1).

Così deciso il 19/04/2019.

Il Consigliere estensore
Luca Semeraro

Il Presidente
Gastone Andreazza

DEPOSITATA IN CANCELLERIA
IL 23 AGO 2019
IL CANCELLIERE ESPERTO
Luana Mariani