

La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive.

di **Federica Rinaldini**

Sommario. **1.** La pronuncia della Corte di giustizia europea Grande Sezione 2 marzo 2021. – **2.** Le prese di posizione della giurisprudenza nazionale dalla pronuncia della Corte di Giustizia all'intervento del legislatore. – **3.** La nuova disciplina. – **3.1.** I reati presupposto. – **3.2.** I sufficienti indizi. – **3.3.** La rilevanza ai fini della prosecuzione delle indagini e la motivazione sul punto. – **3.4.** L'attribuzione al Giudice della competenza a disporre l'acquisizione. – **3.5.** I soggetti legittimati alla richiesta di acquisizione. – **3.6.** La disciplina d'urgenza. – **3.7.** La disciplina transitoria. – **4.** Conclusioni.

1. La pronuncia della Corte di giustizia europea Grande Sezione 2 marzo 2021.

Dopo quasi sette mesi dalla pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione del 2 marzo 2021 (causa C-746/18) nel caso H.K., è finalmente intervenuto il Governo a risolvere la spinosa questione, avente ad oggetto il regime da applicarsi all'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici, con l'art. 1 del decreto legge 30.09.2021 n. 132 *“Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP”*¹.

Come noto, la disciplina della *“data retention”*, cioè della conservazione e acquisizione dei dati *“esterni”* generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, presenta una serie di problematiche inerenti alla necessità di trovare un bilanciamento fra differenti esigenze: da un lato, le necessarie istanze investigative, finalizzate all'accertamento dei reati, dall'altro il diritto inviolabile alla riservatezza².

¹ L'art. 1 ha ad oggetto *“Disposizioni in materia di acquisizione dei dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale”*.

² Il diritto alla riservatezza è stato considerato un diritto inviolabile ex art. 2 Cost con la sentenza della Corte Cost. n. 38/1973. La Corte Costituzionale con sentenza n. 81/1993 ha, poi, chiarito che la materia dovesse ricevere tutela di rango costituzionale, in quanto rientrante nell'alveo dell'art. 15 Cost., chiarendo che i tabulati avrebbero potuto essere acquisiti ed utilizzati solo con provvedimento giudiziale applicativo di una previsione legislativa. Venne, pertanto, riconosciuto il diritto alla riservatezza dei dati relativi ai soggetti della conversazione, del tempo e del luogo della comunicazione, ma non si ritenne che siffatti dati costituissero

L'inquadramento normativo dato, a livello comunitario³ e nazionale⁴, alla materia che qui ci occupa – e conseguentemente la maggiore o minore tutela giuridica dei dati sensibili contenuti nei tabulati - non è certamente questione trascurabile, ove solo si consideri che le moderne modalità investigative fanno imprescindibile uso delle informazioni digitali, mediante l'acquisizione e la conservazione di una serie di dati, che permettono di conoscere una molteplicità di elementi sulla persona sottoposta ad indagine, che ben potrebbero facilmente esulare dagli ambiti della stretta necessità investigativa.

Attraverso l'analisi dei dati esterni delle comunicazioni, infatti, si possono delineare compiutamente le abitudini di vita, gli interessi, le frequentazioni ed i movimenti di un individuo nella sua totalità, in quanto essi comprendono una serie di elementi relativi sia al flusso del traffico telefonico (es. chiamate in entrata e in uscita e senza risposta), sia a quello del traffico telematico (es. *files di log*⁵) di una determinata utenza.

oggetto di un'intercettazione in senso tecnico, con conseguente esclusione dell'applicazione della normativa in tema di intercettazioni, ex 266 ss. c.p.p. La Corte Costituzionale prospettò quindi il ricorso all'art. 256 c.p.p. Anche la Corte Cost. n. 281/1998, ha ribadito le precedenti considerazioni, stabilendo che la disciplina dell'art. 256 c.p.p. fosse conforme con le garanzie previste dall'art. 15 Cost.: la libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione possono essere limitate per legge e con atto motivato dell'Autorità giudiziaria. Per una disamina completa della materia si veda LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, p. 5 ss., in *Sistema Penale*, 31 maggio 2021.

³ Per la normativa europea si deve fare riferimento alla Direttiva 2002/58/CE, afferente al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata delle comunicazioni elettroniche. La stessa è stata successivamente modificata e integrata dalla Direttiva 2009/24/CE, ma rimane il pilastro portante in materia, in quanto la Direttiva 2006/24/CE è stata annullata dalla pronuncia della Corte di giustizia europea nel caso *Digital Rights*, vedi *infra*.

⁴ In Italia la normativa sulla conservazione dei dati personali è condensata nell'art. 132 d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 "*Codice in materia di protezione dei dati personali*" (c.d. Codice della *privacy*).

⁵ I *files di log* contengono i tempi e gli orari di connessione ad *internet*. Sono molto utili nelle indagini, perché permettono di identificare l'intestatario dell'abbonamento e quindi di individuare l'eventuale responsabile del reato. Una volta che si rintraccia l'indirizzo IP, che viene assegnato ad ogni utente in via esclusiva nel momento in cui si connette, si può risalire al *provider* che ha fornito l'accesso al *web* e di conseguenza al titolare dell'utenza telefonica collegata. Tramite l'IP di destinazione si identifica il sito collegato. È naturalmente possibile risalire a tutti i collegamenti effettuati da un determinato utente. Si veda sul punto l'approfondita disamina della disciplina dei tabulati fatta da NATALINI, *Relazione della Corte Suprema di Cassazione "Misure*

La *data retention* permette quindi di verificare i dati delle telefonate di apparecchi fissi o mobili, di quelli relativi a *fax*, SMS, MMS, e-mail, di siti *internet* visitati, nonché di geolocalizzare l'utenza con riferimento a periodi passati ed anche in tempo reale (anche in assenza di captazione), mediante la costante rilevazione delle celle di aggancio della *mobile station*. Si tratterebbe in quest'ultimo caso di un pedinamento elettronico del soggetto possessore del cellulare, anche quando non stia effettuando delle telefonate (c.d. *positioning*)⁶.

Tale materia in così continua evoluzione e ampliamento, frutto delle recenti innovazioni tecnologiche, è stata quindi oggetto di svariati interventi a livello comunitario.

Da ultimo è intervenuta la nota pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione del 2 marzo 2021 (causa C-746/18) nel caso H.K.,⁷ che ha "costretto" gli ordinamenti nazionali ad adeguarsi a più stringenti principi enunciati ed in particolare a conformarsi al principio di proporzionalità, in base al quale soltanto forme gravi di criminalità e la prevenzione alla sicurezza pubblica giustificerebbero da parte dello Stato ingerenze gravi nei diritti fondamentali di cui agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La sopracitata sentenza ha, infatti, stabilito che l'art. 15, paragrafo 1, della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002⁸ - relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata

urgenti in tema dei dati relativi al traffico telefonico e telematico ai fini di indagine penale (art. 1 d.l. 30 settembre 2021, n. 132)", 13.10.2021, p. 5.

⁶ Così NATALINI, *op. cit.*, p. 5.

⁷ Il caso rinviato alla Corte di giustizia riguarda una vicenda estone: l'imputata H.K. era stata condannata alla pena detentiva di due anni per una serie di furti di beni e di somme di denaro, nonché per aver utilizzato una carta bancaria appartenente ad altro soggetto e per aver compiuto atti di violenza nei confronti di persone partecipanti ad un processo a suo carico. La condanna era fondata, tra l'altro, sull'acquisizione dei verbali contenenti i dati relativi alle comunicazioni, che l'autorità incaricata dell'indagine aveva acquisito presso il gestore di servizi di telecomunicazioni. Si precisa che questi dati afferivano in particolare a vari numeri telefonici utilizzati da H.K. e a diversi codici internazionali di identificazione di apparecchiatura telefonica mobile, riferiti a vari periodi fra il 2015 e il 2016.

⁸ L'art. 15, comma 1, della Direttiva stabilisce che "Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli artt. 5 e 6, all'art. 8, paragrafi da 1 a 4 e all'art. 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'art. 13, paragrafo 1, della direttiva [95/46], 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 l'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che

nel settore delle comunicazioni elettroniche, come modificata dalla Direttiva 2009/136/CE del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009 – letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11, nonché dell’art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea⁹ “*deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l’accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all’ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull’ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l’accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo*”¹⁰.

Parimenti lo stesso art. 15, paragrafo 1, della Direttiva 2002/58/CE (modificato dalla Direttiva 2009/136/CE), secondo la Corte di giustizia, “*osta ad una normativa nazionale, la quale renda il Pubblico Ministero, il cui compito è dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l’azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare*

i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per motivi enunciati nel presente paragrafo. Tutte le misure di cui al presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto [dell’Unione], compresi quelli di cui all’art. 6, paragrafi 1 e 2, del Trattato sull’Unione europea”.

⁹ Come noto, l’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea stabilisce che “*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni*”. L’art. 8 prevede che “*ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. I dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un’ autorità indipendente*”. L’art. 11, comma 1, enuncia che “*ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*”. Infine, l’art. 52, comma 1, prevede che laddove è stabilito che “*eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”.

¹⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

*l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini dell'istruttoria penale*¹¹.

La sentenza costituisce il punto di arrivo di una serie di pronunce emesse dalla Corte di giustizia europea in materia di *privacy*.

Con una prima sentenza in data 8 aprile 2014, la Corte di giustizia, Grande Sezione, (cause riunite C-293/12 e C-594/12 - cosiddetta sentenza *Digital Rights*) ha dichiarato l'invalidità della Direttiva 24/2006/CE ("c.d. *direttiva Frattini*"), in materia di conservazione dei dati, per violazione del principio di proporzionalità e stretta necessità, in quanto non indicava criteri oggettivi idonei a limitare l'ingerenza dello Stato nella vita privata dei cittadini¹².

La Corte di giustizia ha, infatti, ritenuto che la suddetta Direttiva fosse da censurare nella misura in cui non operava alcuna limitazione alla conservazione dei dati, basata sull'obiettivo di perseguire reati gravi, non prevedeva che l'accesso ai dati fosse oggetto di un preventivo controllo da parte di un Giudice e che la conservazione avvenisse per un tempo strettamente necessario¹³.

Nell'alveo tracciato da questa pronuncia, ne è intervenuta una successiva, quella della Corte di giustizia, Grande Sezione, in data 21 dicembre 2016 (cause riunite C-203/15 e C-698/15, cosiddetta sentenza *Tele2*), che ha meglio delineato l'ambito di applicazione del principio di proporzionalità, sotteso alla normativa della *data retention*, limitando la possibilità di accedere ai dati personali degli individui ai soli reati gravi¹⁴.

I Giudici europei hanno, infatti, ravvisato la necessità di circoscrivere l'acquisizione dei dati esterni telefonici e telematici, solo in caso di contrasto a forme gravi di criminalità e da parte di un Giudice o di un'autorità amministrativa indipendente.

¹¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

¹² Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12 (cosiddetta sentenza *Digital Rights*), in *Giur. Cost.*, 2014, 3, p. 2948. La Corte di giustizia, Grande Sezione, interpellata in via pregiudiziale dall'Alta Corte irlandese e dalla Corte Costituzionale austriaca, ha dichiarato invalida l'intera Direttiva 2006/24/CE in materia di conservazione dei dati per violazione degli artt. 7,8 e 52, paragrafi 1, della Carta, in quanto non stabiliva che l'interferenza dello Stato nella riservatezza del singolo dovesse essere minima. La Direttiva 2006/24/CE non rispettava, infatti, il principio di proporzionalità, nella parte in cui non poneva precise regole oggettive, sia di carattere sostanziale che processuale, in tema di *data retention*.

¹³ Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12 (cosiddetta sentenza *Digital Rights*), in *Giur. Cost.*, 2014, 3, p. 2948.

¹⁴ La sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 21 dicembre 2016 (cause riunite C-203/15 e C-698/15- *Tele2*) ha per oggetto la Direttiva 2002/58/CE, cioè la normativa applicabile in materia a seguito della dichiarazione di invalidità della Direttiva 2006/24/CE da parte della sentenza nel caso *Digital Rights*.

La Corte di giustizia, Grande Sezione, con sentenza del 2 ottobre 2018 (C-207/16 cosiddetta sentenza *Ministerio Fiscal*) ha operato, poi, un passo indietro, riconoscendo la possibilità della *data retention* anche per i reati non gravi, qualora l'ingerenza nella vita privata del singolo non fosse particolarmente penetrante¹⁵.

L'ultimo pronunciamento della Corte di giustizia nel caso H.K. è stato decisivo, in quanto ha costretto il nostro legislatore ad adeguare, finalmente, la normativa italiana sull'acquisizione dei tabulati alla normativa e alla giurisprudenza sovranazionale.

2. Le prese di posizione della giurisprudenza nazionale dalla pronuncia della Corte di Giustizia nel caso H.K. sino all'intervento del legislatore.

Subito dopo la pronuncia della Corte di Giustizia, nelle aule giudiziarie nazionali sono state sollevate diverse eccezioni in ordine all'inutilizzabilità dei tabulati acquisiti ai sensi della normativa vigente contenuta nell'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, ritenuta dalle difese non compatibile con i principi espressi dai Giudici sovranazionali.

In linea generale, i provvedimenti adottati dai giudici italiani hanno cercato di "salvare" la normativa domestica in materia di acquisizione dei tabulati telefonici e dei dati esterni alla comunicazione, disponendo il non luogo a provvedere o il rigetto delle richieste sollevate¹⁶.

Laddove, poi, è stata configurata l'immediata efficacia della sentenza della Corte di giustizia, con conseguente inapplicabilità dell'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, si è invocata l'operatività per via analogica della normativa sulle intercettazioni telefoniche prevista dall'art. 266 c.p.p.¹⁷.

Questa soluzione era stata indicata nel "*Bollettino Protocollo Cassazione - CGUE n. 1/2021*", al fine di colmare il vuoto normativo venuto a crearsi a seguito dell'inapplicabilità dell'art. 132, comma 3, d.lgs. n. 196/2003, nella

¹⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 ottobre 2018 (C-207/16 cosiddetta sentenza *Ministerio Fiscal*), in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, II, 2018, 6, p. 905.

¹⁶ Ad esempio G.I.P. Trib. Roma, decreto senza data, in *Sistema Penale*, con nota di MALACARNE, *Ancora ricadute interne della sentenza della Corte di giustizia in materia di acquisizione dei tabulati telefonici: il G.i.p. di Roma dichiara il "non luogo a provvedere" sulla richiesta del P.M.*, in *Sistema Penale*, 5 maggio 2021; Corte Assise Napoli, Sez. I, ordinanza, 16 giugno 2021 in *Giurisprudenza Penale*; Trib. Milano, Sez. VII, ordinanza, 22 aprile 2021, con nota di TONDI, *La disciplina italiana in materia di data retention a seguito della sentenza della Corte di giustizia UE; il Tribunale di Milano nega il contrasto con il diritto sovranazionale*, in *Sistema Penale*, 7 maggio 2021.

¹⁷ G.I.P. Trib. Roma, decreto 25 aprile 2021 con nota di DELLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della grande camera della corte di giustizia ue: la svolta garantista in un primo provvedimento del G.I.P. di Roma*, in *Sistema Penale*, 29 aprile 2021.

parte in cui consentiva al Pubblico Ministero di acquisire con decreto motivato i dati conservati dai gestori dei servizi telefonici¹⁸.

Siffatta soluzione non può che destare ampie perplessità, ove solo si consideri l'impossibilità di procedere ad interpretazione analogica ex art. 14 Preleggi, a causa del carattere eccezionale della normativa sulle intercettazioni telefoniche rispetto al principio di cui all'art. 15 Cost.¹⁹.

In altri casi, invece, si è affermato che, in mancanza di indicazioni specifiche da parte della sentenza della Corte di giustizia, i principi sanciti dalla sentenza H.K. non avrebbero potuto essere immediatamente recepiti nel nostro ordinamento; da qui l'applicazione dell'art. 132 d.lgs. n. 196/2003²⁰.

Secondo tale orientamento, la Corte avrebbe lasciato ampio spazio alla discrezionalità del singolo Giudice e, per evitare pronunciamenti difformi tra loro, sarebbe stato quindi necessario un intervento del legislatore.

In altre pronunce, si è comunque ribadita l'esistenza di una normativa ben regolamentata vigente in Italia in materia di *privacy*, a differenza del caso esaminato dalla Corte di giustizia europea, che pertanto non implicava un contrasto con la normativa interna²¹.

In generale, si è poi affermata l'indipendenza dell'organo inquirente, anche mediante la validazione postuma del G.I.P. sull'operato dello stesso, cioè sull'avvenuta acquisizione dei tabulati nel corso indagini²².

Sin da subito è emerso un contrasto già nell'ambito del medesimo Tribunale di Roma, in quanto due differenti Uffici del G.I.P. hanno delineato effetti diversi della sentenza della Corte di giustizia.

In un primo provvedimento, in data 25.4.2021, il G.I.P. presso il Tribunale di Roma, chiamato a pronunciarsi sulla richiesta fatta del Pubblico Ministero per

¹⁸ Per tutti NATALINI, *op. cit.* p. 14.

¹⁹ Corte Cost., 23.07.1991, n. 366; Corte Cost., 10 febbraio 1994 (dep. 24 febbraio 1994), n. 63; Cass. pen., Sez. V, 20 luglio 2020, n. 23438, Capaldo; Cass. pen., Sez. II, 11 marzo 2021, n. 13809, Caianiello.

²⁰ Ad esempio Corte Assise Napoli, Sez. I, ordinanza, 16 giugno 2021, *cit.* e G.I.P. Trib. Tivoli, ordinanza, 9 giugno 2021.

²¹ Corte Cass., Sez. II, 3 settembre 2021, n. 33118; Trib. Milano, Sez. VII, ordinanza, 22 aprile 2021, *cit.* Sulla giurisprudenza di legittimità precedente alla sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2021 caso H.K., si veda: Cass. pen., Sez. III, 19 aprile 2019, n. 36380, in *Diritto di Internet*, 2019, 4, p. 753. Sempre sulla compatibilità della normativa nazionale in tema di acquisizione dei dati contenuti nei tabulati con quella europea, si vedano altresì: Cass. pen., Sez. III, 25 dicembre 2019, n. 48737 in *CED Cass. pen.*, 2020; Cass. pen., Sez. II, 10 dicembre 2019, n. 5741.

²² Sul punto però G.I.P. Trib. Roma, decreto, 25 aprile 2021, *cit.*, pur riconoscendo l'indipendenza del Pubblico Ministero, ha affermato che il requisito di terzietà, individuato dalla Corte di giustizia quale imprescindibile carattere afferente all'organo che deve emettere il provvedimento di acquisizione dei dati esterni al traffico telefonico e telematico, è da attribuirsi solo al Giudice.

ottenere l'autorizzazione a disporre l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico, pur disapplicando la norma interna (l'art. 132 d.lgs. n. 196/2003), ha ritenuto di disporre l'acquisizione dei tabulati²³.

Il Giudice romano - pur ritenendo la sentenza comunitaria direttamente applicabile e quindi il sopravvenuto contrasto dell'art. 132 Cod. *Privacy* con la normativa dell'Unione Europea, con conseguente inapplicabilità della norma interna e applicazione dei principi sanciti dalla Corte lussemburghese - è giunto a conclusioni opinabili, laddove ha affermato che *“la categoria della “forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica” indicata dalla Corte di giustizia quale indispensabile condizione per rendere proporzionata (giustificata) l'acquisizione dei dati, è facilmente individuabile con il rinvio integrale ai reati previsti nel catalogo dettato dagli articoli 266 c.p.p. e 266 bis c.p.p.: è chiaro che l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico potrà senz'altro consentirsi negli stessi casi in cui la ben più invasiva attività di intercettazione è ammessa dall'ordinamento processuale. In conclusione, disapplicata la norma interna (art. 132 d.lgs n. 196/2003) e ritenuta la sussistenza dei presupposti delineati dalla normativa dell'Unione Europea (“la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica” sia, in concreto, per la gravità delle ipotesi delittuose sia in forza della riconducibilità, nel caso di specie, dei reati per i quali si procede agli articoli 266 c.p.p. e 266 bis c.p.p.) nonché l'evidente indispensabilità per l'immediata prosecuzione delle indagini, deve autorizzarsi quanto richiesto dal Pubblico Ministero”*²⁴.

Di diverso avviso il secondo provvedimento del G.I.P. presso il Tribunale di Roma, che ha invece dichiarato non luogo a provvedere in merito alla richiesta di autorizzazione del Pubblico Ministero all'acquisizione dei tabulati telefonici, ritenendo direttamente applicabile, in attesa dell'intervento auspicabile del legislatore, l'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, che autorizza lo stesso organo dell'accusa a procedere²⁵.

Secondo tale Giudice quindi, le sentenze lussemburghesi avrebbero efficacia immediata e diretta *“solo laddove per effetto di tali interpretazioni non residuino negli istituti giuridici regolati concreti problemi applicativi e profili di discrezionalità che richiedano necessariamente l'intervento del legislatore nazionale, e ciò tanto più laddove si tratti di interpretazione di norme contenute in Direttive”*²⁶.

In definitiva, secondo tale provvedimento, la sentenza della Corte di giustizia avrebbe un effetto *“limitato”*, nel senso che *“le interpretazioni proposte dalla citata sentenza Corte di Giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent.,*

²³ G.I.P. Trib. Roma, decreto, 25 aprile 2021, *cit.*

²⁴ G.I.P. Trib. Roma, decreto, 25 aprile 2021, *cit.*

²⁵ G.I.P. Trib. Roma, senza data, *cit.*

²⁶ G.I.P. Trib. Roma, senza data, *cit.*

02/03/2021, n. 746/18 non possano avere effetti applicativi immediati e diretti, per la indeterminatezza, nella sentenza, del riferimento ai casi nei quali i dati di traffico telematico e telefonico possono essere acquisiti, riferimento genericamente operato ai casi di “lotta contro le forme gravi di criminalità” o di “prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica”, casi la cui concreta declinazione non può non ritenersi demandata (e venendo di fatto demandata dalla sentenza), in esecuzione ai proposti principi interpretativi della normativa Ue, alla legge nazionale, e non alla elaborazione giurisprudenziale”²⁷.

Il Giudice ha quindi demandato la soluzione della questione all’intervento del legislatore, ritenendo nel frattempo applicabile l’art. 132 Codice *Privacy*.

Diversamente da quanto stabilito nelle ordinanze dei G.I.P. presso il Tribunale di Roma - che pur con conclusioni differenti hanno riconosciuto un contrasto tra quanto stabilito dalla Corte europea e la normativa italiana - in data 22 aprile 2021, il Tribunale di Milano, Sezione VII, ha rigettato la richiesta della difesa di inutilizzabilità dei tabulati telefonici, in quanto le censure mosse in sede europea nei confronti della normativa estone “[...]non possono ritenersi vaevoli anche per la normativa italiana, essendo le relative legislazioni niente affatto sovrapponibili o similari”²⁸.

Il Tribunale di Milano non ha quindi ravvisato alcun contrasto della normativa interna in tema di *data retention* con i principi elaborati dalla Corte di giustizia, inserendosi nel solco del tradizionale orientamento della giurisprudenza italiana, precedente alla pronuncia del 2 marzo 2021, che ha da sempre escluso profili di conflitto²⁹.

Più precisamente, il Tribunale di Milano ha affermato che il Pubblico Ministero nell’ordinamento italiano è da ricomprendersi nel concetto di Autorità giudiziaria, in quanto è chiamato a valutare sia elementi di prova a carico sia a discarico dell’imputato nel processo penale ed in fase di indagini può acquisire elementi di prova a favore dell’indagato, essendo in suo potere richiedere l’archiviazione del procedimento.

Inoltre, a differenza del Pubblico Ministero estone, quello italiano gode di uno *status* di indipendenza, rivestendo nel processo penale il ruolo di parte pubblica e non privata³⁰.

Queste considerazioni nulla dicono, tuttavia, in ordine all’ulteriore elemento richiesto in sede europea, circa la “terzietà” della parte che deve richiedere il provvedimento di acquisizione dei dati sensibili. Caratteristica quest’ultima attribuibile solo ad un Giudice, che non ha alcun interesse di parte.

Quanto alla necessità che l’accesso ai dati esterni della comunicazione sia circoscritto alla lotta contro gravi forme di reati, il Tribunale afferma che, nel

²⁷ G.I.P. Trib. Roma, senza data, *cit.*

²⁸ Trib. Milano, Sez. VII, ordinanza, 22 aprile 2021, *cit.*

²⁹ Cass. pen., Sez. V, 24.04.2018, n. 33851; vedi anche nota 21.

³⁰ Trib. Milano, Sez. VII, ordinanza, 22 aprile 2021, *cit.*

caso specifico oggetto del suo esame, si è in presenza di un delitto che rientra in quelli ricompresi dall'art. 407, comma 2, n. 2 c.p.p. (si trattava infatti di una contestazione per rapina aggravata) e quindi il requisito sarebbe soddisfatto. Come pure soddisfatto parrebbe l'ulteriore elemento inerente al brevissimo arco temporale (24 ore) in cui il traffico telefonico è stato tracciato: *“assai circoscritta risulta l'ingerenza dell'attività di raccolta dei dati nella vita privata altrui, con la conseguenza che – anche da tale punto di vista – non risulta pregiudicata la dovuta proporzionalità tra esigenze investigative in sede penale e lesione della sfera di libertà altrui”*³¹.

Infine, viene rimarcato come nel diritto estone la richiesta di acquisizione non debba in alcun modo essere motivata, contrariamente a quanto previsto per il decreto del Pubblico Ministero italiano.

Il Tribunale di Milano giunge quindi ad operare in concreto un bilanciamento tra gli interessi investigativi e i diritti fondamentali dell'imputato³².

Non sembra tuttavia che sia stata colta la dirompente novità apportata dalle motivazioni della Corte di giustizia europea, come fatto da altri provvedimenti giurisdizionali, limitandosi a rimarcare l'orientamento tradizionale in tema di *data retention*.

Il G.I.P. del Tribunale di Bari, con decreto in data 1° maggio 2021³³, ha affermato la diretta applicazione della pronuncia della Corte di giustizia e la necessità che sull'acquisizione dei dati si esprima un Giudice terzo, in quanto l'attività di ricerca della prova incorre in limitazioni di diritti fondamentali e *“[...] l'intervento del giudice appare invero necessario, dovendosi contemperare la coesistenza di due contrastanti interessi di pari dignità”*.

In motivazione il G.I.P. afferma, quindi, che l'art. 132 Codice *privacy*, nella parte in cui autorizza il Pubblico Ministero all'acquisizione dei tabulati, non debba ritenersi più operativo. Secondo il G.I.P. la necessaria immediata applicazione della normativa dell'Unione, invece di quella italiana, non sarebbe ostacolata dalla mancata individuazione della categoria di reati da considerare gravi, in quanto gli stessi sarebbero facilmente individuabili con rinvio integrale ai reati previsti dal catalogo dettato di cui agli artt. 266 e 266bis c.p.p.³⁴.

Siffatto provvedimento richiama, invero, quello del G.I.P. presso il Tribunale di Roma in data 25 aprile 2021 sotto il profilo dell'invocazione alla normativa sulle intercettazioni telefoniche.

³¹ Trib. Milano, Sez. VII, ordinanza, 22 aprile 2021, *cit.*

³² Sulla compatibilità dell'art. 132 d.lgs. n. 196/2003 con la normativa sovranazionale e sulla necessità che il Giudice di merito compia una verifica in concreto in ordine alla proporzione fra la gravità dell'ingerenza nella vita privata e la necessità dell'investigazione Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2019, n. 48737.

³³ G.I.P. Trib. Bari, decreto, 1° maggio 2021 in www.wilpenalista.it, 25.05.2021.

³⁴ G.I.P. Trib. Bari, decreto, 1° maggio 2021 *cit.*

Questo G.I.P. indica, inoltre, che in assenza di un provvedimento del Giudice la sanzione applicabile ai tabulati acquisiti dal Pubblico Ministero sarebbe quella della loro inutilizzabilità: *“peraltro, nella categoria delle prove sanzionate, ex art. 191 c.p.p., dall’inutilizzabilità rientrano non solo quelle oggettivamente vietate, ma anche le prove formate o acquisite in violazione di diritti soggettivi tutelati dalla legge e a maggior ragione, trattandosi di libertà assolute indipendenti dal fenomeno normativo ordinario, direttamente dalla Costituzione”*³⁵.

Ulteriore pronuncia è quella G.I.P. presso il Tribunale di Tivoli del 9 luglio 2021. Il G.I.P., con ordinanza di non luogo a provvedere in merito alla richiesta del Pubblico Ministero volta ad ottenere l’autorizzazione all’acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico, ha ribadito i prevalenti orientamenti giurisprudenziali formatisi dopo l’entrata in vigore della sentenza della Corte di giustizia H.K.

Il Giudice - pur rilevando un possibile contrasto tra la costante giurisprudenza italiana di legittimità e la CGUE in ordine alla compatibilità dell’art. 132 d.lgs. n. 196/2003 e la Direttiva 2002/58/CE, per lo meno con riferimento alla possibilità del Pubblico Ministero di acquisire i tabulati, ed affermando in via generale che il diritto comunitario abbia efficacia *erga omnes* nell’ambito della Comunità - ha stabilito che la sentenza europea H.K. non possa trovare immediata e diretta applicazione nell’ordinamento italiano, con conseguente applicazione dalla disposizione di cui all’art. 132 d.lgs. n. 196/2003.

L’interpretazione proposta dalla Corte di giustizia viene infatti ritenuta generica in ordine all’individuazione delle tipologie delittuose che possano legittimare l’acquisizione dei dati esterni, ed *“è evidente che tali aspetti non possano essere disciplinati da singole (e potenzialmente contrastanti) decisioni giurisprudenziali”*³⁶.

Anche la Corte di Assise di Napoli, Sezione I, ha escluso un’applicazione diretta della normativa europea, rigettando, con ordinanza in data 16 giugno 2021, la richiesta di declaratoria di nullità dei fotogrammi tratti dai sistemi di sorveglianza e dei tabulati telefonici acquisiti agli atti del giudizio³⁷.

La Corte ha, quindi, affermato che nel nostro ordinamento il Pubblico Ministero *“per il suo status ordinamentale, è organo facente parte dell’Autorità Giudiziaria e come tale destinatario dei doveri di imparzialità e di rispetto della legge ed anche delle garanzie costituzionali poste a tutela della piena autonomia della funzione”*³⁸.

Ed infatti *“Il Pubblico Ministero è chiamato ad acquisire non solo le prove di accusa, ma anche quelle a favore dell’indagato, essendo in suo potere*

³⁵ G.I.P. Trib. Bari, decreto, 1° maggio 2021 *cit.*

³⁶ G.I.P. Trib. Tivoli, ordinanza, 9 giugno 2021.

³⁷ Corte Assise Napoli, Sez. I, ordinanza, 16 giugno 2021, *cit.*

³⁸ Corte Assise Napoli, Sez. I, ordinanza, 16 giugno 2021, *cit.*

*richiedere l'archiviazione; la sua posizione non può pertanto essere assimilata a quella del corrispondente organo estone, che è autorità soggetta alla sfera di competenza del Ministro della Giustizia, che partecipa alla pianificazione delle misure necessarie per la lotta e l'accertamento dei reati*³⁹.

Inoltre, la Corte ha operato una valutazione in merito al caso sottoposto alla sua attenzione al fine di valutare se, comunque, i parametri di stretta necessità della Corte di giustizia fossero stati rispettati.

Nello specifico gli imputati erano chiamati a rispondere di gravi reati, quali il sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dall'art. 416bis-1 c.p., *“ossia di un'ipotesi delittuosa di eccezionale gravità, tale da giustificare anche alla luce del principio espresso nella sentenza sovranazionale, il ricorso al decreto da parte dell'organo inquirente per ragione ovviamente connesse alle finalità repressive, preventive e di accertamento”*⁴⁰.

È stato altresì ritenuto che, poiché la sentenza della Corte di giustizia non individua a sua volta le categorie per le quali si possa addivenire all'acquisizione *“pone implicitamente una riserva di legge a favore del legislatore nazionale riconoscendo l'esistenza di concreti problemi applicativi e profili di discrezionalità che richiedano necessariamente l'intervento legislativo”*.

Anche la Corte di Cassazione si è pronunciata sulla materia in due occasioni, ribadendo la non immediata applicabilità dei principi enunciati dalla Corte di giustizia all'ordinamento nazionale e la diretta applicazione dell'art. 132 d.lgs. n. 196/2003.

Con una prima sentenza, la n. 28532 in data 15 aprile 2021, la Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso della difesa, che tra l'altro chiedeva che fosse dichiarata l'illegittimità dei tabulati telefonici acquisiti con decreto del Pubblico Ministero per contrasto con le statuizioni della Corte di giustizia⁴¹.

Si legge in motivazione che *“[...]pur non dubitando il Collegio della possibile diretta applicabilità, nell'ordinamento nazionale, della decisione della Corte di giustizia [...] nella specie non pare che la decisione della CGUE del 2 marzo 2021 sia idonea ad escludere la sussistenza di residui profili di incertezza interpretativa e discrezionalità applicativa in capo alla normativa interna; in sostanza la richiamata pronuncia Europea sembra incapace di produrre effetti applicativi immediati e diretti a causa dell'indeterminatezza delle espressioni ivi utilizzate al fine di legittimare l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata dei cittadini.”*⁴².

³⁹ Corte Assise Napoli, Sez. I, ordinanza, 16 giugno 2021, *cit.*

⁴⁰ Corte Assise Napoli, Sez. I, ordinanza, 16 giugno 2021, *cit.*

⁴¹ Cass. pen., Sez. II, 15 aprile 2021, n. 28523.

⁴² Cass. pen., Sez. II, 15 aprile 2021, n. 28523.

Il riferimento a “*forme gravi di criminalità*” e di “*prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica*” implica, secondo la Suprema Corte, un intervento legislativo volto ad individuare in modo oggettivo un elenco di reati cui potersi subordinare l’acquisizione dei dati di traffico telefonico e telematico. In altra pronuncia del 2 luglio 2021, la Corte di Cassazione ha ribadito il suo consolidato orientamento⁴³, e cioè che l’art. 132 d.lgs. n. 196/2003 sia direttamente applicabile, in quanto compatibile con le direttive comunitarie in materia di *privacy*: “*la deroga stabilita dalla norma alla riservatezza delle comunicazioni è prevista dall’art. 123 cit. per un periodo di tempo limitato, ha come esclusivo obbiettivo l’accertamento e la repressione dei reati ed è subordinata all’emissione di un provvedimento di una autorità giurisdizionale indipendente com’è appunto il pubblico ministero*”⁴⁴.

Si è poi nuovamente ribadito che la decisione europea è del tutto generica nell’individuazione dei casi nei quali i dati di traffico telematico e telefonico possono essere acquisiti e dunque, non può comportare la disapplicazione della norma interna, la quale deve continuare a regolare la materia, in attesa di un intervento del legislatore.

In entrambi i casi esaminati dalla Corte di legittimità non si è tuttavia affrontato l’ulteriore tema, rappresentato dall’effettiva corrispondenza alle indicazioni europee della normativa che vede il Pubblico Ministero quale soggetto legittimato ad emettere il decreto di acquisizione dei dati e non il Giudice⁴⁵.

Si è auspicato, quindi, di attendere la decisione della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale effettuato da altro Tribunale italiano, che potrebbe, tra l’altro, sciogliere le ambiguità circa l’assimilazione del Pubblico Ministero italiano a quello estone, cui la pronuncia del marzo 2021 fa preciso riferimento.

E difatti il Tribunale di Rieti, in data 4 maggio 2021, con ordinanza di rimessione, ha sottoposto alla Corte di giustizia europea questione pregiudiziale interpretativa, ritenendo - in una causa pendente in sede dibattimentale - che i principi sanciti dalla Corte di giustizia europea non

⁴³ Cass. pen., Sez. II, 10 dicembre 2019, n. 5741 e Cass. Pen., Sez. III, 25 settembre 2019, n. 48737.

⁴⁴ Cass. pen., Sez. II, 2 luglio 2021, (dep. 7 settembre 2021), n. 33118, con nota di GIORDANO, *La Corte di Cassazione ritorna sull’acquisizione dei tabulati telefonici dopo le indicazioni della CGUE*, in *www.ilpenalista.it*, 5 ottobre 2021. La Corte di Cassazione ha ritenuto infondato il ricorso avverso l’ordinanza di rigetto del Tribunale di Brescia in materia di misura cautelare custodiale. I motivi del ricorso si fondavano, tra l’altro, sull’inutilizzabilità dei tabulati telefonici, acquisiti dal Pubblico Ministero, senza specificazione dei reati da perseguire, dei soggetti coinvolti e del motivo per cui siffatta violazione della *privacy* fosse indispensabile per la prosecuzione delle indagini.

⁴⁵ Si veda GIORDANO, *op. cit.*

potessero essere direttamente applicabili alla normativa interna: necessario quindi un espresso chiarimento da parte del Giudice europeo sull'efficacia di questa sentenza interpretativa⁴⁶.

Secondo il Tribunale è necessario che venga valutata *“possibilità di ritenere che il Pubblico Ministero per come disegnato dall’ordinamento italiano offra sufficienti garanzie di giurisdizionalità, per continuare ad essere titolare in proprio del potere di acquisizione, considerando anche il vaglio comunque rimesso ex post al giudice che deve emettere la decisione”*.

Si chiede inoltre di *“modulare gli effetti della sentenza in chiave irretroattiva, al fine di non pregiudicare fondamentali esigenze di certezza del diritto e “certezza investigativa”, limitatamente ai giudizi tuttora pendenti, in chiave di prevenzione e repressione di gravi reati, nell’ottica anche di consentire un possibile e auspicabile intervento del legislatore nazionale”*.

Infine, di vedere se la normativa europea non osti all'applicazione dell'art. 132, comma 3, d.lgs. n. 196/2003 letto alla luce dell'art. 267, comma 2, c.p.p., che consente al Pubblico Ministero in casi di urgenza l'immediata acquisizione dei dati del traffico telefonico con successivo vaglio e controllo del Giudice procedente.

Questo breve *excursus* consente di comprendere come le prese di posizione della giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, abbiano inevitabilmente creato all'interno di questa delicata materia un grave clima di incertezza.

Da più parti si è auspicato un intervento del legislatore nazionale, al fine di regolamentare in maniera più puntuale e oggettiva la disciplina della *data retention* in ossequio a quelle che da sempre sono state le indicazioni della Corte di giustizia europea⁴⁷.

3. La nuova disciplina.

In tale complesso e confuso scenario su un così importante elemento investigativo, nonché fonte di prova, è quindi intervenuto il Governo con un provvedimento d'urgenza, il decreto-legge n. 132/2021, recante *“Misure urgenti in materia di giustizia e difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP”*⁴⁸.

⁴⁶ Trib. Rieti, 4 maggio 2021 con nota redazionale, *Acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: il Tribunale di Rieti propone questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza Penale*, 13 maggio 2021.

⁴⁷ In tal senso, LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, p. 5 ss., in *Sistema Penale*, 31 maggio 2021, p. 19.

⁴⁸ Per un commento del decreto-legge in parola si vedano: AMATO, *Nella “costruzione” normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, in *Guida dir.*, n. 39, 16.10.2021; BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto legge 30 settembre 2021, n. 132*, in *www.questionegiustizia*, 5.10.2021; FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento “a caldo” del Prof. Filippi*, in *Dir. e Proc.*

Va evidenziato che, oltre alla giurisprudenza e alla dottrina, anche il Garante per la protezione dei dati personali, in data 22 luglio 2021, ha segnalato al Parlamento e al Governo “*l’opportunità della riforma della disciplina della conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico a fini di giustizia (art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e s.m.i.; art. 24 l. 20 novembre 2017, n. 167), più volte sollecitata dall’Autorità ma ora resa ulteriormente necessaria a seguito della sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 2 marzo scorso, resa nella causa C-746/18*”⁴⁹.

Come si legge nel preambolo di tale decreto, l’intervento del legislatore è stato motivato dalla “*straordinaria necessità ed urgenza di garantire la possibilità di acquisire 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 del 2 marzo 2021, causa C-746/18, e in particolare di circoscrivere le attività di acquisizione ai procedimenti penali aventi ad oggetto forme gravi di criminalità e di garantire che dette attività siano soggette al controllo di un’autorità giurisdizionale*”.

L’art. 1 del suddetto decreto (titolato “*Disposizioni in materia di acquisizione dei dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale*”) prevede la sostituzione del comma 3 dell’art. 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196,

con il seguente:

«3. *Entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell’ergastolo o della reclusione*

non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell’articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col

mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice su richiesta del pubblico ministero

Pen., 1.10.2021; 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* (www.sistemapenale.it), 8.10.2021; NATALINI, *op. cit.*; PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *Quotidiano Giuridico*, 4.10.2021; RESTA, *La nuova disciplina dell’acquisizione dei tabulati telematici*, in *Quotidiano Giuridico* (www.quotidianogiuridico.it), 4.10.2021; SPANGHER, *Data retention: svolta garantista ma occorre completare l’impianto*, in *Guida dir.*, n. 39, 16.10.2021.

⁴⁹ Si veda Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Segnalazione sulla disciplina della conservazione, a fini di giustizia, dei dati di traffico telefonico e telematico*, in www.garanteprivacy.it, 2.8.2021.

o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private.».

Vengono poi inseriti due nuovi commi.

Il comma 3-bis, che prevede la disciplina in casi di urgenza: *“Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati.*

Il comma 3-ter prevede che i diritti degli interessati al trattamento dei dati possano essere esercitati tramite il Garante per la protezione dei dati personali con le modalità di cui all'art. 160 del Regolamento: *“Rispetto ai dati conservati per le finalità indicate al comma 1 i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2 -undecies, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo».*

Tale decreto è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 30 settembre 2021 ed ha efficacia immediata.

Il legislatore italiano è quindi opportunamente intervenuto, sollecitato dalla giurisprudenza dell'Unione, ad individuare i casi e le modalità di accesso ai dati telefonici e telematici, consentendo tale forte intrusione nella *privacy* solamente in caso di:

- reati con pena non inferiore a tre anni, consentendo una deroga a tale limite per i reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi;
- sussistenza di sufficienti indizi;
- rilevanza dei dati ai fini della prosecuzione delle indagini;
- decreto motivato del Giudice su richiesta del Pubblico Ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private.

3.1. I reati presupposto.

L'acquisizione dei tabulati non può più avvenire indistintamente per tutti i reati, come avveniva sotto la previgente disciplina, ma, proprio per la necessità di limitare i casi di lesione al diritto inviolabile della riservatezza della vita privata - tutelato sia dalla nostra Costituzione che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione - viene circoscritta a crimini connotati da una particolare gravità.

Il legislatore ha optato per la scelta di un limite edittale di gravità, individuato come regola generale nella *“reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell’articolo 4 del codice di procedura penale”*.

Il limite edittale di 3 anni è inferiore a quello previsto per l’ammissibilità delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, che è pari a 5 anni, per la minor invasività nella sfera della *privacy* dell’individuo dei primi rispetto alle seconde⁵⁰.

Sotto il profilo qualitativo, l’acquisizione dei tabulati viene ammessa anche in caso di gravi minacce o molestie a mezzo del telefono, fattispecie in relazione alle quali tale strumento investigativo è stato ritenuto indispensabile in quanto costituisce, se non l’unica, la principale modalità di accertamento⁵¹.

Tale scelta è condivisibile in quanto, come è stato sottolineato nella Relazione illustrativa al decreto, tali reati *“al di là del dato sanzionatorio, possono, però, in concreto manifestarsi come particolarmente gravi per beni primari della persona, soprattutto allorché prodromici a condotte estremamente più serie (di aggressione fisica), che spesso ne costituiscono lo sviluppo concreto, prevenibili solo a mezzo di mirati e tempestivi accertamenti”*⁵².

È stato evidenziato che, mentre il riferimento alla “gravità” della minaccia è espressamente previsto dall’art. 612 comma 2 c.p., non vi è alcuna tipizzazione normativa per la molestia grave, con la conseguenza che per individuare tali ipotesi sarà auspicabile fare riferimento alla giurisprudenza formatasi in materia di minaccia grave⁵³. In tale ottica, per ritenere sussistente il requisito della “gravità”, si dovrà fare riferimento a parametri quali l’entità del turbamento psichico determinato dall’atto intimidatorio della vittima, il

⁵⁰ In tal senso si veda Relazione illustrativa della Camera dei Deputati al decreto, XVIII Legislatura, Atti parlamentari, A.C. 3298, pag. 7: *“In ordine a questo aspetto si è, quindi, ritenuto opportuno fissare un riferimento edittale generale di gravità, individuato, in via principale, con riguardo alla misura della pena massima, indicata nella reclusione non inferiore « a tre anni », determinata in modo conforme a quanto previsto dall’articolo 266 del codice di procedura penale, a norma dell’articolo 4 del medesimo codice, oltre che nella pena dell’ergastolo. Una scelta che, di nuovo, si muove in coerenza con il fatto che per il più invasivo mezzo costituito dalle intercettazioni telefoniche il limite edittale di gravità dei reati che ne consente l’attivazione è individuato nell’articolo 266 del codice di procedura penale nella misura di cinque anni di reclusione. Limite edittale, peraltro, indicato, a titolo di esempio, anche dalla disciplina in materia di mandato di arresto europeo per individuare le condanne rispetto alle quali lo strumento si applica (in conformità alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002.*

⁵¹ In tal senso AMATO, *op. cit.*, pag. 22.

⁵² Si veda Relazione illustrativa della Camera dei Deputati, *cit.*, pag. 7.

⁵³ Così AMATO, *op. cit.*, pag. 23.

tenore delle espressioni usate, il contesto in cui vengono poste in essere le condotte, la ripetitività delle stesse, nonché i rapporti tra le parti⁵⁴.

Dato il riferimento del legislatore alla pena della “reclusione”, si può affermare che tale strumento investigativo, salvo il caso della contravvenzione di cui all’art. 660 c.p. espressamente richiamata, sia consentito solo per i delitti e non per le contravvenzioni⁵⁵.

Per l’acquisizione dei tabulati, non è quindi stata seguita la strada di equiparare la disciplina dei tabulati a quella delle intercettazioni prevista dall’art. 266 c.p.p., che prevede l’utilizzo di tale mezzo di ricerca della prova anche per altre fattispecie ivi tipizzate.

Tale riforma è stata attuata al fine di rendere anche il nostro ordinamento rispettoso del principio di proporzionalità invocato dalla Corte di giustizia, in base al quale *“soltanto gli obiettivi della lotta contro le forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica”* sono atti a giustificare l’accesso delle autorità pubbliche ai dati contenuti nei tabulati, in quanto tale attività comporta un’ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta.

Come è stato opportunamente osservato però, la scelta legislativa non è del tutto in linea con il dettato della Corte, in quanto il riferimento alla pena edittale della reclusione non inferiore a tre anni e la previsione esplicita della minaccia e molestia grave fa sì che tale strumento investigativo non venga limitato a perseguire gravi forme di criminalità che minacciano la sicurezza pubblica⁵⁶.

3.2. I sufficienti indizi.

La differenziazione tra i due tipi di disciplina dei tabulati e delle intercettazioni è confermata anche dal fatto che per i tabulati gli indizi devono essere “sufficienti” e non “gravi”, come prevede l’art. 267 c.p.p.; inoltre i tabulati devono essere “rilevanti” e non “assolutamente indispensabili”, come richiesto per le intercettazioni, ai fini della prosecuzione delle indagini⁵⁷.

Al criterio astratto della comminatoria della pena edittale e della tipizzazione di alcune fattispecie sono stati quindi aggiunti tali due parametri che devono essere accertati in concreto⁵⁸.

Il ricorso al parametro della “sufficienza” degli indizi viene spiegato con *“l’opportunità che il livello di accertamento richiesto debba essere di peso*

⁵⁴ Si vedano NATALINI, *op. cit.*, pag. 24; AMATO, *op. cit.*, pag. 24.

⁵⁵ In tal senso NATALINI, *op. cit.*, pag. 23.

⁵⁶ In tal senso AMATO, *op. cit.*, pag. 22.

⁵⁷ Concorde sul punto MALACARNE, *op. cit.*

⁵⁸ Si veda NATALINI, *op. cit.*, pag. 23.

inferiore a quello richiesto per l'autorizzazione al diverso e ben più invasivo mezzo di ricerca della prova delle intercettazioni («di gravità indiziaria»)⁵⁹.

Se, come probabile, si farà nella prassi riferimento alla giurisprudenza in tema di intercettazioni, gli indizi che potranno essere posti alla base di un provvedimento acquisitivo dovranno essere relativi alla sussistenza di un reato, senza che sia necessario attribuirlo ad un soggetto individuato⁶⁰.

In tale ottica, è stato opportunamente osservato che la motivazione del decreto di acquisizione non deve esprimere una valutazione sulla fondatezza dell'accusa, ma deve contenere una esplicita – sia pur sintetica – illustrazione degli elementi essenziali di indagine per consentire alle parti di stabilire la ritualità del provvedimento⁶¹.

3.3. La rilevanza ai fini della prosecuzione delle indagini e la motivazione sul punto.

Al fine di attuare concretamente il principio di proporzionalità tanto caro alla giurisprudenza dell'Unione, il nostro legislatore ha richiesto che l'acquisizione dei tabulati debba essere *“rilevante ai fini della prosecuzione delle indagini”*.

Come è stato osservato nella Relazione illustrativa al decreto, tale previsione è *“utile ad offrire un ulteriore contenuto concreto all'esigenza di limitare l'accesso ai dati ai soli casi in cui ciò sia giustificato da una valutazione di positiva utilità di quell'acquisizione per le indagini”⁶².*

Questo requisito deve necessariamente riflettersi nella motivazione della richiesta del Pubblico Ministero e nel decreto del Giudice.

Anche in relazione alla motivazione è d'aiuto la lettura della Relazione illustrativa al decreto, secondo cui: *“benché la norma vigente richieda che il decreto del pubblico ministero sia motivato, non è precisato il contenuto minimo richiesto per quella motivazione, il quale, invece, proprio in ragione del tenore della norma di riferimento e dell'interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia, non può che essere agganciato ad una valutazione di sussistenza di un pregresso quadro indiziario di peso non minimale circa la sussistenza di un reato da accertare. L'acquisizione di dati con provvedimento sganciato da ogni valutazione di pregressa e autonoma sussistenza di elementi almeno sufficienti a far ravvisare la sussistenza del reato vanificherebbe in radice la funzione di garanzia del mezzo, ledendo il principio di proporzionalità imposto dalla direttiva”*.

Come già evidenziato, è probabile che verranno adottati per i tabulati parametri analoghi a quelli già in uso per le motivazioni dei decreti decisori

⁵⁹ Si veda Relazione illustrativa della Camera dei Deputati, *cit.*, pag. 7.

⁶⁰ Così AMATO, *op. cit.*, pag. 21.

⁶¹ Così NATALINI, *op. cit.*, pag. 25.

⁶² Così la Relazione illustrativa della Camera dei Deputati, *cit.*, pag. 7.

in tema di intercettazioni, che ammettono anche motivazioni sintetiche *per relationem*⁶³.

Bisogna però evitare, con la scusa della minore intrusività dei tabulati rispetto alle intercettazioni- minore sì, ma non certo minima! – il rischio di ricorrere a formule di stile che svuotino di fatto l'onere motivazionale, consentendo una indiscriminata estensione di tale strumento investigativo in violazione del principio di proporzionalità.

La norma non specifica di quali soggetti si possano acquisire i dati, se solo di soggetti indagati o anche di terzi.

Come parametro da seguire in via interpretativa, qualora non intervenga il legislatore in sede di conversione del decreto, è opportuno seguire quello delineato dalla Corte di giustizia, secondo cui, in via ordinaria, si devono acquisire soltanto *“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”*⁶⁴.

L'accesso ai dati di terzi non sottoposti a procedimento penale deve avvenire solo in via eccezionale *“in situazioni particolari, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, [...] qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo (v., in tal senso, sentenze del 21 dicembre 2016, Tele2, C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970, punto 119, nonché del 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 188)”*⁶⁵.

La carenza di tale precisazione nel nuovo assetto normativo ha fatto ritenere che sarà inevitabile sollevare questione di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 117 Cost., che vincola la potestà legislativa dello Stato al rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali⁶⁶.

È stato opportunamente sottolineato come la formula adotta *“ai fini della prosecuzione della indagini”* possa comportare il rischio che l'acquisizione dei tabulati venga in concreto limitata ai casi in cui questi possano suffragare l'ipotesi accusatoria, ritenendo preferibile, in una prospettiva *de iure condendo*, una finalizzazione più neutra all'“accertamento dei fatti”⁶⁷.

⁶³ In tal senso NATALINI, *op. cit.*, pag. 26.

⁶⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

⁶⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

⁶⁶ Così FILIPPI, *op. cit.*

⁶⁷ Così MALACARNE, *op. cit.*; ANDOLINA, *La raccolta dei dati relativi alla localizzazione del cellulare ed al traffico telefonico tra inerzia legislativa e supplenza giurisprudenziale*, in *Arch. Pen.* (www.archiviopenale.it), 17.12.2020, pag. 13.

Il pericolo di una simile interpretazione è però bilanciato dal fatto che la norma espressamente prevede la facoltà di proporre istanza di acquisizione dei tabulati in capo al difensore dell'imputato e dell'indagato.

Anche se il requisito della rilevanza è esplicitamente collegato alle "indagini", è pacifico che la richiesta del Pubblico Ministero o l'istanza del difensore al Giudice possano essere proposte non solo nella fase delle indagini preliminari, ma anche in quelle successive, in caso di indagini integrative del PM o di investigazioni difensive, che possono avvenire in ogni stato e grado del procedimento; nelle fasi successive a quella delle indagini, l'autorizzazione spetta al Giudice che procede⁶⁸.

3.4. L'attribuzione al Giudice della competenza a disporre l'acquisizione.

La portata maggiormente innovativa della nuova disciplina, dopo la limitazione dei reati per cui tale attività investigativa è ammissibile, è indubbiamente stata quella di aver attribuito al Giudice e non più al Pubblico Ministero il potere di disporre l'acquisizione dei tabulati.

La Corte di giustizia, infatti, ha chiaramente sancito che *"l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati sia subordinato ad un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente"*⁶⁹ e che tale non può essere considerato il Pubblico Ministero in quanto dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale; inoltre non ha il compito di dirimere in piena indipendenza una controversia, bensì quello di sottoporla, se del caso, al Giudice competente. Come sopra riportato, nel tentativo di salvare la precedente disciplina, si è fatta leva sulla differenza della figura del Pubblico Ministero italiano rispetto a quello estone, oggetto della pronuncia della Corte⁷⁰.

Il Pubblico Ministero, in ogni caso, anche nel nostro ordinamento, non può certo essere considerato una parte "terza", come richiede la Corte di giustizia. Come si legge nella Relazione illustrativa, la modifica legislativa in esame, è in ogni caso avvenuta *"a prescindere da ogni profilo di qualificazione del pubblico ministero (da cui peraltro la Corte di giustizia prescinde, focalizzando l'attenzione sulla posizione parte che esso riveste nel processo)"* in quanto *"l'accesso ai dati esterni alle comunicazioni conservati appositamente per un ampio lasso di tempo per finalità di accertamento o di prevenzione di reati, seppure aggredisca in modo meno invasivo dell'attività di intercettazione il diritto alla riservatezza, tuttavia, non si può certo ritenere parificabile ad un mero provvedimento di sequestro probatorio di beni di cui un indagato abbia la disponibilità (di competenza del solo pubblico ministero), proprio perché,*

⁶⁸ In tal senso FILIPPI, *op. cit.*; si vedano altresì AMATO, *op. cit.*, pag. 20; NATALINI, *op. cit.*, pag. 25; SPANGHER, *op. cit.*, pag. 14.

⁶⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

⁷⁰ Si veda *supra*, para. 2.

prima di tutto, con l'atto qui in valutazione si acquisisce materiale che in se stesso presenta profili di particolare delicatezza e sensibilità (trattandosi di dati idonei a rivelare profili rilevanti della vita privata), ma, soprattutto, la cui conservazione deriva da un obbligo imposto con un atto autoritativo in danno della generalità dei cittadini”⁷¹.

La pronuncia della Corte di giustizia è stata la spinta decisiva che ha finalmente portato il nostro legislatore ad adeguare la disciplina della *data retention* a quanto previsto, prima ancora che dalla normativa e dalla giurisprudenza dell'Unione, dalla nostra Costituzione all'art. 15 che, nell'annoverare la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione tra i diritti inviolabili dell'individuo, sancisce inderogabilmente che *“la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”⁷².*

Tale nuova normativa ha quindi finalmente reso la disciplina dell'acquisizione dei tabulati rispettosa dei principi della riserva di legge e di giurisdizione motivata sanciti dalla Costituzione. I primi commentatori si sono soffermati anche sulla diversità di formulazione tra quanto stabilito in tema di intercettazioni dall'art. 267 c.p.p., ove è chiaramente previsto che le operazioni di intercettazione vengano disposte dal Pubblico Ministero su “autorizzazione” del Giudice, e quanto sancito dal novellato art. 132 in cui si parla di “acquisizione” con decreto motivato del Giudice su richiesta del Pubblico Ministero.

Pur sussistendo tale differenza terminologica, si condivide la tesi secondo cui anche l'attività acquisitiva dei tabulati debba avvenire ad opera del Pubblico Ministero “autorizzato” a ciò dal Giudice⁷³.

3.5. I soggetti legittimati alla richiesta di acquisizione.

I soggetti legittimati all'istanza di acquisizione dei tabulati sono, oltre al Pubblico Ministero, anche il difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini della persona offesa e delle altre parti private.

È stato opportunamente osservato che, pur non essendo precisato dalla norma, anche la richiesta e l'istanza devono essere motivate, per consentire al Giudice il controllo di legalità sui presupposti dell'acquisizione⁷⁴.

Nella nuova disciplina non è più prevista la possibilità per il difensore di richiedere i dati *direttamente* al fornitore, dovendo questi necessariamente presentare una istanza al Giudice.

⁷¹ Così Relazione illustrativa della Camera dei Deputati, *cit.*, pag. 6.

⁷² Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

⁷³ In tal senso BATTARINO, *op. cit.*

⁷⁴ Si veda NATALINI, *op. cit.*, pag. 28.

Questa ipotesi è stata eliminata in attuazione del principio di parità delle parti sancito dall'art. 111 della Costituzione⁷⁵.

3.6. La disciplina d'urgenza.

È stato anche inserito un regime di "urgenza" di acquisizione dei tabulati - analogamente a quanto previsto in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni dall'art. 267 comma 2 c.p.p. - che può avvenire con decreto motivato del Pubblico Ministero e deve essere comunicato entro 48 ore al Giudice, che nelle 48 ore successive deve decidere sulla convalida con decreto motivato (in tema di intercettazioni il termine è invece di 24 ore).

In caso di mancata convalida nei termini previsti, la sanzione prevista è quella dell'inutilizzabilità.

Tale previsione è conforme alle linee fornite dalla la Corte di giustizia, che aveva espressamente previsto la possibilità di "*situazioni di urgenza debitamente giustificate*" in cui "*il controllo deve avvenire entro termini brevi*"⁷⁶.

In caso di mancata convalida per decorso del termine – nonostante il silenzio della norma – si ritiene possibile che il Pubblico Ministero possa richiedere nuovamente l'acquisizione su cui potrà *ex novo* decidere il Giudice, sanando la situazione⁷⁷.

Il Pubblico Ministero dovrà motivare oltre che sulla sufficienza degli indizi e sulla rilevanza ai fini della prosecuzione delle indagini, anche sulle ragioni dell'urgenza e sul pregiudizio che deriverebbe dal ritardo nell'acquisizione⁷⁸.

3.7. La disciplina transitoria.

⁷⁵ Secondo MALACARNE, *op. cit.*, "*in una diversa (e maggiormente condivisibile) prospettiva si era messo in luce come la ritenuta menomazione del canone di cui all'art. 111 Cost. fosse il frutto di un equivoco interpretativo: la facoltà di "accesso diretto" al tabulato esercitata dall'avvocato nient'altro sarebbe se non l'esercizio (delegato) della legittima facoltà di ciascun utente di conoscere i dati esteriori delle proprie comunicazioni. Com'era già stato autorevolmente osservato, infatti, in tali circostanze «l'abbonato – e, per estensione, il suo difensore – non [potrebbe] violare la segretezza delle comunicazioni di cui sia [stato] parte»; si veda altresì NATALINI, *op. cit.*, pag. 28.*

⁷⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

⁷⁷ Così AMATO, *op. cit.*, pag. 20, secondo cui: "*visto che non si tratta di intercettazioni telefoniche (rispetto alle quali rimarrebbe "scoperto" il periodo privo di autorizzazione, con impossibilità di recupero delle registrazioni effettuate), il provvedimento del Giudice dovrebbe senz'altro valere a sanare la situazione, con acquisizione, ora per allora, dei tabulati di interesse. Unica eccezione riguarda l'ipotesi della cosiddetta "localizzazione", giacché la non convalida nei termini impedirebbe di far entrare nel processo il dato compreso nel periodo non coperto dalla convalida.*"

⁷⁸ Sul punto NATALINI, *op. cit.*, pag. 29.

Il testo originario del decreto-legge, prevedeva una norma processuale intertemporale secondo cui: “*i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto possono essere utilizzati, quando l’acquisizione è stata disposta dall’autorità giudiziaria, se ricorrono i presupposti previsti dall’articolo 132, comma 3, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, così come modificato dall’articolo 1 del presente decreto*” (art. 2, comma 1).

Era altresì previsto (art. 2, comma 2) che, nella prima udienza successiva alla data di entrata in vigore del decreto, il Giudice provvedesse con ordinanza, sentite le parti, alla convalida del provvedimento di acquisizione dei dati.

Nei procedimenti in cui non era ancora stata esercitata l’azione penale, avrebbe dovuto provvedere il Giudice per le indagini preliminari all’atto di adozione del primo provvedimento successivo all’entrata in vigore del decreto.

Tale disciplina intertemporale è del tutto scomparsa nella versione definitiva del decreto, lasciando all’interprete la ricerca della soluzione da adottare per i tabulati acquisiti sotto la precedente formulazione dell’art. 132, sino al 29 settembre 2021, cioè al giorno prima dell’entrata in vigore del decreto in esame.

È stato osservato che per i tabulati, in tale periodo, si dovrebbe applicare il principio *tempus regit actum*, tipicamente invocato a regolare la successione di leggi nel tempo per le norme procedurali, con la conseguenza che i tabulati acquisiti sotto la previgente normativa retterebbero quindi utilizzabili⁷⁹.

L’irretroattività della nuova disciplina, come è stato opportunamente osservato, comporterebbe però una “*gravissima mutilazione alla riservatezza della vita privata dei cittadini*”⁸⁰, mantenendo provvedimenti di acquisizione dei dati personali, emessi in passato per decenni dal P.M., in contrasto con le direttive europee.

Alcuni hanno differenziato il regime dell’*acquisizione* da quello dell’*utilizzabilità* dei tabulati: il principio del *tempus regit actum* varrebbe cioè solo per l’acquisizione dei tabulati, ma non per l’utilizzabilità in concreto, ai fini di prova, degli esiti dei tabulati. Questi potranno essere valorizzati probatoriamente solo nel rispetto dei nuovi canoni previsti dal novellato articolo 132 (catalogo dei reati, sufficienza degli indizi, rilevanza investigativa o probatoria)⁸¹.

Sarebbe stato sicuramente auspicabile che la delicata questione del regime transitorio fosse coraggiosamente risolta dal legislatore con una disciplina *ad hoc*.

⁷⁹ Si veda SPANGHER, *op cit.*, pag. 14, NATALINI, *op. cit.*, pag. 29.

⁸⁰ Così FILIPPI, *op. cit.*

⁸¹ Così AMATO, *op. cit.*, pag. 24.

In mancanza di essa, si deve evidenziare che l'applicazione del principio *tempus regit actum* deve fare i conti con il principio del "primato del diritto dell'Unione", cristallizzato dall'art. 11 Cost.

La pronuncia della Corte di giustizia del 2 marzo 2021, in forza del suddetto principio – come ribadito più volte dalla giurisprudenza nazionale⁸² - ha valore vincolante non solo per il Giudice che ha sollevato la questione, ma anche per i casi aventi per oggetto le norme interpretate dalla Corte.

Come è stato autorevolmente osservato⁸³, la giurisprudenza sovranazionale ha anche stabilito che *"l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. 177 chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta che la norma così interpretata può, e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detta norma"*⁸⁴.

I principi sanciti nella sentenza H.K. dovrebbero applicarsi sia alle acquisizioni dei tabulati successive alla pronuncia della Corte, sia a quella antecedenti alla stessa, con la conseguente inutilizzabilità di quelli acquisiti in violazione degli stessi, ai sensi dell'art. 190 c.p.p. in quanto "prove vietate dalla legge".

All'obiezione che l'interpretazione data dalla Corte lussemburghese, per poter essere direttamente applicabile in Italia, sia troppo generica nell'individuazione dei casi in cui i dati possano essere acquisiti, si può rispondere che ora il legislatore ha dato dei parametri ben precisi su *casì* e *modalità* di acquisizione, che potranno quindi essere utilizzati per rendere finalmente la *data retention* italiana - anche quella antecedente al 30 settembre 2021 - conforme al quadro normativo e giurisprudenziale dell'Unione.

4. Conclusioni.

⁸² Corte Cost., 21.6.2010 (dep. 24.6.2010), n. 227, in *Giur. Cost.*, 2010, 3, p. 2598, Corte Cost., 4.7.2007 (dep. 13.7.2007), n. 284, in *Dir. e Giust. online*, 2007; Corte Cost., 4.7.1989 (dep. 11.7.1989), n. 389, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 565 e Corte Cost., 19.4.1985 (dep. 23.4.1985), n. 113, in *Riv. Dir. agr.*, 1987, II, p. 330, secondo cui *"le sentenze della Corte di giustizia vincolano il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale, che in sede di procedura d'infrazione"* (è quella del 2010 o tutte?). di recente, rileva anche Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9.6.2016, n. 811; v. anche Cass. Pen., 17.5.2019, n. 13425 nonché Cass. Pen., Sez. V, 16.3.2012 (dep. 11.6.2012), n. 22577.

⁸³ Si veda LEO, *op. cit.*, pag. 16; nello stesso senso MALACARNE, *op. cit.*

⁸⁴ Corte di giustizia, 27 marzo 1980, causa 61/1979 (cd. sentenza Denkavit).

La nuova disciplina sul regime di acquisizione dei tabulati ha immediatamente sollevato aspre critiche, principalmente da parte delle Procure, che hanno stigmatizzato, come conseguenze, il rallentamento della giustizia, l'intasamento delle cancellerie dei Giudici, nonché sostenuto la poca invasività dell'acquisizione dei tabulati e l'autonomia e l'indipendenza del Pubblico Ministero italiano⁸⁵.

Si è anche ipotizzato che la nuova disciplina sia affetta da vizi di legittimità costituzionale per difetto del requisito di omogeneità, in quanto il decreto che l'ha introdotta ha per oggetto una pluralità di norme che non riguardano soltanto la materia della giustizia⁸⁶.

Dall'analisi sopra svolta, emerge chiaramente come tale intervento legislativo, seppur perfettibile, debba essere positivamente considerato per diverse ragioni.

Non si può più sostenere che l'acquisizione di dati telefonici e telematici sia un'attività di indagine poco lesiva della *privacy* dell'individuo.

Con lo sviluppo della tecnologia e l'ormai diffuso uso della telefonia digitale, i dati esteriori delle comunicazioni possono offrire addirittura più informazioni sensibili rispetto ai contenuti delle intercettazioni.

Come è stato condivisibilmente notato, spesso le persone, anche se non hanno ragioni effettive di preoccupazione, sono cosce del frequente uso di intercettazioni e al telefono non parlano più di tanto e spesso o utilizzano un linguaggio cifrato⁸⁷. Ben di più invece dicono, per esempio, i dati telematici, la consultazione di siti e applicazioni, SMS, MMS, e-mail, la geolocalizzazione, di un'utenza mobile non solo *ex post*, ma anche in tempo reale, attraverso il

⁸⁵Si vedano la critica di G. PESTELLI, *op. cit.*, nonché le dichiarazioni rilasciate alla stampa da Musolino, in <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/09/29/la-nuova-legge-sui-tabulati-telefonici-non-tutela-la-privacy-ma-rallenta-inchieste-e-processi-e-su-alcuni-reati-sara-piu-difficile-indagare/6336987/>.

⁸⁶ In tal senso PESTELLI, *op. cit.*, secondo cui costituisce "principio ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale quello per cui il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti fattuali di cui all'art. 77, comma 2, Cost. per l'esercizio senza delega della potestà legislativa da parte del Governo implica la necessità di «una intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico», richiedendo per il suo rispetto un «insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo»; per cui, al contrario, l'inserimento all'interno di uno stesso provvedimento d'urgenza di norme eterogenee tra loro, quanto all'oggetto o alla loro finalità, spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo in ordine all'urgenza del provvedere ed il «caso» che lo ha reso necessario, «trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale» (così Corte cost. n. 22/2012)".

⁸⁷ Così LEO, *op. cit.*, p. 5

c.d. “*positioning*”, cioè un pedinamento elettronico realizzabile anche quando il soggetto non telefona.

Attraverso l’intelligenza artificiale è oggi possibile rielaborare ed incrociare i metadati raccolti attraverso i tabulati ed arrivare addirittura ad una “*profilazione*” del soggetto⁸⁸.

Inoltre, il trattamento algoritmico dei metadati può essere reso ancora più invasivo attraverso l’analisi incrociata con i dati c.d. *open source*, cioè le informazioni su fonti aperte accessibili a tutti, per esempio quelle ricavabili dai *social network*.

Con l’acquisizione dei tabulati vengono quindi acquisiti anche tutti questi ulteriori dati, sovrabbondanti spesso rispetto a quelli che servono concretamente sul piano della prova, con conseguente evidente violazione del principio di proporzionalità⁸⁹.

Ormai molteplici e autorevoli fonti hanno segnalato la rilevante invasività della *data retention* e la “*frizione*” della stessa con i diritti fondamentali dell’individuo.

La Corte di giustizia è ben consapevole che “*l’accesso a un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all’ubicazione, [...] può effettivamente consentire di trarre conclusioni precise, o addirittura molto precise, sulla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini della vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o di altro tipo, le attività esercitate, le relazioni sociali di tali persone e gli ambienti sociali da esse frequentati*”⁹⁰.

Nel nostro ordinamento, la Corte Costituzionale ha in più occasioni ribadito la notevole capacità intrusiva di tale strumento di investigazione, rimarcando che deve soggiacere alle garanzie richieste dall’art. 15 Cost. in rapporto alle limitazioni della libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione, essendo “*notorio che i tabulati consentono di apprendere e individuare non solo tutti i contatti con altre utenze e la loro collocazione temporale, ma – se si tratta di apparecchi mobili – anche il cosiddetto “tracciamento”. Vale a dire le localizzazioni e gli spostamenti dei soggetti detentori dell’apparecchio*”⁹¹.

⁸⁸ Si vedano le osservazioni NATALINI, *op. cit.*, pag. 5 e ss.; NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *Sistema penale*, fasc. 5/2020, p. 195.

⁸⁹ Si vedano le osservazioni di LEO, *op.cit.*, pag. 5.

⁹⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18.

⁹¹ Corte Cost., 26 maggio 2010 (dep. 28 maggio 2010), n. 188; sulla riferibilità della garanzia di cui all’art. 15 Cost. anche ai dati esteriori relativi alle comunicazioni telefoniche, offerti dai tabulati, si vedano Corte Cost., 6 novembre 2006 (dep. 14 novembre 2006), n. 372; Corte Cost., 25 marzo 1998 (dep. 1° aprile 1998), n. 81; Corte Cost., 26 febbraio 1993 (dep. 11 marzo 1993).

Anche la Corte Europea per i Diritti dell’Uomo, sempre attenta alla materia e agli sviluppi degli strumenti di indagine tecnica e scientifica, nella nota sentenza *Big Brother Watch contro il Regno Unito* del 13 settembre 2018 - censurando il Governo del Regno Unito per aver autorizzato misure di sorveglianza di massa delle telecomunicazioni in violazione degli artt. 8 e 10 della CEDU - ha equiparato, sotto il profilo della gravità, l’ingerenza derivante dall’acquisizione dei dati esterni a quella avente ad oggetto i contenuti delle intercettazioni (in particolare si fa riferimento alla geolocalizzazione in tempo reale, ritenuta un’ingerenza ancora più intensa della ricostruzione storica degli spostamenti effettuata tramite il cellulare)⁹². Tale pronuncia è stata confermata dalla Grande Camera in data 25 maggio 2021⁹³.

Con il decreto in esame, finalmente, il legislatore italiano si è adeguato, in tale delicata materia, che ha ad oggetto un diritto fondamentale

⁹² Corte Edu, 13 settembre 2018, *Big Brother Watch c. Regno Unito*, nn. 58170/13, 62322/14 e 24960/15. Gli avvenimenti che hanno portato a questa decisione sono stati le c.d. rivelazioni di Edward Snowden, informatico, attivista e *whistleblower* che, nel giugno 2013, tramite il *The Guardian* e il *The Washington Post*, ha reso pubblici dettagli di alcuni programmi di sorveglianza di massa che prevedevano la raccolta massiva di dati, metadati, comunicazioni elettroniche e il loro contenuto, e la loro conservazione nel lungo periodo, anche di soggetti al di fuori delle rispettive giurisdizioni, e il potenziale scambio di tali dati tra i Paesi, implementati dall’agenzia statunitense *National Security Agency* (NSA) e dalla agenzia governativa britannica *Government Communications Headquarters* (GCHQ). In tale sentenza si è ritenuto che, sotto alcuni profili, il sistema di sorveglianza inglese violi la CEDU. Sedici ricorrenti (associazioni e giornalisti) operanti nel campo delle libertà civili, avevano lamentato che i servizi segreti inglesi, in accordo con quelli americani, avrebbero istituito un programma d’intercettazione di massa, con ricerca, selezione, archiviazione e trasmissione dei dati raccolti dai servizi di comunicazione. Secondo i ricorrenti tale programma discriminava maggiormente i cittadini residenti fuori dal Regno ritenuti più suscettibili ad essere oggetto di queste intercettazioni. La CEDU premette che di per sé le intercettazioni di massa non violano la Cedu se sono adottate tutte le garanzie enunciate dalla sua prassi, ma nella fattispecie non sono state rispettate, perciò ha ravvisato plurime violazioni dell’art. 8 Cedu. Infatti il sistema con cui le autorità ottengono i dati dai fornitori di servizi della comunicazione non è conforme ai requisiti legali previsti da questa norma, è insufficiente la sorveglianza sulle scelte dei providers che effettuano le intercettazioni, “setacciano” la rete, ricercano e selezionano i dati intercettati da esaminare e le garanzie legate a quest’ultima fase sono inadeguate. Questi sistemi d’intercettazione di massa e di ottenimento dei dati dai fornitori di servizi per la comunicazione violano anche il combinato degli art. 8 e 10 perché non offrono garanzie atte a tutelare le fonti giornalistiche confidenziali. Si vedano LEO, *op.cit.* pag. 5; NERONI REZENDE, *op.cit.*, pag. 195.

⁹³ Corte Edu, 25 maggio 2021, Grande Camera, *Big Brother Watch c. Regno Unito*, nn. 58170/13, 62322/14 e 24960/15

dell'individuo, ai rigorosi parametri da anni imposti dalle direttive europee e dalla giurisprudenza sovranazionale.

È auspicabile che il legislatore intervenga in tempi brevi anche sulla *durata dei termini di conservazione* dei tabulati⁹⁴, che oggi, per i reati più gravi, possono arrivare sino a 6 anni⁹⁵: anche il “tempo” per cui i dati vengono conservati va, infatti, ad incidere sul principio di proporzionalità, che, come si evince dalle pronunce della Corte di giustizia, deve essere il “faro” che illumina e guida la disciplina della *data retention*.

⁹⁴ Anche il Garante per la protezione dei dati personali nel “*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 - 10 settembre 2021*” ha evidenziato che “*resta, tuttavia, da adeguare alla giurisprudenza di Lussemburgo la disciplina della durata della conservazione dei tabulati, considerando anzitutto che la direttiva CE 2006/24 (la quale prevedeva un termine massimo di conservazione di ventiquattro mesi) è stata invalidata dalla Corte per violazione, in particolare, del canone di proporzionalità. La legittimità dell’acquisizione dei tabulati – obiettivo perseguito dallo schema di decreto-legge, come si evince dallo stesso preambolo- esige, infatti, una parimenti legittima conservazione (alla prima preordinata), che tale potrebbe non ritenersi se incompatibile con il principio di proporzionalità, secondo cui, come chiarito dalla citata sentenza Tele2 Sverige, “le deroghe e le restrizioni alla tutela dei dati personali” devono intervenire “entro i limiti dello stretto necessario (sentenze del 16 dicembre 2008, Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia, C 73/07, EU:C:2008:727, punto 56; del 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke e Eifert, C 92/09 e C 93/09, EU:C:2010:662, punto 77; Digital Rights, punto 52, nonché del 6 ottobre 2015, Schrems, C 362/14, EU:C:2015:650, punto 92)”. Alla luce di tale criterio andrebbe, dunque, ripensato- se del caso anche in sede di conversione del decreto-legge- il termine di conservazione di settantadue mesi previsto dalla disciplina vigente, riconducendolo entro margini maggiormente compatibili con il canone di proporzionalità, tenendo conto dei precedenti sui quali la Corte di giustizia dell’Unione europea ha avuto modo di pronunciarsi”.*

⁹⁵ Come già evidenziato *supra*, i termini di conservazione oggi sono così scanditi: 30 giorni dalla data della chiamata, se si tratta di chiamate senza risposta; 12 mesi dalla data della comunicazione, se si tratta di dati di traffico telematico; 24 mesi dalla data della comunicazione in ordine ai rimanenti dati del traffico telefonico; 72 mesi (6 anni) al fine di permettere l’accertamento e la repressione di reati di terrorismo e delle altre fattispecie indicate negli artt. 51 comma 3-quater e 407, comma 2 lett. a) c.p.p., come previsto dall’art. 24 della L. n. 167/2017.