

Data retention e privacy in rete: verso una regolazione conforme al diritto UE?

Veronica Palladini

Con il decreto legge n. 132 del 2021, convertito in legge con modificazioni, è stato offerto riparo alla bistrattata disciplina della “Conservazione di dati di traffico per altre finalità” al fine di renderla conforme alla normativa europea in materia di protezione dei dati personali ed alle decisioni della Corte di giustizia in questo ambito. La novella legislativa – intervenuta sull’aspetto procedurale della materia, con la previsione di ulteriori condizioni e limiti per l’acquisizione dei dati di traffico telefonico e telematico – per quanto apprezzabile pare non essere stata in grado di superare tutte le lacune presenti nella disciplina della *data retention*. Ne è un esempio il mancato intervento sui tempi di conservazione dei dati, riforma auspicata dal Garante per la protezione dei dati personali, ma, ad oggi, inattuata. Altro aspetto su cui il legislatore è rimasto silente è la delimitazione dell’ambito soggettivo dell’acquisizione dei dati di traffico per fini di giustizia, ovvero l’opportunità di individuare, con maggior specificazione, i soggetti nei confronti dei quali l’organo giudicante potrebbe autorizzare il conseguimento dei tabulati, dal momento che il fenomeno coinvolge non solo il diritto alla riservatezza dell’indagato ma anche delle persone con cui questi entra in contatto. Ciò premesso, con il presente contributo si intende offrire una rilettura del mezzo di ricerca della prova in esame che – nell’equo contemperamento dei diritti in gioco – si soffermi sulla nuova fisionomia assunta dalla *data retention* nell’era della digitalizzazione, riflettendo, in particolare, sui traguardi già varcati dal legislatore e su quelli che, a gran voce, chiedono, ancora, di essere raggiunti.

Tabulati telefonici e telematici – *Data retention* – Utilizzo dei dati nel processo penale come elementi di prova

SOMMARIO: 1. Il volto dei tabulati (telefonici e) telematici nell’era digitale: il (delicato e necessario) bilanciamento tra protezione dei dati personali e tutela della sicurezza collettiva – 2. Verso una disciplina (quasi) conforme al diritto UE: il decreto legge n. 132 del 2021 e la sua conversione – 3. Le occasioni mancate dalla novella legislativa – 4. Conclusioni

1. Il volto dei tabulati (telefonici e) telematici nell’era digitale: il (delicato e necessario) bilanciamento tra protezione dei dati personali e tutela della sicurezza collettiva

Nell’era della quarta rivoluzione industriale, ossia della telefonia digitale e dei big data analizzati da

sistemi intelligenti, l’accesso alla rete è considerato un diritto fondamentale della persona, condizione per il suo pieno sviluppo individuale¹. Per questa ragione nel 2015 la Commissione parlamentare per i diritti e i doveri relativi ad Internet ha elaborato la “Dichiarazione dei diritti in Internet”². Il documento, dal significativo valore politico e culturale, pur descrivendo la rete come una risorsa globale e defi-

V. Palladini è dottoranda in Lavoro, sviluppo, innovazione presso l’Università di Modena e Reggio Emilia - Fondazione Marco Biagi.

Questo contributo fa parte del numero speciale “La Internet governance e le sfide della trasformazione digitale” curato da Laura Abba, Adriana Lazzaroni e Marina Pietrangelo.



nendone l'“accesso” come un diritto fondamentale da assicurare nei suoi presupposti sostanziali, evidenzia come la risorsa non sia indenne da rischi. Vi è infatti il pericolo, tra gli altri, che i poteri pubblici e privati se ne servano per aprire la strada ad una società della sorveglianza, del controllo e della selezione sociale. Per garantire, quindi, una specifica tutela dei diritti in Internet e affinché, invero, questi possano dirsi fondamentali devono parimenti essere anche inviolabili. A tal proposito, sull'impronta di quanto previsto dall'art. 15 della Costituzione, l'art. 7 della Dichiarazione richiede che la segretezza delle informazioni e delle comunicazioni elettroniche ed informatiche sia rispettata e garantita. Deroghe possono essere ammesse solo nei casi e modi stabiliti dalla legge e con l'autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria. Questa puntualizzazione nasce dal fatto che le straordinarie opportunità offerte dalla tecnologia si stanno rivelando utilissime anche nel campo investigativo: la digitalizzazione bussa oramai anche alla porta delle aule di tribunale, stravolgendo il sistema di acquisizione delle prove, con inevitabili ripercussioni in punto di privacy³. A dimostrazione del ruolo decisivo assunto dalla prova digitale, si può ricordare il sempre maggior impiego processuale dei dati di traffico telefonici e telematici che ha favorito l'ingresso nel procedimento penale di elementi probatori che consentono di acquisire numerosissime informazioni sull'utente⁴. Se, infatti, per lungo tempo, i dati di traffico sono stati ritenuti meramente “esteriori”, oggi non è più così, ragion per cui si richiedono sempre maggiori garanzie e forme di tutele più specifiche per la loro acquisizione. Come affermato dal recente studio della Corte di Cassazione sulle modifiche apportate alla disciplina dei tabulati si tratta, infatti, di informazioni particolarmente “ricche” e di varia natura che consentono di acquisire, a posteriori, non tanto il contenuto, ma tante altre informazioni relative alle telefonate su apparecchi fissi o mobili (fax, sms, mms, e-mail) e, in senso estensivo, i dati relativi ai siti Internet visitati, la geolocalizzazione di un'utenza mobile *ex post*, ma anche in *real time* (mediante la costante rilevazione delle celle di aggancio delle stazioni mobili) effettuando così il *positioning*, un vero e proprio “pedinamento satellitare” del possessore del telefono mobile⁵.

I dati di traffico rappresentano, dunque, delle “impronte elettroniche”⁶ capaci di fornire notizie di significativa rilevanza come il tempo, la durata, la frequenza delle chiamate, le utenze contattate, i codici IMEI, gli intestatari delle schede SIM e l'ubicazione dell'utenza⁷. Tutto questo permette di mappare le abitudini, le preferenze di una persona con la possibilità di desumere notizie relative alla vita privata che possono avere inevitabilmente natura anche sen-

sibile, in quanto riferite alla personalità e alla sfera intima degli utenti⁸. Non si può quindi certamente negare – come affermato dall'Avvocato Generale UE Cruz Villalón nel giudizio relativo alla vicenda conosciuta come *Digital Rights Ireland*, capostipite in materia di *data retention* – che questi mezzi consentano di creare una «mappatura tanto fedele quanto esaustiva [...] di una persona [...], se non addirittura un ritratto completo della sua identità personale»⁹. Questo accade, come afferma il Garante per la protezione dei dati personali [di seguito “Garante”], perché «il dato apparentemente “esterno” a una comunicazione (ad esempio una pagina web visitata o un indirizzo IP di destinazione) spesso identifica o rivela nella sostanza anche il suo contenuto: può permettere, quindi, non solo di ricostruire relazioni personali e sociali, ma anche di desumere particolari orientamenti, convincimenti e abitudini degli interessati»¹⁰. Inoltre, occorre considerare che, con l'avvento dell'intelligenza artificiale, si è diffusa la capacità di analisi attraverso procedure di indagine correlata¹¹ e queste ultime, tramite la combinazione e la rielaborazione dei dati, sono in grado di realizzare una dettagliata profilazione dell'utente. Per queste ragioni, come sostenuto dalla Corte di Cassazione, può, quindi, risultare opportuno considerare i dati di traffico non solo (o non più) come dati “meramente esterni” dal momento che con essi «si possono ottenere informazioni talora ancora più sensibili delle captazioni»¹².

Proprio traendo spunto dalle parole del giudice della nomofilachia, ma in un senso ancor più ampio, conviene riflettere su quanto possano essere “perigliose e temibili” le informazioni acquisite mediante i tabulati e quante incognite possano presentare. Se da un lato, infatti, i tabulati consentono di conoscere molto degli utenti, dall'altro, paradossalmente, non svelando i contenuti delle conversazioni e quindi le ragioni dei contatti, degli spostamenti e delle ricerche, finiscono con l'essere ancora più insidiosi, per certi versi, di strumenti investigativi storicamente considerati assai intrusivi come le intercettazioni telefoniche che, al contrario, offrono la possibilità di rinvenire più agevolmente possibili spiegazioni contrarie rispetto a quelle incriminanti. Le informazioni così raccolte sono parziali, incomplete ovvero necessitano di contestualizzazione e, se ciò non avviene, il rischio è quello di avere a che fare con risultati orientativi, ma non necessariamente univoci e, soprattutto, soltanto approssimativi. I tabulati, dunque, permettono, di venire a conoscenza di dati che tanto dicono, ma, allo stesso tempo, tanto non dicono. Questo aspetto, di per sé apparentemente poco significativo – nell'ipotesi in cui si consideri il tabulato come “mero” mezzo di ricerca della prova



– assume una certa rilevanza se, in giudizio, il dato di traffico non viene assistito da corroboranti e chiarificatori elementi probatori. Quest'ultima considerazione merita di essere evidenziata – fin d'ora e più ampiamente in seguito – in ragione della recente novella legislativa che ha riguardato la *data retention*. In quest'occasione il Parlamento è intervenuto, su impulso europeo, introducendo nuove condizioni per l'acquisizione dei dati di traffico per fini di giustizia; inoltre, per i *solì* tabulati acquisiti ante riforma – ovvero per i dati acquisiti in assenza delle nuove condizioni procedurali – è stata prevista una tutela più specifica: affinché possano essere utilizzati in giudizio occorre che siano supportati da altri elementi di prova. Ebbene, a nostro avviso, detta specificazione – proprio in ragione dell'incompletezza dei dati di traffico – desta perplessità. È, infatti, nostra opinione che il limite di utilizzabilità introdotto con la novella debba essere esteso a tutti i tabulati, ovvero sia a quelli acquisiti prima che a quelli acquisiti dopo la modifica normativa, dal momento che nessun dato di traffico può spiegarsi da solo. Vieppiù il tabulato espone non solo la persona sottoposta ad indagini preliminari, ma anche le persone con cui l'indagato entra in contatto. Ne deriva che anche per queste ultime le informazioni, indirettamente acquisite, per quanto invasive, non possono che risultare parziali e dunque ipotetiche, in questo modo i tabulati possono rappresentare un temibile strumento inquisitorio.

Alla luce della descritta fisionomia assunta dai dati di traffico nell'era della digitalizzazione non v'è dubbio che, in un quadro tanto complesso, sia necessario individuare stringenti mezzi di tutela che, pur non impedendo l'uso di questi moderni strumenti investigativi, li contenga entro un ambito di assoluta necessità e presidiato da garanzie rafforzate, dal momento che l'acquisizione dei dati di traffico presenta evidenti ripercussioni sul piano dei diritti fondamentali. Il tema della *data retention* assume, infatti, un rilievo costituzionale¹³ poiché se, da un lato, soddisfa l'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono, dall'altro si scontra con il diritto alla protezione dei dati personali, riconosciuto come inviolabile ai sensi degli artt. 2, 14, e 15 Cost¹⁴. Al diritto di vivere in una società libera, che non faccia uso della digitalizzazione come strumento di sorveglianza, si affianca, d'altra parte, la necessità che l'accertamento giudiziale sia garantito attraverso i più efficaci sistemi a disposizione e, in questo, l'acquisizione dei dati di traffico è certamente essenziale. Le esigenze di giustizia e di repressione dei reati sono, dunque, tanto forti quanto la loro frizione con la protezione della privacy, intesa come il diritto alla riservatezza non

solo della persona sottoposta ad indagini bensì di tutti coloro che vi entrano in contatto¹⁵.

Ciò premesso, ovvero preso atto della fisionomia assunta dai tabulati nell'era della digitalizzazione ed evidenziate le temibili incognite che il tema della *data retention* presenta, è ora possibile, con un'indagine di maggior dettaglio, riflettere sulle recenti modifiche che il legislatore, su impulso sovranazionale¹⁶, ha apportato alla disciplina dell'acquisizione dei dati di traffico per motivi di giustizia. Nonostante, infatti, la travagliata esperienza legislativa vissuta dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 – ad oggi si contano ben undici aggiornamenti – la disciplina mantiene intatte alcune criticità che la recentissima modifica, tesa a risolvere l'annosa *querelle* che per anni ha coinvolto la giurisprudenza, nazionale e non solo, non è stata pienamente in grado di superare.

2. Verso una disciplina (quasi) conforme al diritto UE: il decreto legge n. 132 del 2021 e la sua conversione

Il 22 luglio 2021 il Garante per la protezione dei dati personali ha inviato al Parlamento e al Governo una segnalazione sulla disciplina della conservazione, ai fini di giustizia, dei dati di traffico telefonico ed informatico¹⁷. L'oggetto della nota riguardava l'opportunità di riformare la *data retention* (art. 132 Codice per la protezione dei dati personali [da ora in avanti indicato anche come Codice]), intervento già più volte sollecitato, ma divenuto impellente a seguito della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2 marzo 2021 (causa C-746/18 *H.K.*). Quest'ultima ha consolidato, con alcune novità, un orientamento già affermato¹⁸ a partire dalla sentenza *Digital Rights Ireland* del 2014 (cause riunite C-292/2012, C-594/2012), con cui la CGUE ha sancito l'illegittimità della direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati di traffico, per violazione del principio di proporzionalità alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta¹⁹, nel bilanciamento tra protezione dei dati ed esigenze di pubblica sicurezza²⁰.

A seguito della segnalazione del Garante, l'Esecutivo è intervenuto con il decreto legge n. 132 del 2021, poi convertito con modificazioni dalla legge n. 178 del 2021, nell'ottica di una conformazione del diritto nazionale alla pronuncia della curia europea e quindi alla disciplina unionale. L'intervento d'urgenza è stato mosso dalla ritenuta necessità di garantire la possibilità di acquisire i dati relativi al traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale nel rispetto dei principi enunciati dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza citata ovvero, in particolare, di circoscrivere le



attività di acquisizione ai procedimenti penali aventi ad oggetto forme “gravi” di criminalità e, inoltre, di assicurare che dette attività fossero soggette al controllo di un’ autorità giurisdizionale. La revisione della *data retention* è risultata, poi, quanto più necessaria ed impellente per lo stato di confusione in cui versava la giurisprudenza nazionale, di legittimità e di merito che, nonostante il verdetto europeo, non pareva essersi uniformata. A dimostrazione, il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Rieti (sez. pen., 4 maggio 2021, ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia)²¹, volto a chiarire la compatibilità della disciplina interna prevista dall’art. 132 del Codice con la disciplina unionale a seguito della sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 2021 e la carrellata di pronunce che, in pochissimi mesi, hanno affannato i tribunali di tutta Italia²².

In particolare, tra le questioni che hanno assillato maggiormente la giurisprudenza nazionale, occorre soffermarsi su quella relativa al ruolo da riconoscere alla pronuncia interpretativa della Corte di giustizia. Se per alcuni²³, infatti, questa poteva ritenersi direttamente applicabile, per altri²⁴, la tesi maggioritaria a dire il vero, *a contrario* era necessario un intervento normativo volto ad armonizzare la disciplina, come poi avvenuto.

Altri dubbi hanno riguardato gli effettivi esiti a cui quella interpretazione avrebbe dovuto condurre, anche in riferimento alle attività di acquisizione già compiute, tema poi chiarito da una specifica disciplina transitoria inserita nella legge di conversione del decreto legge n. 132 del 2021, sulla quale avremo modo di soffermarci ampiamente in seguito.

Il dibattito ha poi coinvolto ulteriori aspetti quali l’individuazione dei reati definiti “gravi” dalla Corte di giustizia ed il concetto di “autorità giudiziaria” come inteso dalla Corte di Lussemburgo. Quest’ultima ha richiesto, infatti, che l’accesso ai dati provenisse da un’ autorità non solo indipendente, ma anche imparziale, ovvero terza e neutrale, ponendo in luce la necessità che l’intrusione nella vita privata dei cittadini fosse assistita da una riserva di giurisdizione oltre che di legge. Orbene, se nel nostro ordinamento è pacifico che il pubblico ministero, l’organo che fino alla novella era preposto all’acquisizione dei tabulati, sia indipendente, maggiori dubbi nascono in merito agli altri requisiti dal momento che la pubblica accusa è parte processuale²⁵.

La Corte di Giustizia è invero intervenuta anche su ulteriori aspetti. Nella sentenza del 2 marzo i giudici di Lussemburgo hanno infatti ribadito l’esigenza – già affermata nelle sentenze *Digital Rights* e *Tele 2 Sverige* del 21 dicembre 2016 (C-203/15) – di delimitare soggettivamente l’ambito dei destinatari. Speci-

fica, infatti, la Corte che «un accesso generale a tutti i dati conservati, indipendentemente da un qualche collegamento, almeno indiretto, con la finalità perseguita, non può considerarsi limitato allo stretto necessario. [...] Un accesso siffatto può [...] essere consentito [...] soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un’altra in un illecito del genere»²⁶.

A seguito della sentenza *H.K.* e tramite la segnalazione del 22 luglio, di cui già si è detto, anche il Garante nazionale si è mosso, al fine di sollecitare il legislatore ad ottemperare alle istanze sovranazionali. In questa occasione, l’Authority ha rilevato, oltre alla necessità di adeguarsi alle previsioni della sentenza *H.K.*, anche l’urgenza di intervenire sul differente rimedio offerto ad “accusa” e “difesa” in caso di inerzia del fornitore dei servizi, capace di pregiudicare le esigenze probatorie della difesa, a detta del Garante, in occasione della segnalazione del 22 luglio 2021 di cui si è parlato poc’anzi, «talora irrimediabilmente». Accade spesso, infatti, che l’inottemperanza dei fornitori alle richieste avanzate dalle difese determini un grave pregiudizio per gli interessati, come dimostra anche una recente ordinanza ingiunzione che il Garante ha emesso nei confronti di una società telefonica per non aver soddisfatto la richiesta di tabulati da parte dell’imputato e quindi aver pregiudicato la sua difesa²⁷.

Infine, come si approfondirà meglio in seguito, il Garante ha evidenziato che, a seguito degli interventi della Corte di giustizia, il legislatore avrebbe dovuto rivedere il termine di conservazione dei tabulati (attualmente particolarmente lungo).

Ebbene, alla segnalazione del Garante è seguito un intervento decisivo del legislatore che, come vedremo qui di seguito, ha modificato sensibilmente – ed effettivamente nell’osservanza di quanto statuito dalla Corte di giustizia – la disciplina dell’art. 132 del Codice, similmente a quanto previsto in materia di intercettazioni.

Passando, dunque, in rassegna le novità apportate alla disciplina della *data retention* è bene precisare che innanzitutto sono stati introdotti, e quindi individuati, i reati per così dire “gravi” per i quali è consentito procedere all’acquisizione dei dati di traffico, al fine di sottrarre ai giudici il potere/dovere di individuare in concreto i reati idonei a soddisfare il requisito di gravità richiesto dalla CGUE. Oggi, infatti, la legge prevede che i tabulati possano essere acquisiti per la persecuzione dei soli reati puniti con la pena dell’ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni ovvero per i reati di minaccia, molestia o disturbo alle persone col mezzo del tele-



fono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo possano dirsi “gravi”.

Poi è stata recepita un’ulteriore fondamentale istanza – pure di provenienza europea ma ribadita dall’Authority nazionale nella sua segnalazione – ovvero la necessità che l’accesso ai dati provenga da un’autorità non solo indipendente, ma anche imparziale, ovvero terza e neutrale. In questo modo, se prima l’acquisizione avveniva per decreto motivato del pubblico ministero, ora è stata introdotta la giurisdizionalizzazione della procedura: i dati sono acquisiti previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private, non dissimilmente da quanto avviene per le intercettazioni di comunicazioni.

Allo stesso tempo, per mitigare tale previsione, è stato consentito, in caso di urgenza, e dunque quando il ritardo nell’acquisizione dei dati possa provocare un grave pregiudizio alle indagini, che il PM possa acquisire direttamente i dati con proprio decreto motivato, che dovrà essere comunicato entro quarantotto ore al giudice affinché lo convalidi (nuovo comma 3-*bis* dell’art. 132 del Codice). In questo caso la disciplina, per quanto simile a quella in materia di intercettazioni, prevede un limite temporale più esteso, ossia di quarantotto ore, anziché ventiquattro.

È stato poi introdotto il requisito della “rilevanza” dell’acquisizione dei dati di traffico “ai fini della prosecuzione delle indagini”, specificazione prima non contemplata.

Ancora, come richiesto dal Garante nella segnalazione del 22 luglio, è stata equiparata la disciplina per accusa e difesa: oggi, infatti, devono entrambe passare dal vaglio del giudice per le indagini preliminari, e, nell’ottica di garantire il principio di parità delle armi, con la novella legislativa è stata anche abolita la facoltà del difensore di acquisire direttamente i dati presso i fornitori ex art 391-*quater* c.p.p.

Infine, è stata prevista, in sede di conversione in legge, una norma transitoria con la quale si introduce una duplice condizione per l’utilizzo dei dati già acquisiti: i tabulati, a carico dell’imputato, saranno utilizzabili solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l’accertamento dei medesimi reati per i quali il nuovo art. 132 del Codice consente la loro acquisizione.

Emerge, da questo rapido affresco, come, per quanto la disciplina sia stata avvicinata, in termini di maggiori tutele, a quella delle intercettazioni, la novella mantiene comunque delle differenze: per i tabulati, infatti, la legge richiede che gli indizi di reato “siano sufficienti” e non “gravi” e che siano “rilevanti”

anziché “assolutamente indispensabili” ai fini investigativi. Ancora, rispetto alle intercettazioni differisce la categoria dei delitti per i quali si ammettono le operazioni e, infine, un’ulteriore differenza riguarda i termini per la convalida nei casi d’urgenza. Tali misure, secondo il parere espresso dal Garante sullo schema di decreto legge, sono giustificate in ragione della minore invasività del mezzo²⁸.

In conclusione, è possibile affermare che il legislatore si sia allineato alla disciplina UE da un lato individuando i reati per cui è consentito procedere all’acquisizione dei dati di traffico, dall’altro giurisdizionalizzando la procedura, cioè attribuendo la valutazione sulla fondatezza della richiesta ad un organo imparziale ovvero terzo e neutrale.

Manca, tuttavia, ancora all’appello un ulteriore aspetto su cui ha insistito la Corte di giustizia: quello relativo alla delimitazione dell’ambito soggettivo, ad oggi inattuato. Così come non possiamo neppure dire che il legislatore si sia conformato alle istanze del Garante relative alla riduzione del termine di conservazione dei tabulati e questo nonostante l’Authority abbia reiterato la richiesta oltre che nella segnalazione del 22 luglio 2021 anche nel parere sullo schema di decreto legge del 10 settembre 2021²⁹.

3. Le occasioni mancate dalla novella legislativa

Il decreto legge n. 132 del 2021 e la relativa legge di conversione, per quanto apprezzabili, non hanno avuto, come si è visto, la capacità di superare tutte le insidie presenti nella previgente disciplina della *data retention*. A tal proposito, intendiamo, dunque, concentrare l’attenzione sulle, a nostro parere principali, zone d’ombra che presenta la novella legislativa, ovvero: a) la questione relativa ai tempi di conservazione dei dati; b) la disciplina intertemporale che il legislatore ha introdotto in sede di conversione, con la quale – derogando al principio processuale del *tempus regit actum* – si ammette l’utilizzabilità, dei dati acquisiti ante riforma soltanto unitamente ad altri elementi di prova (e solo per l’accertamento dei reati per i quali ora la legge consente l’acquisizione); c) la mancata delimitazione dell’ambito soggettivo di applicazione della *data retention*. Approfondiamo ora singolarmente ciascuno di questi aspetti.

a) I tempi di conservazione dei dati

Come evidenziato dal parere del Garante sul decreto legge n. 132 del 2021, la novella legislativa non si è adeguata alla giurisprudenza di Lussemburgo laddove richiede, affinché l’acquisizione dei tabulati possa dirsi lecita, che il termine di conservazione non



ecceda il principio di proporzionalità (come già chiarito dalla sentenza *Tele2 Sverige*). E, a tal proposito, la disciplina attuale certo non può dirsi proporzionata perché, se da un lato prevede che i tabulati telefonici siano conservati per un termine massimo di 24 mesi, che scende a 12 per quelli telematici, e a 30 giorni per le chiamate senza risposta, dall'altro stabilisce anche, per i reati di competenza delle procure distrettuali o per i quali la durata delle indagini preliminari è ampliata a due anni (artt. 51, comma 3-*quater* e 407, comma 2, lett. a, c.p.p. ovvero delitti, consumati o tentati, con finalità di terrorismo, associazioni di tipo mafioso anche straniere, strage, omicidio, rapina, etc.) un termine di conservazione di settantadue mesi (così come previsto dalla legge n. 167 del 2017). Nonostante tale ultimo termine sia limitato a specifiche categorie di reati particolarmente efferati, l'impossibilità da parte del provider di effettuare una valutazione e quindi una selezione, a priori, sul reato per il quale, in un momento successivo, gli potrà essere richiesta la consegna dei dati conservati (considerato il fatto che i dati di traffico hanno natura retrospettiva) comporta che, inevitabilmente, la conservazione di tutti i dati sia generalizzata a sei anni, salvo poi limitarne l'utilizzabilità processuale ai soli casi normativamente considerati. Questo aspetto, come rilevato in passato dalle associazioni di categoria dei fornitori di accesso e di servizi su Internet (Assprovider e Aup), comporta un serio problema: la creazione di archivi vastissimi, utilizzabili come dossier a carico di un soggetto con importanti ripercussioni in tema di privacy e quindi di diritti fondamentali³⁰, aspetto che, certamente, non può essere tollerato. Urge, dunque, un intervento immediato sulla disciplina che, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, assicuri una tutela immediata al diritto alla riservatezza.

b) *La disciplina transitoria*

Come noto, la disciplina dei tabulati ha natura processuale e questo significa che ad essa non si applica il principio della retroattività della *lex mitior*, caposaldo del diritto penale sostanziale, bensì il più rigido *tempus regit actum*. Ordunque, nel caso di specie, l'applicazione esclusiva di quest'ultimo principio avrebbe dato adito ad una rilevante incertezza e rimesso nelle mani degli organi giudicanti la scelta della disciplina applicabile nell'asse temporale tra la decisione della Corte di giustizia (2 marzo 2021) e l'intervento del decreto legge n. 132 del 2021 (30 settembre 2021), tema sul quale, come abbiamo potuto notare, non vi era in giurisprudenza unanimità di vedute³¹. Sennonché, è giunto in soccorso l'Esecutivo inserendo, nel primo schema di decreto legge, una disciplina transitoria modulata sul principio del *tempus regit actum* che prevedeva, tuttavia, un corret-

tivo importante: l'utilizzabilità dei tabulati acquisiti prima della data di entrata in vigore della novella era subordinata alla ricorrenza dei presupposti delineati dal decreto legge oggetto di vaglio da parte del giudice in sede di convalida. Tutto bene fin qui, se non fosse che la norma transitoria è scomparsa nella versione approvata definitivamente, sollevando rilevanti perplessità in dottrina³², per poi riapparire nella legge di conversione. Il legislatore – con la legge n. 178 del 2021 – ha, infatti, previsto una disciplina transitoria, tra la precedente versione dell'art. 132 del Codice e la successiva, con la quale è stato specificato che i dati acquisiti prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni possano essere comunque utilizzati ma «solo unitamente ad altri elementi di prova» e soltanto nell'ipotesi in cui si perseguano specifici reati, per i quali la legge, oggi, ammette l'acquisizione.

Ebbene, sulla base delle considerazioni poc'anzi svolte³³, in merito alla parzialità delle informazioni contenute nei tabulati, ci si dovrebbe chiedere se non sarebbe più opportuno che il legislatore estendesse quanto previsto dalla disciplina transitoria – ovvero la necessità che la valutazione dei dati avvenga unitamente ad altri elementi probatori – anche alle informazioni acquisite con la procedura novellata. Vero è che l'interpolazione legislativa ha inserito due ulteriori elementi, ovvero, da un lato, il vaglio del giudice per le indagini preliminari sulla richiesta del pubblico ministero e, dall'altro, la possibilità di disporre l'acquisizione dei tabulati solo se rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini relative a specifici reati, indicati dalla legge. Ciononostante, la normativa sembra trascurare che i tabulati, per quanto pervasivi, rivelano informazioni pur sempre incomplete, ovvero tracce che, attraverso sofisticati strumenti informatici, possono essere artificiosamente correlate ricavando ipotesi, anche logiche, ma pur sempre ipotesi che, per quanto orientativamente utili, possono essere anche ingannevoli, presuntive e quindi necessitano di essere assistite e corroborate da altri elementi probatori. L'esigenza, sentita dal legislatore, di specificare che le informazioni acquisite secondo la previgente disciplina devono essere affiancate da altri elementi probatori, solleva quindi inevitabilmente un interrogativo: se i tabulati acquisiti prima della novella devono essere valutati alla luce di altri elementi probatori, per quale motivo quelli acquisiti successivamente non devono rispettare il medesimo rafforzamento probatorio, lo stesso standard di garanzia? La giurisdizionalizzazione del procedimento acquisitivo è di per sé idonea a consentire che l'intera valutazione si erga su dati «esteriori» che, per quanto invasivi, rimangono parziali, e necessitano di essere interpretati più che dedotti?



A nostro parere tale specificazione non solo risulta ingiustificata, ma pure illogica. Proprio in ragione della funzione meramente orientativa che i tabulati assolvono e a maggior ragione se si considera che le limitazioni all'utilizzabilità operano nella sola ipotesi in cui i tabulati siano acquisiti – e quindi le informazioni siano utilizzate – a carico dell'imputato, questa precisazione doveva essere estesa anche ai dati acquisiti a seguito della riforma legislativa: essa, insomma, doveva riguardare tutti i tabulati o, in alternativa, nessuno.

c) La mancata delimitazione dell'ambito soggettivo

L'ultima delle questioni che solleva perplessità riguarda l'omissione da parte della novella dell'individuazione dei "soggetti" nei confronti dei quali è possibile accedere ai dati. Aspetto sul quale, a ritmo incessante, la giurisprudenza europea con le sentenze *H.K.*, ma anche *Tele2* e ancora prima *Digital Rights Ireland*, è intervenuta prevedendo che l'acquisizione dei dati di traffico sia ammessa nei soli confronti di chi sia sospettato di reato e solo in casi eccezionali – per la tutela di interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica, minacciati da attività di terrorismo – anche nei confronti di altre persone e sempre che sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta ad attività criminali. Per i giudici europei tale specificazione è irrinunciabile: occorre circoscrivere i soggetti nei confronti dei quali questi dati possono essere acquisiti e lo si deve fare secondo canoni oggettivi, che – in un'ottica di proporzionalità, ma anche di minimizzazione³⁴ – garantiscano un equo bilanciamento tra la tutela della sicurezza collettiva e il rispetto dell'altrui riservatezza e dignità. Ragion per cui la Corte di giustizia nella sentenza del 2 marzo 2021 richiede espressamente che si acquisiscano i dati (solo) di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un grave illecito.

Nonostante il legislatore nazionale sul tema sia rimasto silente, la questione è di particolare rilevanza e diviene ancor più delicata se si considera, come poc'anzi anticipato, che i dati di traffico non coinvolgono solo l'indagato, bensì, inevitabilmente, tutte le persone con cui questo entra in contatto³⁵ e, dunque, la mancata restrizione dell'ambito soggettivo della disciplina può avere sensibili ripercussioni oltre che in punto di diritto alla riservatezza anche in tema di trasformazione del mezzo di ricerca della prova in mezzo di acquisizione di notizie di reato. Per queste ragioni, a nostro avviso, risulta oramai indifferibile un intervento normativo che adegui il diritto nazionale a quello unionale. È nostra opinione, infatti, che a nulla valga l'affermazione secondo

cui la delimitazione soggettiva sia implicita nella novella legislativa. Certo, il comma terzo dell'art. 132 del Codice, nel fare riferimento all'acquisizione dei tabulati «ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini», specifica, in questo modo, indirettamente, che questi possono essere utilizzati non per iniziare le indagini, ma soltanto per proseguirle, ovvero soltanto nei confronti di chi sia già sottoposto ad indagini per i reati, oggi, previsti dall'art. 132 del Codice. A nostro parere, tuttavia, questa precisazione riguarda un momento processuale successivo, ovvero fa riferimento all'utilizzabilità in giudizio dei dati già acquisiti; quello che invece reclama il diritto europeo è un intervento normativo sulla fase precedente ovvero quella dell'acquisizione dei dati di traffico.

Neppure si può condividere l'assunto che la mancata delimitazione dell'ambito soggettivo soddisfi un'altra esigenza: utilizzare detto strumento per i procedimenti nei confronti, almeno in una prima fase, di ignoti, dal momento che, argomenta una certa dottrina, se così non fosse, si imbriglierebbero le mani delle procure nella persecuzione di reati non bagatellari³⁶. Quest'ultima ricostruzione, per quanto soddisfi l'esigenza di assicurare l'efficiente esercizio dell'azione penale, *ex art. 112 Cost.*, presta, tuttavia, il fianco a critiche, in un'ottica di conformità al diritto unionale.

A nostro avviso, l'unica soluzione prospettabile è quella sostenuta da un certo orientamento dottrinale che ha suggerito, a ragion veduta, di sollevare questione di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 117, comma 1, Cost., che vincola la potestà legislativa dello Stato al rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali³⁷. Tale soluzione pare, infatti, l'unica prospettabile, nell'attesa che il legislatore intervenga per colmare la lacuna offrendo la miglior soluzione nell'ottica di un corretto bilanciamento tra esigenze di giustizia e di tutela della riservatezza.

4. Conclusioni

Traendo le fila di questa ricostruzione, non si può negare che la recente revisione normativa sul tema qui analizzato possa considerarsi apprezzabile: il Governo prima ed il Parlamento poi, come si è visto, hanno, seppur parzialmente, accolto le istanze espresse dalla giurisprudenza europea ed hanno offerto una disciplina che ha tenuto conto non solo dell'esigenza di assicurare una tutela alla sicurezza collettiva e all'esercizio dell'azione penale, ma anche al diritto alla riservatezza della persona sottoposta ad indagini e/o dell'imputato. E lo hanno fatto alla luce della consapevolezza che oggi giorno i dati di traffico sono



mezzi di ricerca della prova tanto efficienti quanto invasivi. È quindi possibile affermare che la rivoluzione tecnologica che stiamo vivendo e, dunque, la sempre maggiore pervasività degli strumenti digitali con cui dobbiamo fare i conti e, ovviamente, le incessanti richieste in tal senso da parte delle istituzioni europee, hanno indotto le autorità nazionali ad offrire maggior riparo alla tutela della privacy.

Ciononostante, permangono ancora significative perplessità, innanzitutto per quanto riguarda i tempi di conservazione dei dati, sui quali nulla si è detto e che risultano ancora eccessivamente dilatati e, quindi, non proporzionati in un'ottica di minimizzazione. La conservazione generalizzata a sei anni di dati tanto dettagliati, invasivi ed intimi non può infatti dirsi un sacrificio accettabile.

Ancora, un'altra perplessità riguarda la specificazione, introdotta dalla disciplina transitoria, che i soli dati acquisiti ante riforma debbano essere valutati "unitamente ad altri elementi di prova", precisazione che invero, a nostro parere, deve essere estesa anche ai dati acquisiti a seguito della riforma legislativa in ragione di un aspetto di cui spesso ci si dimentica: l'incompletezza delle informazioni raccolte tramite i tabulati che, come si è affermato, tanto dicono e tanto non dicono e che, per questa ragione, necessitano di essere corroborate da altri elementi probatori. Ed infine, l'ultima delle considerazioni precedentemente avanzate: come ampiamente dimostrato, i tabulati sono, oggi, capaci di coinvolgere, seppur indirettamente, anche coloro con cui le persone sottoposte ad indagini entrano in contatto. Se questo lo si considera unitamente al fatto che i dati di traffico offrono una lettura dei fatti incompleta, meramente orientativa che, già ora e sempre di più in futuro, sarà fornita da sistemi di analisi plausibilmente non umani ma di intelligenza artificiale, risulta impellente delimitare soggettivamente i destinatari di tali misure, anche sulla scorta di quanto espressamente indicato, a più riprese, dalla giurisprudenza dell'Unione europea.

Note

¹A tal proposito preme dar conto che esiste un dibattito risalente sul diritto di accesso ad Internet ed in particolare sul suo "controverso" fondamento costituzionale, *ex plurimis*, i contributi di M. PIETRANGELO, *Oltre l'accesso ad Internet, tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad Internet*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), "Internet e Costituzione. Atti del Convegno, Pisa 21-22 novembre 2013", Giappichelli, 2014, pp. 169-188; M.R. ALLEGRI, G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Aracne, 2017; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in "Consulta Online", 2012, pp. 1-14; G. DE MINICO, *Accesso*

a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale, in "federalismi.it", 2018, numero speciale 4, pp. 126-146; S. SCAGLIARINI, *I diritti costituzionali nell'era di Internet: cittadinanza digitale, accesso alla rete e net neutrality*, in T. Casadei, S. Pietropaoli (a cura di), "Diritto e tecnologie informatiche", Wolters Kluwer, 2021, pp. 3-15; infine, in tempi recentissimi, G. D'IPPOLITO, *La tutela dell'effettività dell'accesso ad Internet e della neutralità della rete*, in questa Rivista, 2021, n. 2, pp. 33-42. Aldilà del dibattito dottrinale, occorre comunque ricordare che, nonostante siano state presentate proposte di riforma costituzionale per il riconoscimento del diritto di accesso ad Internet, il Parlamento non è ancora intervenuto sul tema, salvo alcuni eccezionali esempi, tra cui la "Dichiarazione dei diritti in Internet" di cui si parlerà in questo paragrafo.

²D'ora in avanti, anche semplicemente "Dichiarazione".

³Sul tema, O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in "Medialaws", 2021, n. 1, p. 9 ss., che analizza il conflitto tra privacy e avvento delle tecnologie digitali, ma anche G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, tutela dei dati personali e big data*, in E. Tosi (a cura di), "Privacy Digitale", Giuffrè, 2019, pp. 447-484.

⁴C. DOMENICALI, *Tutela della persona negli spazi virtuali: la strada del "domicilio informatico"*, in "federalismi.it", 2018, n. 7, pp. 2-3; le considerazioni che l'autrice svolge sulle perquisizioni online possono essere estese anche al tema dei tabulati telematici.

⁵Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Relazione su novità normativa. Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale (art. 1. d.l. 30 settembre 2021, n. 132)*, 13 ottobre 2021, pp. 5-6 in cui è richiamato lo scritto di G. BUSIA, *Elenco tassativo delle informazioni da archiviare*, in "Guida al Diritto", 17 gennaio 2004, n. 2, p. 28 ss., che mette in luce il rischio che le informazioni acquisite rivelino non solo i dati esteriori delle comunicazioni elettroniche.

⁶Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Relazione su novità normativa*, cit., p. 6.

⁷Più nel dettaglio, il d.lgs. n. 109 del 2008, rubricato "Attuazione della direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE", specifica quali sono le informazioni reperibili con l'acquisizione dei tabulati telematici.

⁸Cfr. S. MARCOLINI, *L'istituto del data retention dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 2014*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, (a cura di), "Cybercrime", Utet Giuridica, 2019, pp. 1581-1585.

⁹Si richiamano le conclusioni (par. 65 e 74) dell'Avvocato Generale UE Cruz Villalón nel giudizio relativo alle cause riunite C-293/12 e C-294/12, che fanno riferimento alla vicenda *Digital Rights Ireland*. In quell'occasione la Corte di giustizia ha dichiarato l'invalidità della Direttiva 2006/24/CE in materia di conservazione dei dati per violazione degli artt. 7, 8, 52, paragrafo 1, della Carta, per violazione del principio di proporzionalità in tema di *data retention*.

¹⁰GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento per la sicurezza dei dati di traffico telefonico e telematico* del 17 gennaio 2008.

¹¹Sulle problematiche che l'intelligenza artificiale crea in materia di *data protection* si veda F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, 2018; più in generale sul tema della tutela della privacy nella rivoluzione tecnologica si veda S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in "Consulta Online", 2021, pp. 489-532.



¹²CORTE DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Relazione su novità normativa*, cit., p. 7.

¹³Cfr. Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81. Nell'occasione la Consulta, nel dichiarare non fondata la questione di costituzionalità relativa all'art. 266 c.p.p. sollevata in riferimento all'art. 15 Cost., afferma come i dati anche esteriori delle conversazioni (destinatario, tempo, luogo della chiamata) rientrino nella materia dell'art. 15 Cost. ovvero siano coperti dalle garanzie di libertà e segretezza. Cfr. a commento della pronuncia, S. DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in "Giur. it.", 1995, n. 1, p. 107 ss.

¹⁴Sul tema si veda Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, sulla quale, tra gli altri, si vedano i commenti di I.A. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in "federalismi.it", 3 aprile 2019; nonché O. POLLICINO, F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in "Agenda Digitale", 2019, n. 7.

¹⁵Sulla contrapposizione privacy e sicurezza si vedano, *ex plurimis*, M. OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in "MediaLaws", 2018, n. 2, pp. 82-104; G. DE MINICO, *Costituzione, Emergenza e Terrorismo*, Jovene, 2016, p. 205 ss.; S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*, in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", nn. 4-5, 2014, pp. 873-886; L. CALIFANO, *Privacy e sicurezza*, in A. Torre (a cura di), "Costituzioni e sicurezza dello Stato", Maggioli, 2013, p. 563 ss.

¹⁶Sugli effetti della sentenza di Lussemburgo del 2 marzo 2021 sul tema sicurezza pubblica in connessione con la riservatezza cfr. F. GUELLA, *Data retention e circolazione dei livelli di tutela dei diritti in Europa: dai giudizi di costituzionalità rivolti alla disciplina UE al giudizio della Corte di giustizia rivolto alle discipline nazionali*, in "DPCE Online", 2017, p. 350; F. TORRE, *Data retention: una ventata di "ragionevolezza" da Lussemburgo (a margine della sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 2021, C-746/18)*, in "Consulta Online", pp. 540 ss., ed in particolare i paragrafi dedicati al giudizio di proporzionalità, pp. 545-547.

¹⁷GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Segnalazione sulla disciplina della conservazione, a fini di giustizia, dei dati di traffico telefonico e telematico*.

¹⁸Cfr. G. FORMICI, *La data retention saga al capolinea? Le ultime pronunce della CGUE in materia di conservazione dei metadati per scopi securitari, tra conferme e nuove aperture*, in "DPCE Online", 2021, p. 1368.

¹⁹Sulla sentenza *Digital Rights*, *ex plurimis*, cfr. R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla cd "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2014, pp. 178-190; S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*, cit., pp. 873-886. Per una ricostruzione, invece, della giurisprudenza nazionale successiva alla sentenza *Digital Rights Ireland*, si vedano M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico. Il bilanciamento tra privacy e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 9 dicembre 2016, n. 3, p. 156 ss.; S. MARCOLINI, *L'istituto del data retention dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 2014*, cit., pp. 1581-1585.

²⁰Per quest'ultimo aspetto si veda F. RESTA, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza. La Corte di giustizia interviene sulla data retention. I riflessi sulla disciplina interna*, in "Giustizia Insieme", 6 marzo 2021.

²¹V. il [testo della ordinanza](#).

²²A mero scopo esemplificativo si ricordano, l'[ordinanza](#) del Trib. Milano, VII Sez. penale, 22 aprile 2021, che ha rigettato l'eccezione di inutilizzabilità relativa all'utilizzo dei tabulati telefonici non individuando alcun contrasto tra l'art. 132 del Codice e la normativa europea; il [decreto](#) del Tribunale di Roma, (G.i.p. Roma, 29 aprile 2021) che ha stabilito, in assenza di un intervento legislativo, l'impossibilità di garantire una omogenea individuazione di quelli che, a parere della Corte europea, dovevano essere i «i gravi crimini» che avrebbero giustificato la *data retention*. Sul disorientamento della magistratura nazionale a seguito della sentenza *H.K.*, si veda il contributo di C. PARODI, *Tabulati telefonici e contrasti interpretativi: come sopravvivere in attesa di una nuova legge*, in "ilprocessotelematico.it", 25 maggio 2021.

²³Tribunale di Roma (decreto 25 aprile 2021, Sez. G.i.p.), in cui il giudice romano ha ritenuto direttamente applicabile, e con effetti vincolanti *erga omnes*, la decisione della CGUE, rilevando quindi il sopravvenuto contrasto tra l'art. 132 del Codice e l'art. 15 della direttiva n. 2002/58/CE, come interpretata dalla CGUE nella pronuncia *H.K.*

²⁴Sul punto, ad esempio, Corte d'assise Napoli (Sez. I, ord. 16 giugno 2021) secondo cui l'interpretazione della direttiva contenuta nella sentenza CGUE non poteva avere effetti applicativi immediati e diretti per l'eccessiva indeterminatezza; negli stessi termini, Tribunale di Tivoli, (sez. G.i.p., ordinanza 9 giugno 2021); ma anche Tribunale di Roma (decreto 29 aprile 2021). Sul fronte della giurisprudenza di legittimità, giova premettere che la questione relativa alle restrizioni nell'accesso ai tabulati telefonici si è posta anche prima della sentenza della CGUE del 2021, già a partire dalla sentenza *Digital Rights*, tuttavia, in questa sede, preme dar conto dei soli arresti successivi alla pronuncia *H.K.* Tra questi, in particolare, Cass., sez. II, 7 settembre 2021, n. 33116, in cui si afferma che l'attività di interpretazione sul significato e sui limiti delle disposizioni europee effettuata dalla Corte di giustizia può avere un'efficacia diretta nell'ordinamento statale solo nei casi in cui non rimangono problemi concreti derivanti dalla discrezionalità lasciata agli operatori, dato che in tali situazioni vi sarebbe il rischio di addivenire ad un'applicazione difforme della normativa. Per la dottrina, si veda la posizione di L. FILIPPI, *La Grande Camera della Corte di giustizia U.E. boccia la disciplina italiana sui tabulati*, in "Penale Diritto e Procedura", 8 marzo 2021, laddove, dopo avere descritto l'effetto dirompente provocato dalla sentenza della Corte di giustizia, si afferma, letteralmente, che «le sentenze della Corte di giustizia U.E. non sono immediatamente operanti nell'ordinamento interno, giacché esse incidono soltanto sugli atti dell'Unione, a norma dell'art. 267 T.F.U.E». Sul tema anche F. VECCHIO, *L'ingloriosa fine della direttiva Data retention, la ritrovata vocazione costituzionale della Corte di giustizia e il destino dell'art. 132 del Codice della privacy*, in "Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna", 2014, n. 4, pp. 212-220. E ancora, C. PARODI, *Tabulati telefonici: la Suprema Corte si esprime dopo le indicazioni della CGUE*, in "il penalista.it", 5 agosto 2021.

²⁵Un differente orientamento ritiene invece che il pubblico ministero soddisfi il requisito richiesto. Al riguardo, per la giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, Sez. VII pen., ord. 22 aprile 2021, su questa pronuncia si veda V. TONDI, *La disciplina italiana in materia di data retention a seguito della sentenza della Corte di giustizia UE*, in "Sistema penale", 7 maggio 2021. La questione, peraltro, è da tempo oggetto di attenzione anche da parte della dottrina, tra cui, *ex plurimis*, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, p. 109; nonché S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*, cit., p. 882, in cui l'Autore, nel riferirsi alla definizione di autorità giudiziaria inclusa nell'art. 15 della Costituzione,



che appunto offre copertura alla tutela della segretezza anche dei dati di traffico, sostiene che «la stringente disciplina dell'art. 15 Cost., a nostro avviso più severa e restrittiva di quella comunitaria, sia pienamente soddisfatta dal decreto del Pubblico Ministero». *Contra*, v., a titolo indicativo, M. VIGGIANO, «*Navigazione*» in *Internet e acquisizione occulta di dati personali*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 2007, n. 2, p. 380 ss., e R. MIRANDA, *Gli obblighi del gestore: esigenze di "data protection" o di "data retention"?*, in A. Pace, R. Zaccaria, G. De Minico (a cura di), «Mezzi di comunicazione e riservatezza», Jovene, 2008, p. 230 ss., che critica l'attribuzione di questa funzione al Pubblico Ministero in quanto organo privo della richiesta terzietà.

²⁶ *Sentenza H.K.* par. 50.

²⁷ Si veda l'*ordinanza ingiunzione* del Garante nei confronti di Tim S.p.A., 8 luglio 2021.

²⁸ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, del 10 settembre 2021.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Considerazione espressa in *Relazione su novità normativa*, cit., p. 5, nota 15.

³¹ Vedi *supra*, par. 2.

³² Se l'eliminazione di tale previsione è stata apprezzata da alcuni, in quanto ritenuta singolare per l'asserita introduzione di una convalida retroattiva o addirittura, più gravemente, per aver introdotto la retroattività di una legge penale procedurale (Cfr. G. PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio*, in «il Quotidiano Giuridico», 4 ottobre 2021; C. GITTARDI, *Sull'utilizzabilità dei dati di traffico telefonico e telematico acquisiti nell'ambito dei procedimenti pendenti alla data del 30 settembre 2021*, in «Giustizia Insieme», 7 ottobre 2021; per altri, la maggior parte a dire il vero, essa rappre-

sentava uno strumento indispensabile, in assenza del quale, si sarebbe verificata una situazione a dir poco caotica ed incerta nelle aule giudiziarie (a tal proposito, per tutti, si veda L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento a caldo del prof. Filippi*, in «Penale Diritto e Procedura», 1 ottobre 2021, p. 13).

³³ Cfr. *supra*, primo paragrafo.

³⁴ Ovvero alla necessità che i dati siano adeguati, pertinenti e limitati a quanto strettamente necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati, come previsto dall' art. 5 del Regolamento (UE) 2016/679.

³⁵ Cfr. G. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in «Sistema Penale», 31 maggio 2021, che a p. 5, specifica «È noto cioè che i tabulati possono contenere dati molto più interessanti del contenuto delle conversazioni» e ancora, «se l'inquirente deve accertare quanti contatti hanno avuto tra loro due persone determinate, perché deve essere acquisita la lista di tutti i rapporti intrattenuti dall'interessato, qualunque altra persona riguardino? E se serve la geolocalizzazione di un determinato apparecchio mobile, perché si deve conoscere l'identità degli interlocutori telefonici dell'interessato?».

³⁶ Cfr. A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132*, in «Sistema Penale», 8 ottobre 2021, in cui l'Autore afferma che «l'esigenza di non limitare l'alveo dei destinatari dell'apprensione dei dati esteriori esclusivamente a coloro che risultano indagati o imputati si giustifichi nell'ottica di consentire l'acquisizione degli stessi anche nei procedimenti contro ignoti».

³⁷ L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento a caldo del prof. Filippi*, cit., p. 11.

* * *

Data retention and online privacy: towards regulation compliant with EU law?

Abstract: Law Decree n.132/2021, then converted into law with amendments, draws a line under the criticised discipline on the “Retention of traffic data for other purposes” in order to comply with European law on the protection of personal data, as well as with the CJEU’s rulings on this matter. The new law has regulated the procedural aspects, providing for additional conditions for the acquisition of mobile and computer data traffic. With the present contribution we will discuss the considerable goals already achieved by the lawmaker, as well as those that, loudly, still require to be achieved. The discussion will take place with an eye toward the fair balance of rights and interests at stake, through a reinterpretation of the means of collecting the evidence in question, in the light of the new physiognomy it has assumed in the era of digitalization.

Keywords: Processing of personal data in the electronic communications sector – Data retention – Use of data in criminal proceedings as evidence