

Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico

Il bilanciamento tra privacy e repressione del fenomeno criminale
nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore

Communication Data and Activity Records

*The Balance between Privacy and Security
in the Dialogue between Case Law and the Legislature*

MATTEO RICCARDI
Avvocato

TABULATI DI TRAFFICO, DIRITTO ALLA PRIVACY

ACTIVITY RECORDS, RIGHT TO PRIVACY

ABSTRACT

Il presente contributo offre un'ampia panoramica sullo strumento investigativo dei tabulati di traffico, recanti i dati esteriori delle comunicazioni telefoniche e telematiche, passando in rassegna gli approdi più significativi del formante giurisprudenziale e dottrinale. Tale mezzo di ricerca della prova si colloca al centro dell'incessante dibattito sulla natura dei dati esteriori, che vede contrapposte istanze di repressione del fenomeno criminale e garanzie individuali a rilevanza costituzionale. L'attuale disciplina normativa è il risultato di una lunga evoluzione storica che, nel tentativo di operare un bilanciamento tra interessi antagonisti, ha dovuto contemperare le esigenze operative degli organi inquirenti e il fondamentale diritto alla privacy, tutelato dalle fonti sovranazionali convenzionali ed eurounitarie.

This article provides a broad overview of the investigative tool of activity records containing data external to telephone and email communications by way of reviewing the most significant achievements shaping case law and doctrine. This means of investigation is at the centre of a constant debate on the nature of external data, which contrasts security instances with individual rights of constitutional significance. The current regulatory standard is the result of a lengthy historical evolution that, in an attempt to act as a balancing tool between opposing interests, has had to moderate the operative needs of the investigative entities with the fundamental right to

SOMMARIO

0. Premessa. – 1. La “pietra miliare” in tema di tabulati. – 2. L’approccio giurisprudenziale ai tabulati. – 3. Le Sezioni Unite *Galleri*: un’inammissibile inversione di rotta. – 4. Il nuovo intervento della Corte costituzionale. – 5. L’atteso *revirement* delle Sezioni Unite e il definitivo assestamento della giurisprudenza. – 6. La *data retention* nel sistema previgente il Codice della *privacy*. – 7. I tabulati nel Codice della *privacy* e un percorso fin da subito “in salita”. – 8. Le modifiche introdotte dalla legge di conversione 26 febbraio 2004, n. 45. – 9. Le novità del “decreto Pisanu”: un (auspicabile) ritorno al passato. – 10. La “direttiva Frattini” e il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109: ultimo atto? – 11. Il “congelamento” dei dati e l’articolo 254-*bis* c.p.p.: rapporti controversi con la disciplina ordinaria dei tabulati. – 12. Il tentativo di riforma del disegno di legge Alfano: *lapsus* di un legislatore poco attento o pericolosa ambiguità? – 13. Le recenti novità introdotte dal “decreto antiterrorismo”.

0.

Premessa.

La categoria concettuale dei dati esteriori delle comunicazioni è adoperata in dottrina e in giurisprudenza per indicare una serie di elementi eterogenei, attestanti il fatto storico di una comunicazione già avvenuta e coesenziali alla stessa, che consentono agli operatori giudiziari di ricostruire il flusso di traffico telefonico e telematico relativo a una certa utenza.

I dati esteriori sono principalmente condensati nel supporto materiale (oggi raramente di natura cartacea, ma perlopiù informatica) dei tabulati di traffico, che, pur non esauendo le ipotesi di rilevanza pratica degli stessi¹, ne rappresentano tuttavia lo strumento privilegiato di impiego nel processo penale.

I tabulati (*rectius*, la loro procedura di acquisizione) costituiscono un mezzo di ricerca della prova relativamente recente², che ha fatto presto registrare un largo impiego nelle indagini preliminari grazie alla rilevanza – e talora all’indispensabilità – del contributo da essi prestato anche in procedimenti per reati particolarmente gravi³; il tabulato, infatti, diversamente dall’intercettazione, «consente di rivolgere uno sguardo investigativo anche al passato»⁴, garantendo l’acquisizione retrospettiva degli elementi esterni di una comunicazione⁵, quali il luogo, la data, l’ora e la durata della comunicazione, nonché il numero del chiamante e del destinatario⁶.

Il tabulato si caratterizza così per la propria inidoneità strutturale e funzionale a svelare il contenuto del rapporto comunicativo, individuandone soltanto il profilo formale e fungendo da *pendant* rispetto al contiguo strumento delle intercettazioni di cui agli articoli 266 ss. c.p.p., che invece cristallizzano l’aspetto sostanziale dello stesso.

La regolamentazione attualmente vigente in materia affonda le proprie radici nel lungo e

¹ A titolo meramente esemplificativo, si può ricordare l’attività di rilevazione dei dati delle chiamate (relativi a utenze contattate, giorno, ora e durata delle conversazioni), segnalati sul *display* di un telefono cellulare e contenuti nella memoria del dispositivo. Sul punto, Cass., sez. IV, 8 maggio 2003, Lanzetta, in *Cass. pen.*, 2006, 536, con nota di RENZETTI, *Acquisizione dei dati segnalati sul display del cellulare: il rischio di una violazione dell’art. 15 Cost.*, non ha ritenuto necessario, ai fini della loro utilizzazione, il decreto autorizzativo del giudice per le indagini preliminari in quanto tali elementi non sono assimilabili al contenuto di conversazioni o comunicazioni telefoniche; in tema, più recentemente, Cass., sez. I, 13 marzo 2013, n. 24219, in *DeJure*.

² Già l’articolo 226 comma 3 c.p.p. abr. – a differenza del Codice attuale – attribuiva espressamente agli ufficiali di polizia giudiziaria il potere di accedere «per i fini del loro servizio» agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio per «assumere informazioni»: tra le anzidette «informazioni» erano comunemente incluse le notizie sul traffico telefonico, anche ai fini della identificazione dell’apparecchio utilizzato per effettuare le chiamate.

³ Sottolinea tale aspetto, citando taluni casi emblematici, SPATARO, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, atti del seminario “Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali”, Pisa 11-12 marzo 2016, in *Quest. giust.*, Speciale, settembre 2016, 196; così anche CAJANI, *Alla ricerca del log (perduto)*, in *Dir. internet*, 2006, n. 6, 572 ss.; VACIAGO, *Digital evidence. I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell’indagato*, Torino, 2012, 26; Id., *La disciplina normativa sulla data retention e il ruolo degli Internet service provider*, in AA.VV., *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, a cura di Lupària, Milano, 2012, 141.

⁴ APRILE-SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali: innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Milano, 2004, 139.

⁵ Ricorda FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 24 ss., che, in passato, mentre per le utenze fisse l’ente gestore del servizio registrava solo i c.d. scatti (ma non le utenze chiamate, né la data, l’ora e la durata della comunicazione), per le utenze mobili tale registrazione avveniva (e avviene) automaticamente; attualmente, peraltro, non esiste più alcuna differenziazione e, dunque, è possibile fare riferimento indistintamente ai dati esteriori delle comunicazioni avvenute tramite telefoni fissi e cellulari.

⁶ Il tabulato relativo a un’utenza mobile indica, tra gli altri dati: le chiamate uscenti (sono comprese tutte le chiamate, anche gratuite, come quelle verso numeri verdi o servizi d’emergenza); le chiamate entranti (sia da rete fissa che da rete mobile, incluse quelle provenienti da reti internazionali); il luogo di ubicazione degli apparati all’atto dell’effettuazione delle conversazioni telefoniche, tramite l’identificazione della c.d. cella impegnata; il codice IMEI; eventuali ricariche della scheda effettuate attraverso sportelli *bancomat*.

incerto cammino che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha compiuto in passato, nel tentativo – in assenza di una disciplina *ad hoc* – di individuare un referente normativo idoneo a consentire l’acquisizione dei tabulati, nel pieno rispetto delle garanzie costituzionali in materia di comunicazioni⁷.

L’esegesi delle prassi applicative giurisprudenziali costituisce un passaggio indispensabile per procedere all’esame dell’odierna disciplina, contenuta nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice della *privacy*) che, intervenuto sotto l’influsso delle istanze comunitarie a normare la conservazione e l’acquisizione dei dati di traffico telefonico e telematico, si è distinto per l’adozione di soluzioni oscillanti nella delicata opera di bilanciamento tra esigenze di tutela delle libertà individuali e istanze di prevenzione e repressione dei reati⁸.

1.

La “pietra miliare” in tema di tabulati.

In apertura di trattazione, appare doveroso dar conto di una “storica” pronuncia della Corte costituzionale sulla natura giuridica e sulle modalità di acquisizione dei tabulati – ancora oggi fondamentale per la permanente attualità dei principi espressi – che ha “aperto la strada” alla successiva produzione giurisprudenziale e dottrinale, imponendo una più meditata riflessione sulla tematica in esame.

La Corte, chiamata a pronunciarsi su una questione di legittimità costituzionale dell’articolo 266 c.p.p. in relazione al parametro dell’articolo 15 Cost.⁹, ha affrontato tre distinti ma complementari profili afferenti il tema dei dati esteriori delle comunicazioni¹⁰.

In prima battuta, la Corte ha rigettato il tentativo del giudice remittente di ottenere una pronuncia additiva che estendesse ai tabulati le garanzie codicistiche in materia di intercettazioni, motivando l’esito di infondatezza sulla base della differenza strutturale degli istituti che il giudice *a quo* avrebbe voluto equiparare quanto a regime normativo: erano (e sono tuttoggi) le stesse disposizioni degli articoli 266 ss. c.p.p. a individuare il proprio oggetto esclusivo in «quelle tecniche che consentono di apprendere, *nel momento stesso in cui viene espresso, il contenuto* di una conversazione o di una comunicazione», non essendo estensibili al diverso ambito dei dati esteriori della comunicazione stessa¹¹.

Tale affermazione, purtuttavia, non ha impedito di affrontare la questione posta “a monte” circa la riconducibilità del fatto storico delle comunicazioni allo spettro di tutela garantito dall’articolo 15 Cost.; in questo caso, la risposta della Corte è stata positiva, nel senso che i dati esterni, condensati nei tabulati, rientrano appieno nella rete di garanzie – riserva di legge e riserva di giurisdizione – apprestata dal citato parametro costituzionale, al pari del contenuto

⁷ Per un sintetico quadro giurisprudenziale, cfr. CAMPILONGO, *L’obbligo di motivazione in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni: questioni interpretative e problemi applicativi*, in *Cass. pen.*, 2005, 3196 ss.

⁸ In particolare, in merito all’incidenza di tale disciplina sul diritto alla riservatezza, cfr. LUPÀRIA, *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, in LUPÀRIA-ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L’accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Milano, 2007, 178 ss; cfr. anche RODOLFI, *Il regime normativo della data retention nell’ordinamento italiano. Stato attuale e problematiche concrete*, in *Cib. dir.*, 2010, 147 ss.

⁹ Pret. Macerata, ord. 8 aprile 1992, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 512. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata nel corso di un giudizio penale ove, a seguito dell’opposizione a decreto penale di condanna per il reato di cui all’articolo 660 c.p., il pubblico ministero aveva presentato richiesta di produrre in giudizio un tabulato, attestante giorni e ore in cui l’utenza telefonica nella disponibilità dell’imputato aveva contattato l’utenza intestata alla persona offesa querelante. La difesa dell’imputato si era opposta a tale richiesta, eccependo che l’acquisizione del tabulato era avvenuta durante la fase delle indagini preliminari senza il rispetto delle garanzie di cui agli articoli 266 ss. c.p.p. in materia di intercettazioni. Il Pretore, nel valutare l’ammissibilità delle prove dedotte, aveva sollevato d’ufficio la questione di legittimità dell’articolo 266 c.p.p.: infatti, nella piena consapevolezza che la nozione di intercettazione si riferisce al solo contenuto della comunicazione, riteneva che fossero indebitamente escluse dalla relativa disciplina «quelle operazioni tecniche [...] le quali [...] comportano tuttavia l’acquisizione da parte di estranei della conoscenza del *fatto storico* che tra determinate persone vi sia stata una ben individuata conversazione telefonica ad una data ora del giorno» e, per questa ragione, sosteneva che l’articolo 266 c.p.p. contrastasse con l’articolo 15 Cost., il cui ambito di operatività – secondo il remittente – avrebbe ricompresso anche «il fatto stesso che una persona abbia voluto comunicare».

¹⁰ Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, I, 731 ss., con nota di PACE, *Nuove frontiere della libertà di “comunicare riservatamente” (o piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*.

¹¹ Invero, secondo la Corte, i contenuti normativi delle disposizioni codicistiche «sono conformati esclusivamente a operazioni relative all’intercettazione del contenuto di conversazioni (telefoniche)», il che «si deduce con estrema chiarezza dal complesso delle norme previste in quegli articoli», concernenti «operazioni e modalità di azione» che si possono rapportare unicamente a ipotesi in cui avvenga l’apprensione del contenuto di una data comunicazione. Adesivamente, in dottrina, CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 30; CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 166; FUMU, sub artt. 266-271, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 777; PARODI, *Le intercettazioni: profili operativi e giurisprudenziali*, Torino, 2002, 53 ss.

delle comunicazioni¹².

Sotto questo profilo, l'impostazione adottata non è parsa pienamente convincente con riferimento a quei casi in cui il titolare del diritto utilizzi un mezzo che richieda, per la propria operatività, il compimento di operazioni materiali o tecniche che importano l'identificazione dei soggetti della comunicazione (quale, ad esempio, la corrispondenza epistolare, ove la conoscenza del dato esteriore da parte degli operatori è strettamente connessa alla funzionalità del mezzo): ipotesi in cui, dunque, la tutela apprestata dalla Costituzione non dovrebbe estendersi a quegli aspetti che, per ragioni tecniche, non sono e non possono essere segreti¹³.

Svolgendo le premesse esplicitate, la Corte ha affrontato un ultimo aspetto, concernente l'individuazione dello strumento processuale concretamente utilizzabile per l'acquisizione dei tabulati a fronte della mancanza di una qualsivoglia disciplina specificamente dedicata: la soluzione escogitata ha fatto perno sull'articolo 256 c.p.p.¹⁴, che impone un generale «dovere di esibizione» a carico dei soggetti indicati negli articoli 200 e 201 c.p.p. (tenuti, rispettivamente, al segreto professionale e d'ufficio), tra cui possono essere fatti rientrare anche gli incaricati del servizio telefonico, quando venga loro richiesta dall'autorità giudiziaria la consegna di atti e documenti¹⁵.

Il giudice costituzionale, infine, ha dettato un corredo di requisiti minimi che il provvedimento *ex* articolo 256 c.p.p. avrebbe dovuto rispettare per risultare conforme alle regole che la Costituzione medesima pone direttamente, con «norme precettive», a tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni; ciò in quanto, come è stato affermato a partire dalla sentenza 6 aprile 1973, n. 34, «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a

¹² Nei passaggi argomentativi più importanti la Corte, aderendo ai principi già espressi dalla consolidata giurisprudenza costituzionale (tra le altre, Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, I, 326; Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giur. cost.*, 1991, II, 2917), conferma che «l'ampiezza della garanzia apprestata dall'articolo 15 della Costituzione [...] è tale da ricomprendere non soltanto la segretezza del contenuto della comunicazione, ma anche quella relativa all'identità dei soggetti e ai riferimenti di tempo e di luogo della comunicazione stessa», atteso che, in un'ottica di massima espansività della garanzia costituzionale, «anche le informazioni esterne alla conversazione [...] possono possedere una accentuata valenza divulgativa di notizie caratterizzanti la personalità dell'autore». In dottrina, nello stesso senso, CAMON, *op. cit.*, 28; DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. it.*, 1995, I, 111 ss.; FILIPPI, *op. cit.*, 25 ss.; PARODI, *op. cit.*, 54; POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15 comma 1 della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1993, 2748. *Contra*, CAPRIOLI, *op. cit.*, 68 ss.; FUMU, *op. cit.*, 777; ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963, 87 e 291; PACE, *Nuove frontiere*, cit., 743 ss.; Id., *Problematica delle libertà costituzionali*, parte speciale, 2ª ed., Padova, 1992, 251; TROISIO, voce *Corrispondenza (libertà e segretezza della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 5; ZACCARINI, *Libertà e segretezza della corrispondenza*, in *Riv. pen.*, 1955, 449 ss.

¹³ Così, PACE, sub art. 15, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1977, 94; Id., *Nuove frontiere*, cit., 743.

¹⁴ Sul punto non vi è univocità di opinioni in dottrina. Per DOLSO, *Ipotesi sulla possibilità di un diverso esito utilizzando il parametro della «ragionevolezza»*, in *Giur. cost.*, 1993, II, 2117, la Corte ha implicitamente disconosciuto l'utilizzabilità dell'articolo 256 c.p.p., ritenendo «fuorviante» il riferimento fatto dall'Avvocatura dello Stato, in quanto carente di quel «nesso funzionale univoco con la libertà di comunicazione»; per FILIPPI, *op. cit.*, 28 ss., l'articolo 256 c.p.p. violerebbe l'articolo 15 Cost., sia sotto il profilo della riserva di legge («la norma non pone alcuna delle «garanzie stabilite dalla legge» prescritte dall'art. 15 Cost.» in quanto «nemmeno «i casi e i modi» dell'acquisizione [...] sono specificati», «non precisa per quali reati [...] né indica il presupposto [...] e le finalità [...] né l'oggetto dell'acquisizione»), sia sotto il profilo della riserva di giurisdizione, consentendo anche al pubblico ministero di acquisire i dati esteriori. *Contra*, PACE, *Nuove frontiere*, cit., 747; PARODI, *op. cit.*, 54; POTETTI, *op. cit.*, 2749.

¹⁵ CAMON, *Sull'inutilizzabilità nel processo penale dei tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi «cellulari», acquisiti dalla polizia senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 3725 ss., proponeva una soluzione alternativa. Per l'Autore l'istituto che meglio avrebbe potuto disciplinare l'acquisizione dei tabulati (peraltro in riferimento alla sola telefonia cellulare) è il sequestro di corrispondenza di cui all'articolo 254 c.p.p.: è vero che l'acquisizione dei tabulati è «un sequestro per certi aspetti anomalo: non permette di conoscere il contenuto del colloquio; non interrompe il corso normale del messaggio; e si attua quando la comunicazione è già esaurita», ma tali differenze non sono così rilevanti da escludere una lettura estensiva della disposizione. È possibile, perciò, individuare una «evidente identità di ratio» tra i due istituti (entrambi sacrificano il diritto al segreto e immettono nel procedimento una *res* formatasi al di fuori di esso), che può essere apprezzata alla luce della considerazione, di carattere «quantitativo», per cui i tabulati, sotto il profilo della lesione della *privacy*, sono uno strumento non meno penetrante del sequestro, atteso che «permettono di «ricostruire» settimane o mesi di telefonate, mentre il sequestro, di regola, colpisce un solo atto di comunicazione». In senso contrario, ZACCHE', *Acquisizione di dati esterni ai colloqui telefonici*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 340.

carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»¹⁶.

Pertanto, ferma la discrezionalità del legislatore nello stabilire una disciplina maggiormente dettagliata, il «livello minimo di garanzie» così individuato comprendeva una serie di «requisiti soggettivi di validità», consistenti nell'«atto dell'autorità giudiziaria, sia questo il pubblico ministero, il giudice per le indagini preliminari o il giudice del dibattimento», e di «requisiti oggettivi», che si specificavano nella «sussistenza e adeguatezza della motivazione», «diretta a dimostrare la sussistenza in concreto di esigenze istruttorie volte al fine, costituzionalmente protetto, della prevenzione e della repressione dei reati».

Tali garanzie – secondo la Corte – non rappresentavano una mera enunciazione di principio, ma «un parametro di validità che spetta al giudice *a quo* applicare direttamente al caso di specie» per valutare la concreta ammissibilità del tabulato.

Affermata per tale via l'operatività della riserva di giurisdizione, la Corte ha invece omesso di considerare il profilo della riserva di legge, anch'essa «imposta» dall'articolo 15 comma 2 Cost.: a fronte di tale lacuna interpretativa, la dottrina era parsa propensa a un suo recupero anche in relazione all'ipotesi «minore» di sacrificio della libertà costituzionale, quale si configura in caso di acquisizione dei dati esterni.

Una simile soluzione si imponeva, a maggior ragione, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di tutela dei dati esteriori, in relazione all'articolo 8 paragrafo 1 CEDU, che sancisce il diritto di ogni persona «al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza»¹⁷: il *metering* rappresenta una «ingerenza» nell'esercizio di tale diritto e, dunque, risulta ammissibile solo nei casi specificamente previsti dal legislatore ordinario.

2. L'approccio giurisprudenziale ai tabulati.

A fronte degli importanti principi enunciati nella sentenza appena esaminata, la giurisprudenza ha mostrato allarmanti segnali di disorientamento, adottando soluzioni caratterizzate da un elevato grado di disomogeneità e, in certi casi, addirittura antitetico al *dictum* della

¹⁶ Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit., 337 ss. Tale principio aprì la strada all'elaborazione della categoria delle c.d. prove incostituzionali (a cui, per la vastità della tematica, è il caso solo di accennare), che identifica le prove assunte con modalità, metodi e comportamenti lesivi dei diritti fondamentali dell'individuo, da considerarsi inutilizzabili nel processo. In altri termini, si tratta di quelle prove che, nel vigore del codice abrogato, erano ritenute inutilizzabili «a prescindere dal fatto che la legge contempri divieti espliciti al loro impiego *in iudicio*» (GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, 341; nello stesso senso, ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 140 ss.). Attualmente, la sanzione di inutilizzabilità viene fatta discendere dalla norma «valvola» di cui all'articolo 191 comma 1 c.p.p. («prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge»): al riguardo è stato affermato in giurisprudenza (Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268) che sono prove inutilizzabili non solo quelle «oggettivamente vietate», ma anche quelle «formate od acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione». Sull'argomento, cfr. anche ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 506 ss.; CALAMANDREI, *Acquisizione dei dati esteriori di una comunicazione ed utilizzazione delle prove c.d. incostituzionali*, in *Giur. it.*, 1999, II, 1694 ss.; CAMON, *Sulla inutilizzabilità*, cit., 3728; Id., *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, 1210 ss.; CAPRIOLI, *op. cit.*, 237 ss.; DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 75 ss.; FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1395.

¹⁷ Corte EDU, 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, in *Publications of the european court of human rights*, 1984, serie A, vol. 82, 37 ss. Si tratta della decisione in cui la Corte si è occupata del c.d. *metering* o *comptage*, ossia dell'attività di registrazione automatica dei dati esteriori delle chiamate telefoniche: nel caso di specie, la Corte ha affermato che «i verbali delle registrazioni contengono informazioni, in particolare i numeri digitati, i quali costituiscono un elemento integrante della comunicazione telefonica» e ha concluso che «di conseguenza, la consegna di queste informazioni alla polizia, senza il consenso dell'abbonato, si risolve [...] in un'interferenza con il diritto garantito dall'art. 8». E, com'è noto, l'articolo 8 paragrafo 2 CEDU stabilisce che una tale ingerenza sia ammissibile in quanto prevista dalla legge («*in accordance with the law*»), oltre che necessaria («*the necessity of interference*») in una società democratica a perseguire una delle finalità indicate. In tempi più recenti, la Corte ha avuto modo di confermare che la conservazione dei dati concernenti l'individuo rappresenta un'ingerenza nella vita privata ex articolo 8 CEDU, censurando la legge svizzera in materia in quanto poco precisa e dettagliata e dunque contraria allo stesso articolo 8 paragrafo 2 CEDU (Corte EDU, Grande Camera, 16 febbraio 2000, Amann c. Svizzera, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 645). Da ultimo, Corte EDU, 1 marzo 2007, Heglás c. Repubblica Ceca, in *Cass. pen.*, 2007, 3947 ss., con nota di DE MATTEIS, nel ribadire che anche il mero elenco cronologico delle chiamate tra più utenze ricade sotto la tutela dell'articolo 8 CEDU, ha ritenuto, nel caso di specie, che l'acquisizione dei tabulati non rispondesse ai criteri del paragrafo 2, poiché integrava un'ingerenza non «prevista dalla legge», essendo stata introdotta la relativa disciplina a indagini già concluse. A livello sovranazionale, analoga tutela è garantita anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, in stretta connessione con il rispetto della vita privata e familiare (articolo 7), attribuisce autonoma rilevanza alla «protezione dei dati di carattere personale» (articolo 8): il loro «trattamento», ossia la raccolta e la conservazione degli stessi, soggiace al rispetto del «principio di lealtà», a «finalità determinate» e al «consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge». Sul tema, ANDOLINA, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3; nonché BALSAMO-TAMINETTI, *Le intercettazioni tra garanzie formali e sostanziali*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, 463 ss.

Corte costituzionale.

Prima di tale pronuncia la giurisprudenza era concorde nell'escludere che la disciplina codicistica relativa alle intercettazioni di comunicazioni potesse applicarsi anche a quelle attività implicanti l'apprensione del dato esteriore della comunicazione medesima, valorizzando la dicotomia essenziale – già evidenziata – tra profilo sostanziale e profilo formale, inteso come l'insieme delle informazioni esterne, attestanti l'identità del mittente e del destinatario, la collocazione spazio-temporale della comunicazione e la forma dell'atto comunicativo.

In particolare, con riferimento al c.d. blocco telefonico¹⁸, la Cassazione aveva ritenuto che tale attività non richiedesse il rispetto delle disciplina in materia di intercettazioni telefoniche, poiché «la mera identificazione di un apparecchio telefonico controllato dal quale è stata fatta una comunicazione non costituisce intercettazione telefonica in senso tecnico-giuridico»¹⁹; tuttavia, essendo ravvisabile un potenziale conflitto con la garanzia dell'articolo 15 Cost. sotto il profilo di una compressione del diritto alla segretezza, si era ritenuto che il "blocco" dovesse essere motivatamente disposto almeno del pubblico ministero, in quanto «autorità giudiziaria», dovendosi altresì escludere che potesse essere competente in via autonoma la polizia giudiziaria²⁰.

Dopo il 1993 il panorama giurisprudenziale – parallelamente allo sviluppo dei primi indirizzi dottrinali orientati in senso critico verso la pronuncia della Corte – appariva tutt'altro che univoco.

Parte della giurisprudenza, attestandosi su posizioni più radicali, ha sostanzialmente ignorato la pronuncia costituzionale, ritenendo «regolare ed utilizzabile l'allegazione al fascicolo processuale di tabulati Sip, inviati senza richiesta scritta e motivata del p.m.» in forza dell'articolo 234 c.p.p., posto che tale disposizione consente l'acquisizione di scritti o di altri documenti senza formalità alcuna²¹; altre decisioni, pur riconfermando l'insegnamento della Corte sotto il profilo della necessità di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (un decreto, nel caso di specie, del pubblico ministero), hanno tuttavia concluso che l'omissione della motivazione non determinasse l'inutilizzabilità del tabulato, poiché tale sanzione «non consegue a qualunque violazione di norme che regolano l'atto processuale, ma soltanto a quelle che consistano in un divieto di acquisizione della prova e quelle la cui violazione è espressamente comminata dalla legge»²².

In direzione opposta sono intervenute pronunce che, in linea con la decisione della Corte costituzionale e con la prassi investigativa fondata sul ricorso al decreto motivato del pubblico ministero, hanno considerato il tabulato «inutilizzabile, ove non ne sia stata disposta l'acquisizione con provvedimento debitamente motivato dall'autorità giudiziaria»²³.

In una pronuncia isolata la Suprema Corte, travisando evidentemente quanto la Corte

¹⁸ L'espressione, che può apparire fuorviante in quanto evocativa di un'interruzione nelle comunicazioni, in realtà indica l'operazione che, in passato, era finalizzata a registrare gli estremi di un colloquio telefonico e nell'ambito della quale – a differenza di quanto si potrebbe dedurre dal nome – «la comunicazione si svolge nei modi consueti, senza essere interrotta; semplicemente, idonee apparecchiature identificano [...] elementi» quali «mittente, destinatario, ora; se il controllo si protrae nel tempo, frequenza dei contatti» (APRILE-SPIEZIA, *op. cit.*, 143; CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 28; in materia, cfr. anche PARODI, *op. cit.*, 50 ss.). Si tratta di una tecnica che era utilizzata in relazione alla sola telefonia fissa, poste le già menzionate differenze, sotto il profilo tecnico, con la telefonia mobile: per quest'ultima il traffico telefonico era (ed è) costantemente tenuto sotto controllo dagli enti gestori del servizio, mentre per le utenze fisse venivano registrati, a fini contabili, solo gli "scatti", cosicché per acquisire gli altri dati era necessaria una «manovra ad hoc» (CAMON, *Sull'inutilizzabilità*, cit., p. 3723; sul punto, cfr. anche FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 24 ss.).

¹⁹ Cass., sez. II, 12 marzo 1982, De Pasquale, in *Cass. pen.*, 1983, 1814; in senso conforme, Cass., sez. I, 9 aprile 1986, Angelillo, *ivi*, 1987, 1187.

²⁰ Pret. Venezia, 11 gennaio 1990, in *Arch. n. proc. pen.*, 1990, 600.

²¹ Cass., sez. I, 6 giugno 1995, Micic, in *Cass. pen.*, 1996, 2624. Tale orientamento ha destato fin da subito perplessità: infatti, se l'«allegazione al fascicolo processuale» fosse stata intesa nel senso che i tabulati possono far parte del fascicolo per il dibattimento di cui all'articolo 431 c.p.p., andrebbe osservato come essi, in realtà, non sono né verbali di atti irripetibili, né, tantomeno, corpo del reato o cose pertinenti al reato; qualora, invece, fossero intesi come prova documentale, la loro acquisizione non potrebbe avvenire a seguito di un "invio" da parte del pubblico ministero al giudice, ma solo a seguito di richiesta ex articolo 493 c.p.p. e di successiva ammissione da parte del giudice, con ordinanza, nel contraddittorio delle parti. In tale quadro giurisprudenziale, Cass., sez. I, 7 luglio 1995, Palmentieri, in *Guida dir.*, 1995, f. 42, 91, ha ritenuto che non fosse necessario disporre una perizia ai fini dell'esame del tabulato, a condizione che si trattasse di operazioni di semplice lettura, non implicanti alcuna conoscenza scientifica, così da poter essere oggetto di produzione documentale. In dottrina, sulla natura documentale del tabulato, in quanto tale acquisibile ex articolo 234 c.p.p., VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova, 2011, 61.

²² Cass., sez. IV, 25 ottobre 1994, Benelucif, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 709; in senso conforme, Cass., sez. I, 2 dicembre 1997, Recchia, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 437, con riferimento all'utilizzazione, in sede di adozione di un'ordinanza di custodia cautelare in carcere, di tabulati concernenti conversazioni effettuate mediante telefono cellulare.

²³ Cass., sez. I, 29 febbraio 1996, D'Aquino, in *Cass. pen.*, 1997, 1432; cfr. anche Cass., sez. I, 28 agosto 1996, Serru, in *Riv. pen.*, 1997, 243, per cui «il p.m. deve trasmettere al giudice procedente [...] in modo da consentire alle parti interessate di verificare la regolarità e di eccepirne gli eventuali vizi, il provvedimento con cui ha disposto l'acquisizione del tabulato [...] in quanto pure tale provvedimento, comportando una pesante interferenza nella sfera privata, deve essere motivato».

costituzionale aveva affermato in ordine alla differenziazione tra contenuto delle comunicazioni e dati esteriori, è giunta addirittura a estendere a questi ultimi la disciplina in materia di intercettazioni, ritenendo inutilizzabili, nel caso specifico, i tabulati in quanto acquisiti dalla polizia giudiziaria senza l'autorizzazione del giudice²⁴.

3.

Le Sezioni Unite Gallieri: un'inammissibile inversione di rotta.

Il percorso ermeneutico del formante giurisprudenziale ha fatto registrare un discutibile, seppur rilevante, intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione²⁵, le quali, nel tentativo di risolvere le esposte incertezze, hanno escogitato una soluzione interpretativa notevolmente "creativa", ma ben presto sconfessata dalla Corte costituzionale che, pressoché contestualmente, avrebbe riportato ordine sulla tematica con una pronuncia consolidatrice dei principi esposti nel 1993²⁶.

Le Sezioni Unite, chiamate a districare il nodo relativo all'utilizzabilità dei tabulati acquisiti senza l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, dopo aver svolto un'accurata ricognizione del quadro giurisprudenziale creatosi alla luce della sentenza 11 marzo 1993, n. 81 della Corte costituzionale²⁷, hanno sviluppato i principi espressi nel citato precedente in una direzione del tutto innovativa: la sentenza 11 marzo 1993, n. 81 avrebbe richiesto «una rilettura, ovvero un aggiornamento della sua portata» alla luce della l. 23 dicembre 1993, n. 547²⁸, la cui incidenza sulla questione esaminata sarebbe stata del tutto trascurata, se si considera il fatto che «la telefonia [...] consente il trasporto di segnali non solo relativi alle conversazioni [...] ma di qualunque tipo, sempre in forma numerica (*bit*), cioè di dati diversi dal contenuto delle conversazioni telefoniche».

La suddetta legge avrebbe completato il quadro di tutela in materia di presupposti e modalità di acquisizione dei dati esterni nella direzione auspicata dalla Corte costituzionale nel 1993, poiché, al di là dell'estensione dell'ambito di operatività delle intercettazioni ai c.d. *computer crimes*, avrebbe «consentito l'intercettazione dei flussi di dati numerici (*bit*), nell'ambito dei singoli sistemi oppure intercorrente tra più sistemi»; cioè, in altri termini, avrebbe esteso il sistema di garanzie, fino a quel momento riservato alla captazione del contenuto delle comunicazioni, a «tutti i dati informatici (sequenza di *bit*) in movimento nel sistema elettronico della telefonia, dall'ingresso in rete alla destinazione, nella fase quindi dell'ingresso, elaborazione, registrazione, comprensivo delle interconnessioni con altre reti o stazioni intermedie di comunicazione», consentendone l'intercettazione ai sensi dell'articolo 266-*bis* c.p.p.²⁹.

Ma, vi è di più, la novella legislativa, nel prevedere all'articolo 268 comma 6 c.p.p. il diritto della difesa «di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche» e al successivo comma 7 il dovere del giudice di disporre «la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche», non avrebbe fatto altro che alludere alla formazione dei tabulati, costituenti appunto «la documentazione in forma intellegibile del flusso informatico relativo ai dati esterni al contenuto delle conversazioni».

Tuttavia, se è vero che tale "stampa", in cui si concretizza il tabulato, «fa parte [...], secondo

²⁴ Cass., sez. VI, 18 dicembre 1995, Persichini, in *Cass. pen.*, 1996, 3720 ss., con nota di CAMON, *Sull'inutilizzabilità*, cit. La Suprema Corte richiama correttamente la sentenza 11 marzo 1993, n. 81 della Corte costituzionale, nella parte in cui richiede che i tabulati possano essere acquisiti «solo nel rispetto della norma costituzionale e cioè previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria», ma cade in errore quando sostiene che il giudice costituzionale «conseguentemente ha ritenuto che le disposizioni dell'art. 266 c.p.p. sono riferibili non solo alle intercettazioni del contenuto [...] ma anche ai dati di identificazione dei soggetti, del tempo e del luogo della comunicazione».

²⁵ Cass., sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, 465 ss.

²⁶ La sentenza delle Sezioni Unite, infatti, ha preceduto di solo quattro giorni il deposito della motivazione della sentenza della Corte costituzionale 13 giugno 1998, n. 281.

²⁷ Per una panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale in materia, cfr. APA, *Ambiguità giurisprudenziali sull'acquisizione dei tabulati del traffico telefonico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 738 ss.; DIDI, *Tutela della privacy e acquisizioni di tabulati telefonici*, in *Giust. pen.*, 1999, III, 615 ss.

²⁸ Si tratta della legge recante «Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica» che, oltre a intervenire sul tessuto del Codice penale per adeguare il nostro ordinamento alle esigenze di repressione del crimine informatico con l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, ha introdotto lo strumento delle intercettazioni telematiche, di cui all'articolo 266-*bis* c.p.p.

²⁹ CAPRIOLI, *op. cit.*, 168, spiega come «con l'avvento del sistema digitale di trasmissione dei segnali telefonici [...] in occasione di ciascuna conversazione telefonica vengono trasmessi per via telematica non soltanto i dati numerici che veicolano i messaggi acustici (ossia le parole dei colloquanti, trasformate in numeri e poi decodificate), ma anche, necessariamente, i dati "esterni" identificativi della comunicazione [...] memorizzati e trattati ai fini contabili dall'ente gestore dei servizi di telefonia». In tema, cfr. anche MELILLO, *L'acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico fra limiti normativi ed equivoci giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 479.

la tecnica informatica, del «movimento» dei dati gestito dall'ente concessionario del servizio», è porsa obbligata la conclusione per cui «l'acquisizione del tabulato, rappresentando un momento del trattamento dei dati, non può che soggiacere alla stessa disciplina quanto a garanzie di segretezza e di libertà delle comunicazioni, a mezzo di sistemi informatici»: il che significava applicare al tabulato limiti oggettivi di ammissibilità e presupposti della disciplina codicistica dettata in relazione alle intercettazioni del contenuto delle conversazioni³⁰.

Da una tale equiparazione sarebbe derivato, quale logico corollario, l'applicabilità del divieto di utilizzazione di cui all'articolo 271 c.p.p. anche ai tabulati, tutte le volte che questi fossero stati acquisiti in violazione dell'art. 267, cioè in assenza del prescritto decreto motivato; sicché nel giudizio *a quo*, ove tale acquisizione era avvenuta su iniziativa della polizia giudiziaria, i relativi tabulati sarebbero certamente inutilizzabili, ma – secondo il principio di diritto enunciato – una loro legittima acquisizione sarebbe stata possibile nel corso delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero o del giudice *ex* articolo 267 c.p.p. ovvero da parte del giudice del dibattimento o di appello, rispettivamente *ex* articoli 507 e 603 c.p.p.: fatta comunque salva, in caso di inutilizzabilità accertata dal giudice, la sopravvenienza del previsto decreto motivato, sulla premessa che una loro acquisizione sarebbe ancora possibile, in quanto conservati per il relativo trattamento presso l'ente gestore del servizio.

Come correttamente rilevato³¹, l'errore genetico in cui sono incorse le Sezioni Unite si annidava nell'operazione di equiparazione del tabulato, autonomamente e indipendentemente predisposto dall'ente gestore in quanto espressione informatica coesistente al «movimento» dei dati da esso gestito (nell'ambito del flusso costituito dall'«ingresso-elaborazione-registrazione e stampa» dei dati informatici immessi nel sistema), al tabulato, identico dal punto di vista contenutistico, che si ottiene al termine di un'intercettazione *ex* articolo 266-*bis* c.p.p. e che, per il tramite della disposizione dell'articolo 268 comma 7 c.p.p., assume la natura di «documentazione in forma intellegibile» del flusso relativo ai dati esterni.

Il risultato è stato, dunque, un «clamoroso equivoco», nascente dall'intento di «equiparare le comunicazioni informatizzate» (che trovano il proprio referente normativo, quanto alle relative intercettazioni, negli articoli 266 ss. c.p.p.) con «l'informatizzazione dei dati estranei al contenuto riservato delle comunicazioni telefoniche», governata dal gestore del servizio di telefonia³²; tanto più che la captazione del flusso di dati informatici identificativi della comunicazione telefonica digitale, anche ammessa la sua riconducibilità agli articoli 266-271 c.p.p., dovrebbe essere contestuale alla comunicazione stessa³³, mentre i tabulati predisposti dall'azienda telefonica riguardano telefonate già avvenute³⁴.

Un ulteriore profilo problematico concerneva il significato da attribuire al richiamo – fatto dalle Sezioni Unite – del «prescritto decreto motivato», quale presupposto per l'acquisizione

³⁰ Sulle difficoltà applicative derivanti da tale opzione, BRICCHETTI, *Estesa la disciplina delle intercettazioni mentre la giurisprudenza si riscopre divisa*, in *Guida dir.*, 1998, f. 48, 72; CAPRIOLI, *op. cit.*, 167, nota 87; DIDI, *op. cit.*, 617; DI MARTINO, *op. cit.*, 33.

³¹ ZACCHÈ, *op. cit.*, 338.

³² Così MELILLO, *op. cit.*, 480, per cui «i dati informativi [...] sono, in fatto, elaborati e memorizzati dal gestore del servizio di telefonia, indipendentemente dalla richiesta di acquisizione dell'autorità giudiziaria ed ai fini interni al rapporto contrattuale»: pertanto, «il tabulato da acquisirsi a fini istruttori costituisce appunto la documentazione – divenuta *ex post* rilevante a fini investigativi o processuali – dell'attività autonomamente già svolta dall'incaricato del servizio pubblico».

³³ In questi termini BRICCHETTI, *op. cit.*, 1998, f. 48, 72, e DI MARTINO, *op. cit.*, 33. Per analoghe argomentazioni, cfr. CAPRIOLI, *op. cit.*, 169 ss., per cui, a rigore, ricondurre l'acquisizione dei dati identificativi alla disciplina dell'articolo 266-*bis* c.p.p. «sarebbe condivisibile solo se la trasmissione in via telematica dei dati relativi al colloquio fosse qualificabile, appunto, come atto di natura comunicativa»: ma «l'invio delle informazioni accessorie al colloquio non è l'espressione di un intento comunicativo dell'autore della telefonata ma il frutto di un automatismo predisposto ad hoc dall'ente gestore».

³⁴ Il problema che si poneva, in definitiva, era se potesse concepirsi un'intercettazione, in senso tecnico-giuridico, che non fosse contestuale alla comunicazione. In materia, può ricordarsi il caso affrontato da Cass., sez. III, 13 giugno 1997, Adamo, in *Cass. pen.*, 1998, 3356: nella specie, era stata legittimamente registrata ad opera degli organi dell'amministrazione penitenziaria una conversazione telefonica di un detenuto; il nastro era stato prodotto in giudizio dall'accusa, ma la Corte di cassazione ne aveva stabilito l'inutilizzabilità per carenza dell'autorizzazione *ex* articolo 267 c.p.p. Tuttavia, la dottrina più attenta aveva evidenziato come fosse stato fuorviante il riferimento alla disciplina in materia di intercettazioni, poiché «i contenuti delle suddette registrazioni» non costituivano il «risultato di un'attività investigativa realizzata mediante intercettazioni telefoniche» ma una «prova documentale formata fuori del processo [...] come tale, acquisibile e utilizzabile in forza dell'art. 234 c.p.p.»; dunque, le attività di ascolto e registrazione non avevano integrato un'intercettazione in senso sostanziale, essendo presumibile che il detenuto fosse consapevole dell'ascolto (GREVI, *Una sorprendente confusione tra intercettazioni telefoniche e «registrazione» in carcere della corrispondenza telefonica dei detenuti*, *ivi*, 1998, 3353 ss.). La dottrina prevalente, pertanto, ritiene che non sia ipotizzabile una simile tipologia di intercettazione, atteso che tale nozione presuppone un rapporto comunicativo non esaurito, la segretezza del controllo e l'uso di strumenti tecnici, in tal caso non rinvenibili. Analoghe considerazioni potrebbero valere anche in materia di tabulati, intesi, secondo la prospettazione delle Sezioni Unite, «come presa di cognizione *a posteriori* della comunicazione per via telematica dei dati identificativi del colloquio»: nel senso di non ritenere ammissibile l'estensione di una disciplina, quella in materia di intercettazioni, che «presuppone messaggi captati *nel loro divenire*» (CAPRIOLI, *op. cit.*, 172).

del tabulato. Se la risposta più intuitiva rinviava al decreto con cui il pubblico ministero *ex* articolo 267 comma 1 c.p.p. dispone le intercettazioni, previa autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, per un approccio meno rigido la Corte, pur riferendosi all'articolo 267 c.p.p. nella sua intenzione, implicitamente ha ritenuto che per acquisire il flusso dei dati fosse necessario e sufficiente, nella fase delle indagini preliminari, il decreto del pubblico ministero³⁵, in linea tra l'altro con il precedente costituzionale del 1993.

Sarebbe stato proprio il timore di gravi ricadute sulle attività istruttorie e di assunzione probatoria già compiute – derivanti dalla ritenuta necessaria autorizzazione del giudice – a giustificare le considerazioni finali in merito alla possibilità di rinnovazione probatoria a seguito della declaratoria di inutilizzabilità dei dati illegittimamente acquisiti (meglio, “intercettati”)³⁶; anche se, nella giurisprudenza successiva a tale pronuncia, era rinvenibile l'affermazione per cui un'eventuale successiva autorizzazione all'acquisizione, disposta precedentemente dal pubblico ministero in assenza di detto provvedimento, non potesse avere efficacia sanante, cosicché l'inutilizzabilità originaria avrebbe impedito del tutto di avvalersi del mezzo di prova³⁷.

4.

Il nuovo intervento della Corte costituzionale.

Posta di fronte alla spiccata eterogeneità delle pronunce di legittimità, spesso in aperto contrasto con la sentenza “capostipite” del 1993, la Corte costituzionale, quasi simultaneamente alla decisione delle Sezioni Unite, è nuovamente intervenuta sulla tematica dell'acquisizione dei tabulati.

La decisione, in sintesi, ha riconfermato con forza i principi enunciati nel 1993, atteggiandosi come un approdo definitivo in materia, anche in un'ottica *de iure condendo*.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 267 comma 1 c.p.p. in riferimento all'articolo 3 Cost., nella parte in cui la disposizione codicistica non richiedeva il provvedimento autorizzativo del giudice anche per l'acquisizione dei tabulati³⁸, ha concluso nel senso dell'inammissibilità della *quaestio legitimitatis*³⁹.

Il precedente costituzionale del 1993, infatti, aveva già autorevolmente insegnato come fosse necessario distinguere le tecniche che consentono di apprendere il contenuto delle conversazioni, da un lato, e i dati esteriori di esse, dall'altro, e che pertanto la normativa di cui agli articoli 266 ss. c.p.p. non fosse estensibile a istituti ontologicamente diversi; ma l'occasione è stata propizia per ribadire quanto in passato era stato affermato in termini soltanto dubitativi, cioè che «la disciplina applicabile all'acquisizione dei tabulati [...] va ricercata [...] nell'art. 256 c.p.p.».

Ciò premesso, non è stato possibile pronunciare a una sentenza additiva, poiché l'intervento richiesto avrebbe comportato il “trapianto” di un frammento della disciplina delle intercettazioni al diverso istituto dell'acquisizione dei tabulati, operazione cui avrebbero ostato la «diversità di discipline che rispettivamente regolano i due istituti», i «diversi elementi di cono-

³⁵ Per DIDI, *op. cit.*, 618, «il problema, come è evidente, sorge con riferimento al pubblico ministero»: infatti, «non si riesce più a seguire il ragionamento svolto dalla sentenza nel momento in cui essa afferma di rinviare nell'art. 266-bis Cod. proc. pen. la norma codicistica di riferimento [...] perché a questo punto l'intervento della giurisdizione sarebbe ineludibile».

³⁶ Tale possibilità avrebbe potuto realizzarsi nei limiti segnati dal d. lgs. 13 maggio 1998, n. 171, in materia di conservazione dei dati: l'articolo 4 comma 2 prevedeva, infatti, la distruzione dei dati una volta decorsi cinque anni dalla data delle comunicazioni, cosicché sarebbe stata impossibile una rinnovazione dell'acquisizione oltre detto termine.

³⁷ Cass., sez. VI, 23 giugno 1999, De Luca, in *Riv. pen.*, 2000, 524; *contra*, nel senso che sia possibile rimuovere la causa impeditiva dell'utilizzazione, Cass., sez. VI, 4 maggio 2006, Battistella e altri, in *Cass. pen.*, 2006, 3578 ss. e Cass., sez. VI, 4 maggio 2006, Acampora e altro, *ivi*, 2007, 519 ss., entrambe con osservazioni di SANTALUCIA. Diversamente, nel senso che la carenza di motivazione del decreto acquisitivo adottato dal pubblico ministero non comporti l'inutilizzabilità del tabulato ma una nullità *ex* articolo 125 c.p.p., Cass., sez. IV, 24 febbraio 2005, Pietroleonardo e altro, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, 580.

³⁸ Per l'ordinanza di rimessione si veda *Trib. Catanzaro, ord. 28 aprile 1997*. La questione nasceva dall'eccezione di inutilizzabilità di un tabulato, proposta dalla difesa dell'imputato a seguito della richiesta di ammissione *ex* articolo 493 c.p.p. formulata dal pubblico ministero, il quale aveva acquisito detto tabulato in forza di un proprio decreto nel corso delle indagini preliminari: dunque, in assenza del provvedimento autorizzativo del giudice. Il giudice *a quo*, richiamando incidentalmente la sentenza 11 marzo 1993, n. 81 della Corte costituzionale, riteneva che il decreto acquisitivo del pubblico ministero “soddisfacesse” la riserva giurisdizionale di cui all'articolo 15 comma 2 Cost., ma allo stesso tempo censurava l'articolo 267 comma 1 c.p.p., in materia di intercettazioni, in quanto contrastante con l'articolo 3 Cost. sotto il profilo di una minore tutela apprestata nei confronti dell'acquisizione dei tabulati attestanti il flusso del traffico telefonico: più specificamente, sarebbe stata ravvisabile un'irrazionale sperequazione tra due istituti processuali, entrambi integranti una forma di «compressione dell'identico valore della segretezza delle comunicazioni», che avrebbe giustificato una pronuncia additiva, estensiva delle garanzie delle intercettazioni in materia di tabulati.

³⁹ Corte cost., 17 luglio 1998, n. 281, in *Giur. cost.*, 1998, II, 2167 ss.

scenza alla cui acquisizione sono rispettivamente finalizzati»⁴⁰, nonché le «differenti esigenze investigative che mirano a soddisfare».

Rispetto alle critiche formulate⁴¹, tuttavia, il giudice costituzionale sembra aver imboccato una “terza via”.

Nell'effettuare un bilanciamento tra confliggenti valori costituzionali, la sentenza ha adottato una concezione elastica e articolata del diritto proclamato inviolabile dall'articolo 15 Cost., nel senso di distinguere al suo interno un “nucleo duro”, intangibile e protetto da un livello minimale di garanzie, e un'area maggiormente comprimibile in cui può esplicarsi la discrezionalità del legislatore, che la pronuncia si è curata esplicitamente di preservare. In quest'ottica si può comprendere come la Corte si sia limitata a verificare che quel «livello minimo di garanzie», individuato nel 1993, fosse rispettato sotto l'aspetto del provvedimento acquisitivo del pubblico ministero, esprimendo al contempo l'auspicio che il legislatore intervenisse a fissare un'idonea e specifica disciplina sulle modalità di acquisizione e di utilizzazione dei tabulati.

Ma l'aspetto che, in ultima analisi, forniva una solida legittimazione a tale decisione riguardava la valutazione circa gli effetti che un'equiparazione normativa avrebbe prodotto⁴², nel senso che un'impropria assimilazione dei tabulati avrebbe aperto «delicati problemi interpretativi in ordine all'applicazione dei presupposti e dei limiti funzionali alle specifiche esigenze di garanzia che sottostanno alle intercettazioni del contenuto di conversazioni, ma non tutti riconducibili alla diversa forma di intrusione nella sfera della riservatezza», in cui si concretizza l'acquisizione del tabulato.

5.

L'atteso *revirement* delle Sezioni Unite e il definitivo assestamento della giurisprudenza.

La giurisprudenza, a seguito della netta presa di posizione del giudice delle leggi, è sembrata finalmente adeguarsi alle “direttive” enunciate in materia di garanzie per l'acquisizione dei dati esteriori, non mancando peraltro pronunce manifestamente “reazionarie” all'ormai consolidato orientamento costituzionale.

A tal proposito, la Corte di cassazione, con riferimento al c.d. tracciamento *axe*⁴³, ha negato che tale attività rientrasse nell'ambito di applicabilità dell'articolo 15 Cost. e degli articoli 266, 266-*bis* e 267 c.p.p.: mentre la sottoposizione a controllo dell'utenza telefonica chiamata è una «operazione per la quale è necessaria e sufficiente l'autorizzazione, con decreto motivato, del G.I.P.», l'individuazione dell'utenza di provenienza delle telefonate, in cui si concretizza la rilevazione del tracciato, costituisce un «accertamento che rientra nel potere-dovere di raccolta di “ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e all'individuazione del colpevole”, riservato dall'art. 348 c.p.p. alla polizia giudiziaria⁴⁴, a iniziativa di essa, secondo la propria discreziona-

⁴⁰ Rileverebbe, cioè, la diversa «valenza probatoria» degli elementi contenutistici rispetto a quelli identificativi di una comunicazione, determinata dalla diversa capacità intrusiva di tali strumenti: anche se un esame dei due diversi strumenti alla luce della loro concreta forza probatoria non può trascurare che, in certi casi, il tabulato “dica di più” rispetto all'intercettazione, atteso che esso è un documento rappresentativo di elementi che possono assumere una certa rilevanza processuale, quali ora, giorno e luogo della comunicazione. Nello stesso senso, cfr. LONGO, *Il regime processuale dei dati esterni alla comunicazione: un problema ancora aperto*, in *Giur. it.*, 1999, II, 2008.

⁴¹ Sottolinea LONGO, *op. cit.*, 2008, come «la Corte sia arenata in una insostenibile aporia metodologica»: «o si parte da premesse opposte, sostenendo la non riconducibilità dei dati esteriori nell'alveo di tutela dell'art. 15 Cost.» ovvero «una volta che tale identità è stata dichiarata», in linea col precedente del 1993, «bisogna ammettere che esiste una sperequazione nelle garanzie dei due istituti che non sembra giustificata, considerando che essi [...], dal punto di vista delle conseguenze pratiche, sono suscettibili delle medesime conseguenze esiziali per l'imputato».

⁴² In questo senso, cfr. la nota di DI CHIARA, in *Foro it.*, 1999, I, 433 ss.

⁴³ Il c.d. tracciamento *axe* (o rilevamento del tracciato *axe*) è una tecnica investigativa non nuova nel panorama giurisprudenziale; esso rappresenta, infatti, l'evoluzione di quello che, in passato, veniva chiamato “blocco telefonico” (espressione che alludeva all'arresto degli organi di commutazione del circuito su tutta la rete) e consiste nell'individuazione dell'utenza di partenza di una o più telefonate tramite sottoposizione a controllo dell'apparecchio ricevente: la moderna tecnologia consente di conoscere il numero del chiamante in tempo reale, anche in ipotesi di conversazioni di brevissima durata, in modo da sorprendere il soggetto attivo del reato per cui si procede addirittura mentre è ancora al telefono. Sul punto, cfr. SPATARO, *op. cit.*, 197 ss.; ZACCHEÌ, *op. cit.*, 340, e DI MARTINO, *op. cit.*, 33 ss.; per più specifiche informazioni tecniche, si veda APRILE-SPIEZIA, *op. cit.*, 143 ss.

⁴⁴ *Contra*, Pret. Venezia, 11 gennaio 1990, cit., 600, che aveva escluso, con riferimento al “blocco telefonico”, una competenza autonoma della polizia giudiziaria.

lità tecnica, o su delega del PM, dopo l'intervento di questi»⁴⁵.

A parte questa isolata decisione, la giurisprudenza di merito si è allineata alle statuizioni della Corte costituzionale, rifiutando l'impostazione delle Sezioni Unite *Gallieri*.

I giudici di merito, dopo aver ricordato – sotto il profilo della differenziazione dell'oggetto dei due mezzi di ricerca della prova – che «il concetto di «intercettazione è [...] riferibile alle sole situazioni in cui viene acquisito il contenuto di una comunicazione *in atto*, mentre i tabulati si limitano alla registrazione di un accadimento storico documentata con una serie di informazioni accessorie alle comunicazioni tra gli utenti»⁴⁶, hanno ritenuto che l'acquisizione del tabulato, lungi dal richiedere una preventiva autorizzazione o una convalida successiva da parte del giudice, fosse adeguatamente garantita dall'emissione di un decreto motivato del pubblico ministero⁴⁷.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, poste di fronte alla monoliticità di tale orientamento, sono finalmente tornate sui propri passi, ponendosi lungo quella linea interpretativa ideale che la Corte costituzionale aveva tracciato a partire dal 1993; un loro intervento appariva necessario giacché l'infuato precedente della pronuncia *Gallieri*, pur minato nella propria capacità persuasiva dalla sentenza costituzionale del 1998, aveva comunque mantenuto un certo *appeal* presso i giudici di legittimità, generando un concreto e fondato pericolo di reiterati deragliamenti interpretativi⁴⁸.

La Suprema Corte, ribadita la diversità strutturale dei due strumenti investigativi⁴⁹, ha compendiato la propria opera di revisione ermeneutica nell'affermazione per cui le intercettazioni e l'acquisizione dei tabulati costituiscono «categorie disomogenee», cosicché, per questi ultimi, sarebbe stato sufficiente un decreto motivato del pubblico ministero, che «dia corretta ragione del privilegio che fa prevalere sul diritto alla *privacy* l'interesse pubblico di perseguire i reati, presidiato dall'art. 112 della Costituzione»: il che, in assenza di una disciplina legislativa espressa, imponeva di rinvenire la disposizione di riferimento, quale «soluzione costituzionalmente orientata», nell'articolo 256 c.p.p.⁵⁰, «eterointegrato» dal precetto di cui all'articolo 15 comma 2 Cost..

Il controllo giurisdizionale su tale provvedimento acquisitivo avrebbe potuto essere recuperato attraverso la rilevabilità, anche d'ufficio, dell'eventuale inutilizzabilità, in ogni stato e grado del procedimento; tale sanzione, dunque, avrebbe colpito il tabulato in forza dell'ar-

⁴⁵ Cass., sez. II, 7 ottobre 1998, Gurrieri, in *Giur. it.*, 1999, II, 1691. *Contra*, nel senso che il tracciamento *axe* implicherebbe pur sempre l'acquisizione di un «dato personale», FILIPPI, *Il rilevamento del «tracciato axe»: una nuova denominazione per una vecchia tecnica d'indagine*, in *Giur. it.*, 1999, II, 1687. Per ulteriori rilievi, cfr. VIALI, *L'acquisizione dei dati «esteriori» di conversazioni o comunicazioni: tra nuove tecnologie e sbandamenti giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 1999, 2582; ZACCHE', *op. cit.*, 338.

⁴⁶ G.i.p. Trib. Lecco, 15 gennaio 1999, in *Foro ambr.*, 1999, 168; in senso conforme, G.i.p. Trib. Bologna, 17 dicembre 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 669.

⁴⁷ G.i.p. Trib. Milano, 25 gennaio 1999, in *Giur. merito*, 2001, 1399, con nota di PRATI, *Acquisizione di tabulati di traffico telefonico e garanzie processuali*; adesivamente, G.i.p. Trib. Roma, 5 gennaio 1999, in *Cass. pen.*, 1999, 1632; G.i.p. Trib. Milano, 1 dicembre 1998, in *Foro ambr.*, 1999, 168, con nota di PRISTOCCHINI, *La disciplina processuale dell'acquisizione dei tabulati di utenze cellulari*; G.i.p. Trib. Pavia, 1 febbraio 1999, in *Foro it.*, 1999, II, 349, nonché in *Giur. mer.*, 1999, f. 6, 1036, con nota di SENA, *La giurisprudenza ancora divisa sulla questione dell'acquisizione dei c.d. «tabulati telefonici»*. In tema, si veda anche G.i.p. Trib. Lecce, 5 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, II, 349 per cui, nell'ipotesi in cui i tabulati acquisiti siano relativi alla medesima utenza per cui siano già state autorizzate le intercettazioni, tale acquisizione rappresenta una «attività accessoria» rispetto a quella captativa del contenuto; Cass., sez. IV, 12 aprile 2000, Ben Nouir Lassad, inedita; nonché, Cass., sez. IV, 29 settembre 1999, Matkovic, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, 38, per cui non è abnorme e non è, pertanto, suscettibile di ricorso per cassazione il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, ritenendo che il tabulato possa essere acquisito con un provvedimento *ex* articolo 256 c.p.p., dichiara non luogo a provvedere in ordine a una richiesta del pubblico ministero, volta ad ottenere l'autorizzazione per l'acquisizione in conformità alla disciplina sulle intercettazioni.

⁴⁸ Per analoghe considerazioni, BRICCHETTI, *Necessaria l'autorizzazione del gip per le intercettazioni delle chiamate*, in *Guida dir.*, 2000, f. 27, 64; MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2000, 2605 ss.

⁴⁹ Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, 2598, ricorda che la registrazione di tali dati «avviene ad opera del gestore del servizio *al termine* della fase dinamica del flusso o del dialogo comunicativo» per finalità contabili; essi, una volta memorizzati in apposite banche-dati, sono rappresentativi di «comunicazioni già esauritesi, non in fase dinamica» e, dunque, non integrano «alcuna intromissione in sistemi informatici»: in altri termini, «tra intercettazione ed acquisizione dei tabulati vi è la stessa differenza che sussiste fra sequestro della corrispondenza per apprenderne i contenuti e sequestro dei registri postali per venire a conoscenza dei dati esterni afferenti alla corrispondenza inoltrata». In dottrina, in senso conforme, IDDA, *I «dati esteriori» delle conversazioni telefoniche e loro pretesa riconducibilità al concetto di comunicazione*, in *Giur. it.*, 2001, II, 1702.

⁵⁰ Appare scettico su tale conclusione FILIPPI, *Il revirement delle Sezioni unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*, in *Cass. pen.*, 2000, 3246: l'Autore rifiuta di considerare il tabulato alla stregua di un documento, come tale suscettibile di sequestro *ex* articolo 256 c.p.p., dal momento che non si limita a rappresentare «fatti, persone o cose», ma può costituire esso stesso contenuto del messaggio (si pensi, per esempio, a uno squillo a fini convenzionali). Il tabulato rappresenterebbe, invece, una prova non prevista dalla legge (essendo la relativa riserva rimasta inattuata), che viene a incidere su un diritto inviolabile e come tale integrerebbe una c.d. prova incostituzionale, destinata a essere inutilizzabile; peraltro, in attesa di un intervento legislativo, si poteva considerare «un mezzo di prova innominato e ammissibile purché esso, oltre a vantare un rapporto di pertinenza con il reato [...], sia rispettoso almeno del livello minimo di garanzie direttamente desumibile dall'art. 15 Cost.».

articolo 191 c.p.p., in quanto «prova incostituzionale», cioè assunta, a prescindere da espliciti divieti legislativi, con modalità lesive di diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente garantiti, nel caso di specie dall'articolo 15 Cost., avente diretta efficacia processuale in termini di «immediata precettività».

La giurisprudenza successiva «ha ripiegato» velocemente su tale posizione e ha trovato il suo epilogo in un'altra decisione delle medesime Sezioni Unite che, chiamate a pronunciarsi sul discusso problema dell'inutilizzabilità dei tabulati acquisiti senza la prescritta autorizzazione del giudice, in violazione degli articoli 267 e 271 c.p.p., hanno rapidamente «liquidato» la questione, richiamando il recente approdo: nel senso di condividere pienamente l'impostazione ermeneutica adottata nel caso *D'Amuri* e, pertanto, di ritenere legittima l'acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico, acquisiti nel caso di specie dalla polizia giudiziaria «a seguito di decreti adeguatamente motivati del pubblico ministero», la cui inutilizzabilità avrebbe potuto essere rilevata, anche di ufficio, in ogni stato e grado del procedimento⁵¹.

Anche in tale occasione si è rinvenuto nell'articolo 256 c.p.p.⁵² la disposizione maggiormente idonea a governare tale mezzo di ricerca della prova, con la precisazione che, malgrado l'espresso riferimento al solo pubblico ministero (essendo l'ipotesi «tipica» quella in cui il tabulato era acquisito nella fase delle indagini preliminari), tale legittimazione doveva essere riconosciuta anche ad altra autorità giudiziaria, a seconda delle fasi in cui si presentasse la necessità dell'acquisizione⁵³: a deporre in favore di tale conclusione la circostanza che la fattispecie in esame fosse del tutto svincolata dalle cadenze procedurali e temporali scandite dagli articoli 266 ss. c.p.p.

In definitiva, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi in materia, nella situazione di vuoto legislativo protrattosi fino al 2003, era giunto alla certa conclusione che, al fine dell'acquisizione dei tabulati contenenti i dati esterni identificativi delle comunicazioni conservati in archivi informatici del gestore di servizio⁵⁴, fosse sufficiente il decreto adeguatamente motivato⁵⁵ dell'autorità giudiziaria, compreso il pubblico ministero, non essendo necessario, per il diverso livello di intrusione nella sfera della riservatezza che ne deriva, l'osservanza delle

⁵¹ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3266 ss., nonché *ivi*, 2001, 400, con nota di CASSIBBA, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel «nuovo» giudizio abbreviato*, nonché in *Giur. it.*, 2001, 116, con nota di IAFISCO, *Il regime della invalidità degli atti nel giudizio abbreviato: questioni vecchie e nuove prospettive dopo la legge n. 479 del 1999*, e in *Cass. pen.*, 2001, 2033, con nota di VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità delle prove nel «nuovo» giudizio abbreviato*.

⁵² Pur condividendo la conclusione cui sono pervenuti i giudici di legittimità, BERNI, *Nuovi scenari per il giudizio abbreviato tra evoluzione giurisprudenziale e controriforma legislativa*, in *Giur. it.*, 2000, 2125 ss., evidenzia, in chiave critica, la carenza di una «procedura diretta a distruggere i dati ritenuti irrilevanti ai fini delle indagini» in quanto relativi a soggetti «probabilmente estranei al processo» e, sotto il profilo dei controlli che *ex officio* o su istanza di parte possono essere effettuati sulla legittimità di tale attività di indagine, le difficoltà che si sarebbero poste in sede di riesame del decreto di sequestro *ex* articolo 324 c.p.p., ritenuto applicabile alla fattispecie in esame.

⁵³ Cass., sez. VI, 16 aprile 2002, Grabovari, in *Guida dir.*, 2003, f. 1, 98, ha ritenuto che potessero provvedere all'acquisizione dei tabulati, rispettivamente, il pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari e il giudice in fase dibattimentale; in senso conforme, Cass., sez. IV, 23 maggio 2000, Medici, in *Cass. pen.*, 2001, 561, per cui, quando l'acquisizione dei tabulati si fosse resa necessaria in dibattimento, spettava al giudice provvedere con ordinanza motivata.

⁵⁴ Va incidentalmente ricordato che, per la giurisprudenza, la competenza a liquidare le spese relative alle fatture emesse dai gestori di telefonia per l'acquisizione di tabulati telefonici appartiene al magistrato che procede al momento in cui viene presentata la richiesta di liquidazione: in tal senso, Cass., sez. IV, 4 febbraio 2009, Musumeci, in *Cass. pen.*, 2010, 1888, che, in applicazione di tale principio, ha ritenuto abnorme l'ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari precedente disponeva la trasmissione delle fatture al pubblico ministero perché provvedesse alla liquidazione, sull'erroneo presupposto che la relativa competenza spettasse all'autorità giudiziaria procedente al momento dell'affidamento dell'incarico; analogamente, Cass., sez. IV, 10 maggio 2006, Romano, in *Riv. pen.*, 2007, 577; Cass., sez. V, 9 dicembre 2008, Gabellone, in *C.E.D. Cass.*, rv. 242947.

⁵⁵ Cfr. Cass., sez. VI, 24 ottobre 2003, Guzman, in *Riv. pen.*, 2005, 242, secondo cui il decreto di acquisizione dei tabulati telefonici può essere motivato in collegamento alle ragioni esposte nell'informativa della polizia giudiziaria che segnala l'importanza e l'interesse dei tabulati ai fini della prosecuzione delle indagini (nella specie la Corte ha ritenuto che il decreto fosse sufficientemente motivato con la semplice formula «visto si autorizza quanto richiesto»); in senso conforme, Cass., sez. I, 26 settembre 2007, Toma, in *Cass. pen.*, 2008, 2532, ha ritenuto che l'obbligo di motivazione del provvedimento acquisitivo sia soddisfatto anche con espressioni sintetiche, nella quali si sottolinei la necessità dell'investigazione, in relazione al proseguimento delle indagini ovvero all'individuazione dei soggetti coinvolti nel reato, o si richiamino, con espressione indicativa della loro condivisione da parte dell'autorità giudiziaria, le ragioni esposte da quella di polizia; si veda anche Cass., sez. I, 3 dicembre 2003, Raucci, in *Riv. pen.*, 2005, 776.

disposizioni relative alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni⁵⁶.

6. *La data retention nel sistema previgente il Codice della privacy.*

Il profilo della conservazione dei dati esterni (c.d. *data retention*) – complementare a quello appena esaminato circa le modalità di acquisizione dei dati stessi – è stato oggetto a partire dal 1998 di diversi interventi legislativi che, sotto l'influenza delle spinte comunitarie, hanno trovato una definitiva "consacrazione" soltanto nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice della *privacy*), così come successivamente modificato.

Prima del 2003 l'unico riferimento normativo certo, relativamente alla conservazione e al trattamento dei dati esteriori, era costituito dal d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171 (recante «Disposizioni in materia di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni» in attuazione della direttiva 1997/66/CE), che rappresentava un diretto discendente della l. 30 dicembre 1996, n. 675 in materia di tutela dei dati personali⁵⁷, sotto lo specifico profilo attinente al trattamento dei dati esteriori delle comunicazioni.

La disposizione di rilievo, per i fini che interessano, era l'articolo 4 comma 1 del decreto, che stabiliva il principio generale per cui «i dati personali relativi al traffico, trattati per inoltrare chiamate e memorizzati dal fornitore [...], sono cancellati o resi anonimi al termine della chiamata, fatte salve le disposizioni dei commi 2 e 3»; in via derogatoria, il comma 2 prevedeva che «il trattamento finalizzato alla fatturazione per l'abbonato, ovvero al pagamento tra i fornitori di rete in caso di interconnessione, è consentito sino alla fine del periodo durante il quale può essere legalmente contestata la fattura o preteso il pagamento», mentre il comma 3 ammetteva il trattamento medesimo «ai fini della commercializzazione di servizi di telecomunicazione» a condizione che l'abbonato avesse prestato il proprio consenso.

Pertanto, di fronte all'interrogativo circa l'esistenza in capo agli operatori dei servizi di telecomunicazioni di eventuali obblighi di conservazione dei dati (in modo da renderli eventualmente disponibili per l'autorità giudiziaria), la risposta era negativa, con le uniche eccezioni ammesse per la fatturazione e la commercializzazione dei servizi: la scelta risultava, sotto questo aspetto, fortemente opinabile⁵⁸ e paradossale, se interpretata nel senso che il legislatore avesse voluto, da un lato, conservare i soli dati funzionali ai rapporti privati tra utente e gestore o comunque ai soli interessi commerciali di quest'ultimo e, dall'altro, imporre l'immediata cancellazione dei dati che sarebbero potuti servire al fine, di rilevanza pubblica, dell'accertamento dei reati.

Una simile conclusione, tuttavia, era frutto del fraintendimento della *ratio* di tale disciplina, la cui matrice andava rintracciata nell'articolo 6 della già citata direttiva 1997/66/CE

⁵⁶ Cass., sez. IV, 29 febbraio 2000, Corigliano, in *Guida dir.*, 2000, f. 22, 91; in senso conforme, Cass., sez. II, 24 giugno 2003, Scaburri, *ivi*, 2003, f. 10, 76; Cass., sez. I, 17 aprile 2000, Prinzi, *ivi*, 2000, f. 24, 80; Cass., sez. II, 25 settembre 2003, Versaci e altri, *C.E.D. Cass.*, rv. 227154; Cass., sez. VI, 10 aprile 2000, Mattioni, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, 559, con nota critica di FAVINO, *Processo abbreviato ed inutilizzabilità delle intercettazioni vietate quali prove illegittimamente acquisite*; Cass., sez. II, 3 febbraio 2003, Bonalumi, in *Guida dir.*, 2003, f. 18, 71; Cass., sez. I, 12 giugno 2001, Bagarella e altri, *ivi*, 2001, f. 35, 82; Cass., sez. IV, 23 giugno 2000, Adami e altro, *ivi*, 2000, f. 39, 100, ha aggiunto che anche in sede di giudizio abbreviato non sono utilizzabili i tabulati acquisiti senza provvedimento dell'autorità giudiziaria, essendo sufficiente, peraltro, in sede di indagini preliminari, il decreto motivato del pubblico ministero. In tempi più recenti (già sotto il vigore del Codice della *privacy*), ma in analogia prospettiva, Cass., sez. II, 22 novembre 2007, M.G., in *C.E.D. Cass.*, rv. 238834, ha affermato che per l'acquisizione di tabulati di traffico telefonico da altro procedimento non occorre seguire la procedura prevista per le intercettazioni dall'articolo 270 c.p.p.

⁵⁷ La l. 30 dicembre 1996, n. 675, emanata in attuazione della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 (sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale) e della direttiva 1995/46/CE, ha dettato per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina organica e articolata in materia di trattamento dei dati personali, volta a garantire il rispetto «dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale» (articolo 1 comma 1). L'oggetto specifico della normativa è il trattamento dei dati, intendendosi per «trattamento», in base all'articolo 1 comma 2 lett. b), «qualunque operazione o complesso di operazioni, svolti con o senza l'ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione dei dati»: in tale ampia nozione, senza dubbio, poteva considerarsi ricompresa l'attività di raccolta dei dati esterni delle comunicazioni, di cui il d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171 poneva la specifica disciplina attuativa. In materia, diffusamente, DE SIERVO, *Tutela dei dati personali e riservatezza*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 297 ss.

⁵⁸ CORSO, *La tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 827. Adesivamente, DE LEO, *Controllo delle comunicazioni e riservatezza (a proposito di tabulati, tracciamenti, intercettazioni, conservazione dei dati e dintorni)*, in *Cass. pen.*, 2002, 2217, che ha evidenziato come «vi sono dati che non servono alla fatturazione ma che sono di utilità per le indagini, come ad esempio per la telefonia fissa l'identità del chiamante [...] oppure, per la telefonia mobile, l'identità della cella [...]. Vi sono inoltre situazioni in cui gli operatori non procedono alla fatturazione perché hanno forme diverse di pagamento: è il caso delle tariffe c.d. flat, cioè a forfait»: con la conseguenza che in entrambi i casi, mancando il presupposto per la ritenzione dei dati, questi dovevano essere cancellati.

che, in un'ottica tutta interna alla logica della *privacy*, si poneva nella prospettiva di tutela del privato cittadino, stabilendo che i dati fossero cancellati subito, salva la loro conservazione ai fini dei rapporti economici tra utente e gestore o ai fini di commercializzazione⁵⁹.

Dunque, si trattava di una disciplina parziale, mirata a regolamentare solo uno dei possibili profili di interferenza tra dati di traffico e *privacy*⁶⁰ e che, deliberatamente, non si occupava degli aspetti attinenti ai settori della pubblica sicurezza e della legge penale: il contenuto della direttiva, cioè, era dimensionato solo sui rapporti commerciali, mentre rimaneva inapplicabile al di fuori di essi, tanto che l'articolo 14 della medesima direttiva faceva esplicitamente salva la possibilità delle legislazioni nazionali di disciplinare diversamente i profili pubblicitari.

Si creava così un rischio di interferenza tra i due piani, che derivava dall'eventuale "incrocio" tra la disciplina dettata dal d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171 in ordine ai termini di conservazione e la possibilità, riconosciuta dalla giurisprudenza, di acquisire i tabulati *ex* articolo 256 c.p.p. (o secondo altra e non condivisibile impostazione *ex* articolo 267 c.p.p.); emergeva, in altri termini, una tendenziale sovrapposizione della normativa "privata" agli aspetti pubblici, prospettata tra l'altro dalla stessa Cassazione allorché aveva sostenuto che l'inutilizzabilità dei tabulati, acquisiti senza un previo decreto *ex* articolo 267 c.p.p., avrebbe potuto essere sanata da un successivo decreto motivato «per l'acquisizione dei dati [...] presso l'ente gestore del servizio, dal momento che essi sono conservati, per il relativo trattamento, ai sensi dell'art. 4 comma 2 d.lg. 13 maggio 1998, n. 171»⁶¹.

In questa prospettiva, l'autorità giudiziaria avrebbe potuto acquisire i dati esteriori, incorporati nella base materiale rappresentata dai tabulati, nei limiti temporali dettati dall'articolo 4 comma 2 del decreto, il quale ne ammetteva il «trattamento»⁶² «sino alla fine del periodo durante il quale può essere legalmente contestata la fattura o preteso il pagamento»; pertanto, a fronte dell'assenza di un obbligo in capo agli operatori di un obbligo di conservazione dei dati funzionali alle indagini e della mancata previsione di specifici termini, si ricorreva a un'opera di supplenza per cui la durata era dedotta sulla base del «metro temporale adottato per il piano commerciale»⁶³.

Un problema conseguenziale era quello relativo alla effettiva determinazione dei termini legislativamente individuati, poiché il legislatore italiano, riproducendo pedissequamente il testo della direttiva, aveva introdotto un duplice riferimento temporale stabilendo che i dati di traffico potessero essere conservati, in sostanza, sino a quando fossero azionabili i diritti contrattuali di utente e di gestore: più precisamente, entro il termine di prescrizione per la contestazione della fattura (da parte dell'utente) ovvero entro il termine di prescrizione della pretesa di pagamento (da parte del gestore).

Tuttavia, tale doppio parametro poneva un obbligo di scelta, rispettivamente, tra il termine ordinario decennale di azionabilità dei diritti dell'utente e il termine prescrizione quinquennale della pretesa di pagamento (atteso che alla bolletta telefonica, avendo una periodicità inferiore all'anno, è applicabile la prescrizione breve *ex* articolo 2948 n. 4 c.c.)

Sul punto, alquanto discusso⁶⁴, si registravano maggiori consensi in ordine all'operatività del termine di cinque anni⁶⁵: il che, se da un lato sarebbe stato compatibile e adeguato con le esigenze investigative di acquisizione che sorgono spesso a distanza di anni dalla commissione dei fatti, rimanendo in tali casi imprescindibile la necessità di ricostruire le tracce delle comunicazioni, dall'altro, paradossalmente, ha generato critiche in ordine all'eccessiva dimensione

⁵⁹ DE LEO, *La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1016.

⁶⁰ A conferma di tale conclusione vale la considerazione che l'articolo 4 stabiliva un obbligo di cancellazione dei dati, e non un divieto di conservazione, lasciando presupporre che essi esistessero e fossero costituibili in archivio; inoltre, quale alternativa alla cancellazione, era previsto che i dati potessero essere resi anonimi, potendosi così intuire che al legislatore non premesse eliminare i dati, ma renderli inoffensivi per la vita privata dei cittadini, in modo da non consentire ad altri privati di farne un uso improprio.

⁶¹ Cass., sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, cit., 472.

⁶² Il trattamento, come specificato dall'articolo 4 comma 2 lett. a)-g) del decreto, poteva avere ad oggetto, oltre i dati personali relativi al traffico: il numero o l'identificazione della stazione dell'abbonato; l'indirizzo dell'abbonato e il tipo di stazione; il numero dell'abbonato chiamato; il numero totale degli scatti da considerare nel periodo di fatturazione; il tipo, l'ora di inizio e la durata delle chiamate effettuate e il volume dei dati trasmesso; la data della chiamata o dell'utilizzazione del servizio; altre informazioni concernenti i pagamenti.

⁶³ Così, DE LEO, *La conservazione*, cit., 1017, che sembra cogliere il vero aspetto critico della questione. L'Autore ritiene che sia stata operata una sorta di trasformazione del principio originario della direttiva: altro è dire che «i dati si cancellano, salvo che servano per la fatturazione», altro è seguire, nella pratica, la regola per cui «i dati si conservano finché servono per la fatturazione».

⁶⁴ Per DE LEO, *Controllo*, cit., 2219, a favore del termine di dieci anni deponeva il fatto che, in tutti i casi in cui vi sono forme di pagamento diverse dalla fatturazione, l'altro parametro sarebbe stato inapplicabile e dunque se ne sarebbe dovuto dedurre che il termine non poteva che essere legato alla contestazione del rapporto da parte dell'utente; altresì, poteva sostenersi una duplicità di soluzioni, applicabili a seconda che si seguisse un'ottica funzionale agli interessi pubblici o alle esigenze della *privacy*.

⁶⁵ Così, ad esempio, CAPRIOLI, *op. cit.*, 71, nota 231; FILIPPI, *Il rilevamento*, cit., 1688, nota 11.

temporale dei termini in relazione alle finalità di regolazione dei rapporti commerciali, posto che per la contestazione di una fattura sono sufficienti mesi e non anni⁶⁶.

Senonché, era emerso anche che non tutti i dati potenzialmente utili alle indagini fossero fatturabili, con la conseguenza della loro immediata cancellazione: è in questa prospettiva che la normativa in esame dimostrava la propria inadeguatezza a governare profili, quali quelli attinenti alla giustizia penale, che – come visto – non rientravano nella *ratio* posta alla base dell'intervento legislativo.

7.

I tabulati nel Codice della *privacy* e un percorso fin da subito “in salita”.

Una prima e articolata regolamentazione dei profili attinenti alla conservazione dei dati esteriori e all'acquisizione dei tabulati è comparsa soltanto nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Codice della *privacy* (a cui, d'ora in avanti, si intendono riferite le citazioni degli articoli, se non diversamente specificato), attuativo dei principi enunciati dalla direttiva 2002/58/CE sulla tutela dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche⁶⁷.

Si tratta, brevemente, di una disciplina che, individuando degli specifici termini temporali entro i quali le varie tipologie di dati esteriori possono essere acquisite dall'autorità giudiziaria, si pone l'obiettivo di dettare un bilanciamento tra le istanze di repressione del fenomeno criminale ed esigenze di tutela della riservatezza.

La regola generale, posta dall'articolo 123 comma 2 sotto il profilo dei rapporti “privatistici”, è nel senso che sia consentito il trattamento dei dati «strettamente necessari ai fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamento in caso di interconnessione», «per un periodo non superiore a sei mesi», «ai fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento», fatta salva «l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale»⁶⁸.

Quanto agli aspetti processualpenalistici, la disposizione di riferimento è l'articolo 132, il quale, nella versione originaria, stabiliva che i dati relativi al traffico telefonico fossero conservati dal fornitore per trenta mesi per finalità di accertamento e repressione dei reati, secondo le modalità che avrebbero dovuto essere individuate con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con i Ministri dell'interno e delle comunicazioni e su conforme parere del Garante della *privacy*.

Peraltro, a seguito delle accanite critiche che hanno travolto la norma fin dalla sua appa-

⁶⁶ DE LEO, *La conservazione*, cit., 1017 ss.

⁶⁷ La direttiva si iscrive nell'ambito della normativa con cui il legislatore dell'Unione ha assoggettato tutte le reti di trasmissione e i servizi correlati a unico quadro normativo, secondo un approccio tecnologicamente “neutro”, volto a garantire un medesimo livello di tutela per tutte le comunicazioni elettroniche. In tale contesto, è stata emanata dapprima la direttiva quadro 21/2002/CE, nonché quattro direttive “particolari” (la citata direttiva 2002/58/CE, la direttiva 2002/20/CE sulle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, la direttiva 2002/19/CE sull'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate nonché sull'interconnessione delle stesse e la direttiva 2002/22/CE sul servizio universale e sui diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, tutte recepite, ad eccezione di quella in esame, nel d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, Codice per le comunicazioni elettroniche). L'articolo 15 della direttiva 2002/58/CE prevede la possibilità per gli Stati membri di stabilire restrizioni volte a limitare i diritti e gli obblighi da essa sanciti, purché integrino «una misura necessaria, opportuna e proporzionata» per la salvaguardia della «sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica» ovvero per la «prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati»: a tal fine, si specificava che i legislatori nazionali avrebbero potuto adottare misure legislative che prevedessero un termine di conservazione dei dati anche per le predette finalità di accertamento e repressione dei reati. Sull'*iter* di recepimento e sugli ulteriori contenuti della direttiva 2002/58/CE, si veda BUSIA, *Si volta pagina sulla tenuta dei tabulati telefonici*, in *Guida dir.*, 2003, f. 46, 40 ss., e Id., *Proroga di sei mesi per il testo unico privacy*, *ivi*, 2003, f. 8, 79; VIGLIAR, *Privacy e comunicazioni elettroniche: la direttiva 2002/58/CE*, in *Dir. inf.*, 2003, 402.

⁶⁸ Tale disposizione rappresenta l'ideale continuazione ed “evoluzione” dell'articolo 4 del già citato d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171, oggi abrogato dall'articolo 183 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Per GORINI-NIGER, *Privacy e comunicazioni elettroniche*, in *Il codice in materia di protezione dei dati personali*, a cura di Monducci e Sartor, Padova, 2004, 392, la disposizione tutela il cosiddetto “diritto all'oblio”, in base al quale «alcune categorie di informazioni» devono essere «distrutte, o conservate solo in forma aggregata e anonima», una volta raggiunta la finalità per la quale sono state raccolte. Per un esame della disciplina, cfr. CROCE, sub *art. 123*, in *Codice della privacy*, tomo II, Milano, 2004, 1527 ss.

rizzazione⁶⁹, poco prima che il Codice della *privacy* entrasse in vigore⁷⁰ è stato approvato il d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, che ha rinnovato completamente l'articolo 132, introducendo per la prima volta nel nostro ordinamento anche una disciplina apposita per l'acquisizione dei tabulati.

Il nuovo testo, operando una profonda revisione del bilanciamento tra gli interessi in gioco nella prospettiva di un «doppio binario»⁷¹, interveniva innanzitutto sul periodo di conservazione, prevedendo al comma 1 che «i dati relativi al traffico» fossero conservati, ad opera del fornitore, per trenta mesi per finalità di accertamento e repressione dei reati; decorso tale termine, in base al comma 2, i dati avrebbero dovuto essere conservati per ulteriori trenta mesi, esclusivamente per finalità di accertamento e repressione dei delitti di cui all'articolo 407 comma 2 lett *a*) c.p.p., nonché dei delitti in danno di sistemi informatici o telematici.

Un primo profilo di novità concerneva il novero dei dati suscettibili di acquisizione, per via del riferimento ai «dati relativi al traffico» (in luogo dei precedenti «dati relativi al traffico telefonico»), con un effetto di notevole ampliamento del perimetro applicativo della norma: infatti, poiché in base all'articolo 4 comma 2 lett. *b*), per «dato relativo al traffico» si intendeva «qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione»⁷², potevano essere acquisiti non solo i dati relativi alle telefonate su apparecchi fissi o cellulari, ma anche ad altri tipi di comunicazione elettronica, come i *fax*, gli *sms*, gli *mms* e le *e-mail*⁷³ e, in senso estensivo, i dati relativi ai siti *Internet* visitati⁷⁴.

Senonché, per circoscrivere i dati acquisibili, alcuni valorizzavano l'inciso dell'articolo 132 comma 1, che, facendo salvo quanto stabilito dal citato articolo 123 comma 2, avrebbe escluso dall'obbligo di conservazione e dalla disponibilità del gestore tutti quei dati non riferibili alle fatturazioni, come accade quando il corrispettivo dovuto sia forfettario (tariffe c.d. *flat*) o nel caso di schede prepagate⁷⁵.

Si è posto il dubbio se rientrassero in tale ambito i «dati relativi all'ubicazione», cioè, come previsto dall'articolo 4 comma 2 lett. *i*), «ogni dato trattato in una rete di comunicazione elettronica che indica la posizione geografica dell'apparecchiatura terminale dell'utente»⁷⁶: da

⁶⁹ Per le critiche, principalmente incentrate sulla irrisorietà del termine di conservazione in relazione all'evidente pregiudizio alle attività di indagine, cfr. AMATO, *Il reato grave facilita l'accesso al tabulato*, in *Guida dir.*, 2004, f. 2, 31; CAPOCCIA, *Tabulati telefonici: tanti dubbi sulla nuova normativa*, in *Cass. pen.*, 2005, 290; DE LEO, *Conservazione dei tabulati telefonici: la via italiana un modello per l'Europa*, in *Guida dir.*, 2004, f. 2, 10; GREVI, *Ma quei tabulati sono indispensabili per le istruttorie*, in *Corriere della sera*, 24 dicembre 2003, 16, nonché l'intervento del ministro Castelli alla Commissione giustizia del Senato, seduta del 5 febbraio 2004, n. 311. Perplessità hanno destato anche l'esclusione dei dati del traffico telematico (CAMON, *L'acquisizione dei dati sul traffico di comunicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 600), nonché i possibili profili di frizione con l'articolo 15 Cost. (FRIGO, *Nella conservazione dei dati internet la necessaria tutela giurisdizionale*, in *Guida dir.*, 2004, f. 18, 12).

⁷⁰ La straordinaria necessità e urgenza del d.l. 24 dicembre 2003, n. 354 è stata motivata sulla base del danno irreparabile che l'originario articolo 132, una volta entrato in vigore, avrebbe prodotto, ossia l'eliminazione dei dati per i quali il periodo di custodia era scaduto; è lo stesso decreto legge a evidenziare la necessità di «prevenirne la perdita nell'ipotesi in cui ne risulti necessaria l'acquisizione», in particolare, «ai fini della repressione di reati di particolare gravità». In tema, DE LEO, *Note a margine della legge sull'acquisizione e conservazione dei dati di traffico telematico*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1273, ricorda come «il mondo delle Procure», di fronte a tale rischio, avesse proposto di affidare i dati, dopo i primi trenta mesi, alla disponibilità del Garante della *privacy*.

⁷¹ L'espressione è di DE LEO, *Note*, cit., 1274: l'Autore, tuttavia, dubita della coerenza di una simile logica perché, a differenza di quanto previsto per il regime «speciale» delle intercettazioni per indagini di criminalità organizzata, «altra cosa è prevedere che dati che debbono comunque essere conservati vengano utilizzati per certe indagini per un periodo dimezzato rispetto ad altre». Cfr. anche PARODI, *Le modifiche del "d.l. giustizia" in tema di conservazione dei dati*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 543.

⁷² Più dettagliato il considerando n. 15 della direttiva 2002/58/CE: «i dati relativi al traffico possono tra l'altro consistere in dati che si riferiscono all'instradamento, alla durata, al tempo o al volume di una comunicazione, al protocollo usato, all'ubicazione dell'apparecchio terminale di chi invia o riceve, alla rete sulla quale la comunicazione si origina o termina, all'inizio, alla fine o alla durata di un collegamento. Possono anche consistere nel formato in cui la comunicazione è trasmessa dalla rete».

⁷³ CONTI, *L'attuazione della direttiva Frattini: un bilanciamento insoddisfacente tra riservatezza e diritto alla prova*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di Lorusso, Padova, 2008, 9; nello stesso senso, FRIGO, *op. cit.*, 12.

⁷⁴ BUSIA, *Elenco tassativo delle informazioni da archiviare*, in *Guida dir.*, 2004, f. 2, 29, sottolinea che, in tal modo, le informazioni acquisite avrebbero rivelato non solo i dati esteriori, ma anche i contenuti della comunicazione elettronica e sarebbero state assimilabili a intercettazioni vere e proprie. Sul punto si registrava anche un intervento delle associazioni di categoria dei fornitori di accesso e servizi su *Internet* (Assprovider e Aup), le quali avevano evidenziato come la conservazione per un totale di cinque anni del traffico degli utenti di *Internet* avrebbe comportato la creazione di archivi vastissimi, utilizzabili come «dossier» a carico di un soggetto.

⁷⁵ PARODI, *Le modifiche*, cit., 547; *contra*, CAMON, *L'acquisizione*, cit., 631.

⁷⁶ Si tratta di una categoria di dati che – come spesso emerge dalle vicende di cronaca di maggiore rilevanza mediatica – assumono grande importanza per le indagini; com'è noto, i fornitori conservano traccia delle c.d. «celle di apertura» dei telefoni cellulari, cioè dei ponti radio «agganciati» da ciascun apparecchio, potendosi così individuare con buona approssimazione i luoghi in cui un soggetto si trova in un determinato momento. Sul punto, si può ricordare, ancora una volta, la disciplina più analitica della direttiva 2002/58/CE la quale, al considerando n. 14, stabiliva che «i dati relativi all'ubicazione possono riferirsi alla latitudine, longitudine ed altitudine dell'apparecchio terminale dell'utente, alla direzione di viaggio, al livello di accuratezza dell'informazione sull'ubicazione, all'identificazione della cella di rete in cui l'apparecchio terminale è ubicato in un determinato momento, e al momento in cui l'informazione sull'ubicazione è stata registrata».

un lato, si è rilevato come l'articolo 32 comma 1 menzioni separatamente i «dati relativi al traffico» e i «dati relativi all'ubicazione», apparentemente distinguendoli e differenziandone il regime; dall'altro, è stato sottolineato come altre disposizioni, quali l'articolo 4 comma 2 lett. l) e l'articolo 126 commi 1, 2, 3 e 4, usino l'espressione «dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico», ammettendo implicitamente la possibilità che esistano dati sull'ubicazione che, essendo trattati per finalità di trasmissione di un messaggio o per la relativa fatturazione *ex* articolo 4 comma 2 lett. b), integrino dei dati sul traffico, seguendo la relativa disciplina⁷⁷.

L'ulteriore termine di trenta mesi, espressivo della logica del doppio binario, operava non solo in relazione a fattispecie "tradizionalmente" considerate gravi, come quelle di cui all'articolo 407 comma 2 lett. a) c.p.p., ma anche ad altre, la cui gravità "particolare", rinvenuta nelle esigenze investigative riferite al settore della criminalità informatica e telematica, giustificava una parificazione di disciplina.

L'intervento normativo, inoltre, ha introdotto la prima e specifica disciplina sulle modalità di acquisizione dei dati, cui sono dedicati i commi 3 e 4 dell'articolo 132.

Per i primi trenta mesi, il comma 3 prevedeva una procedura "semplificata", in base alla quale risultava sufficiente un decreto motivato⁷⁸ dell'autorità giudiziaria, emesso d'ufficio o su istanza del difensore dell'imputato o delle altre parti private; con la precisazione che il difensore dell'imputato (e non anche delle altre parti private) poteva richiedere direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate (soltanto⁷⁹) al proprio assistito, secondo le modalità previste dall'articolo 391-*quater* c.p.p., in materia di investigazioni difensive, per la richiesta di documenti alla pubblica amministrazione.

Nella nozione di «autorità giudiziaria» doveva ritenersi compreso anche il pubblico ministero, che avrebbe potuto procedere all'acquisizione direttamente, anche in fase dibattimentale, senza dover attendere l'autorizzazione del giudice: tale conclusione – in linea con la soluzione diffusa in giurisprudenza – si imponeva poiché, da un lato, la disposizione non contemplava il pubblico ministero tra i soggetti che potevano attivare l'autorità giudiziaria, quando questa non intendesse provvedere d'ufficio e, dall'altro, esigenze di "parità delle armi" inducevano a parificare la pubblica accusa al difensore dell'imputato legittimato autonomamente all'acquisizione.

Tali considerazioni trovavano poi riscontro, seppur *a contrario*, nel procedimento "rafforzato" previsto in relazione alla seconda fase di conservazione.

Nei successivi trenta mesi, la procedura era infatti più complessa e "garantita", atteso che, in base al comma 4, il pubblico ministero (o il difensore dell'imputato) doveva chiedere l'autorizzazione ad acquisire i dati al giudice, il quale decideva con decreto motivato; tuttavia, il giudice stesso poteva procedere all'acquisizione anche d'ufficio, sempre con decreto motivato.

⁷⁷ A favore di tale lettura, BRUNO, *La "localizzazione" elettronica tra indagine e prova*, in *Giust. pen.*, III, 2011, 701 ss. Una simile conclusione, tuttavia, sembrerebbe essere in contrasto con i consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia di rilevamento GPS (sulla relativa tecnica investigativa, cfr. SPATARO, *op. cit.*, 198 ss.). Nel dettaglio, la Cassazione ha ritenuto estraneo al concetto di intercettazione l'attività di rilevazione satellitare tramite il sistema di posizionamento GPS (*Global Positioning System*), definita altresì come "pedinamento elettronico", sulla base dell'assunto che mentre la prima tecnica investigativa consente di acquisire il contenuto di una comunicazione, la seconda consente di localizzare e controllare la presenza di un soggetto in un determinato luogo e in un certo momento, costituendo un mezzo di ricerca della prova atipico (Cass., sez. V, 27 febbraio 2002, Bresciani ed altri, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 93 ss., con nota di PERETOLI, *Controllo satellitare con GPS: pedinamento o intercettazione?*, nonché in *Dir. & giust.*, 2002, 22, 14, con nota di BOTTI, *Ma il sensore posto nell'autoveicolo potrebbe violare il domicilio*, nonché in *Cass. pen.*, 2002, 3049 ss., con nota di LARONGA, *L'utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.*, e in *Foro it.*, 2002, II, 635, con nota di SCAGLIONE, *Attività tipica della polizia giudiziaria e controllo satellitare*; in senso conforme, Cass., sez. V, 7 maggio 2004, Massa, in *Guida dir.*, 2004, f. 27, 64 ss.; Cass., sez. I, 7 gennaio 2010, Congia, in *Giust. pen.*, 2010, III, 479; Cass., sez. V, 10 marzo 2010, Z.B., in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1464, con nota di D. GENTILE, *Tracking satellitare mediante gps: attività atipica di indagine o intercettazione di dati?*, che non necessita dell'osservanza delle disposizioni degli articoli 266-271 c.p.p. (Cass., sez. IV, 29 gennaio 2007, Navarro Mogort, in *Giur. it.*, 2007, 2549; Cass., sez. IV, 28 novembre 2007, Bresin, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, 138; Cass., sez. VI, 11 dicembre 2007, Sitzia, in *Giust. pen.*, 2009, III, 354; in dottrina, MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, 236; SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 583 e 597; *contra*, IACOBACCI, *Sulla necessità di riformare la disciplina delle intercettazioni prendendo le mosse dalle esitazioni applicative già note*, in *Giust. pen.*, 2011, III, 365; VELANI, *Nuove tecnologie e prove penali: il sistema d'individuazione satellitare g.p.s.*, in *Giur. it.*, 2003, 2375) ma neppure del decreto motivato del pubblico ministero, rientrando nella disponibilità della polizia giudiziaria (GIORDANO, *Inapplicabili le garanzie delle intercettazioni al semplice monitoraggio della posizione*, in *Guida dir.*, 2002, f. 23, 51 ss.; *contra*, DI PAOLO, *"Tecnologie del controllo" e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Padova, 2008, 259, nota 235). Sul rilevamento GPS in ambito sovranazionale, cfr. Corte EDU, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania, in *Cass. pen.*, 2011, 395; per ulteriori considerazioni, FILIPPI, *Il GPS è una prova "incostituzionale"?* *Domanda provocatoria ma non troppo, dopo la sentenza Jones della Corte Suprema U.S.A.*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1.

⁷⁸ Sui presupposti del provvedimento e sul conseguente onere motivazionale in capo all'autorità giudiziaria, cfr. CAPOCCIA, *op. cit.*, 292, che ritiene sufficiente l'enunciazione della «correlazione tra il tabulato di traffico che si acquisisce ed il reato per cui si stanno svolgendo le investigazioni», e FRIGO, *op. cit.*, 12, che paventa il rischio di «ben note prassi di motivazione "finta", apparente o di comodo».

⁷⁹ Così DE BELLIS, *Brevi note sulla nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati telefonici*, in *Cass. pen.*, 2004, 1149.

Dunque, rispetto ai reati più gravi di cui al comma 2, l'*iter* acquisitivo era necessariamente mediato dall'intervento del giudice, quale che fosse la fase procedimentale (perciò, anche durante le indagini preliminari); peraltro, con riferimento a entrambi i periodi di conservazione, non era escluso un potere del giudice di acquisire i dati *ex officio*, che, tuttavia, non sarebbe stato slegato dalle scadenze processuali ma avrebbe dovuto riconnettersi ai poteri officiosi attribuitigli secondo le regole generali (nell'udienza preliminare, *ex* articolo 422 comma 1 c.p.p.; nel giudizio abbreviato, *ex* articolo 441 comma 5 c.p.p.; nel dibattimento *ex* articolo 507 c.p.p.).

La disciplina, in ultima analisi, non modificava il termine di conservazione dei dati, che – come nel previgente sistema – restavano conservabili per cinque anni, ma interveniva sul regime della loro acquisibilità in funzione dell'elemento temporale, limitandola quando l'accertamento fosse risalente a un periodo superiore al trentesimo mese⁸⁰.

Il punto veramente innovativo era però un altro, ossia l'instaurazione di un nesso diretto tra "antichità" del dato e sistema di garanzie per la sua procedura acquisitiva: in sintesi, «più il dato era risalente nel tempo, più grave era il *vulnus* che l'acquisizione recava alla riservatezza»⁸¹, di modo che non era ritenuto sufficiente l'intervento del pubblico ministero, ma si richiedeva, quale maggiore garanzia, l'intervento del giudice.

8.

Le modifiche introdotte con legge di conversione 26 febbraio 2004, n. 45.

La disciplina appena esaminata è stata sottoposta a una serie di rilevanti modifiche, in sede di conversione del decreto, dalla l. 26 febbraio 2004, n. 45⁸².

In primo luogo, si assisteva a un ritorno all'originario riferimento ai dati relativi al solo «traffico telefonico», con esclusione – secondo l'auspicio espresso in sede di discussione parlamentare – degli «altri» dati relativi al traffico di *Internet*⁸³: sicché, secondo taluno, una loro eventuale acquisizione avrebbe prodotto prove inammissibili⁸⁴.

Inoltre, era fortemente «irrigidita» la regolamentazione delle modalità di conservazione e acquisizione.

I dati potevano essere conservati dal fornitore per quarantotto mesi complessivi, scindibili in due fasi: più specificamente, era previsto un primo termine di ventiquattro mesi, entro il quale i dati potevano essere acquisiti per finalità di accertamento e repressione dei reati (com-

⁸⁰ Nota AMATO, *op. cit.*, 32, come un vantaggio sarebbe comunque derivato alle società di gestione, nel senso di un *trend* deflattivo delle richieste sia rispetto ai reati comuni, per cui i dati acquisibili sarebbero stati necessariamente limitati nel tempo, sia per i reati «più gravi», che rappresentavano un limite oggettivo all'acquisizione dei dati più remoti; cfr. anche FRUGANTI, *Prime riflessioni sui profili applicativi della disciplina sull'acquisizione dei tabulati del traffico telefonico*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, 367.

⁸¹ CONTI, *op. cit.*, 8. In senso critico, CAMON, *L'acquisizione*, cit., 626; nonché FRIGO, *op. cit.*, 13, per cui il valore della segretezza dei dati «è sempre identico a se stesso in qualunque momento».

⁸² Per un esame sintetico della disciplina, cfr. FILIPPI, *Una disciplina per i tabulati telefonici che attua il diritto alla prova: un modello anche per le intercettazioni?*, in *Studi urbanati di scienze giuridiche, politiche ed economiche. Nuova serie A*, vol. 58, 4, 2007. Sulle questioni di diritto intertemporale, oggetto di specifica disciplina nell'articolo 4 della legge in esame, si veda Trib. Sciacca, 16 maggio 2005, in *Dir. giust.*, 2005, f. 35, 90, con nota di PARLATO, *Quei tabulati da conservare e non usare*.

⁸³ In particolare, si tratta dei c.d. *files di log*, ossia documenti, generati automaticamente dai sistemi informatici dei *providers* (i fornitori dell'accesso alla rete), che attestano le attività svolte dagli utenti durante una connessione. Per alcuni commenti a tale modifica in sede di conversione, si veda AMATO, *Tabulati: dati conservabili solo per due anni*, in *Guida dir.*, 2004, f. 10, 54; SANTANIELLO, *Nella conservazione dei dati internet necessario un bilanciamento dei diritti*, in *Guida dir.*, 2004, f. 5, 12; SAVIOTTI-SALVI, *Tabulati telefonici e traffico via internet: norme coerenti per la lotta al terrorismo*, in *Guida dir.*, 2004, f. 14, 13 ss.. Cfr. anche BUSIA, *Così la riservatezza "guadagna" terreno*, in *Guida dir.*, 2004, f. 10, 58; DE LEO, *Note*, cit., 1276 ss.; IASELLI, *Finalmente limiti certi al controllo del traffico telefonico*, in *Dir. & giust.*, 2004, 10, 16.

⁸⁴ PINNA, «Garanzie» giurisdizionali nell'acquisizione dei tabulati telefonici: dubbi infondati intorno a una norma (probabilmente) incostituzionale, in *Cass. pen.*, 2005, 1406, nota 12; *contra*, PRADELLA, *Comunicazioni elettroniche*, in *Il codice sulla protezione dei dati personali*, a cura di Cirillo, Milano, 2004, 448, per cui i dati telematici sarebbero ricaduti nell'ambito applicativo dell'articolo 123 comma 2, che, tuttavia, disciplinava soltanto obblighi di custodia e non si occupava della procedura di acquisizione. Pertanto, trattandosi di dati che pur sempre esistenti e soggetti al trattamento ai fini del rapporto cliente/gestore, si poneva il problema delle modalità della loro acquisizione. In argomento, FRUGANTI, *op. cit.*, 368, dà conto di due opposti filoni interpretativi: il primo, volto a privilegiare la *ratio* garantistica della disposizione, riteneva che la regola di esclusione andasse intesa quale indice della volontà di non consentire interventi ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti, cosicché in mancanza di specifica regolamentazione l'acquisizione dei tali dati sarebbe stata «*off limits*»; il secondo, invece, sosteneva che, ad eccezione dei dati di traffico telefonico, oggetto di specifica disciplina, i dati relativi a ogni altra comunicazione, ove e finché esistenti, sarebbero stati acquisibili, in linea con la precedente giurisprudenza, sulla base di un decreto motivato dell'autorità giudiziaria e quindi anche del pubblico ministero nelle indagini preliminari. In quest'ultima prospettiva, mancando una disposizione simile all'articolo 132 per gli «altri» dati, la loro conservazione sarebbe avvenuta nel limite di sei mesi *ex* articolo 123, di modo che sarebbero stati meno protetti «sul piano per così dire qualitativo» (bastando l'intervento del pubblico ministero), «ma più protetti, anzi blindati, sul piano quantitativo» posto che dopo sei mesi di essi non sarebbe esistita più alcuna traccia.

ma 1) e un secondo termine di ulteriori ventiquattro mesi in cui l'acquisizione era possibile per esclusive finalità di accertamento e repressione dei delitti di "particolare gravità" di cui all'articolo 407 comma 2 lett. a) c.p.p., nonché dei delitti in danno di sistemi informatici o telematici (comma 2).

Sotto il profilo acquisitivo, la disciplina, riprendendo lo schema del "doppio binario", determinava una profonda modifica delle competenze, con un conseguente notevole appesantimento dell'*iter* finalizzato all'apprensione dei dati: nel primo periodo, ai sensi del comma 3, i dati potevano essere acquisiti presso il fornitore, su istanza del pubblico ministero ovvero del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private, con decreto motivato del giudice⁸⁵.

Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta a indagini (non, dunque, i difensori delle altre parti private, egualmente legittimati a svolgere le investigazioni difensive) poteva ancora richiedere direttamente al fornitore i dati, relativi a utenze intestate al proprio assistito⁸⁶ (non anche quelli riguardanti utenze di terzi), secondo le modalità di cui all'articolo 391-*quater* c.p.p.⁸⁷; con la precisazione che, per il traffico entrante, il difensore avrebbe potuto ottenere i tabulati alle condizioni previste dall'articolo 8 comma 2 lett. f), cioè qualora dalla mancata acquisizione potesse derivare un «pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive»⁸⁸.

In relazione al secondo periodo di conservazione, invece, il comma 4 prevedeva che il giudice autorizzasse l'acquisizione dei dati, sempre con decreto motivato, qualora ritenesse sussistenti «sufficienti indizi» in ordine ai delitti di "particolare gravità" (indicati al comma 2).

Il confronto tra i commi 3 e 4 faceva emergere un dato inequivocabile: mentre l'acquisizione relativa al primo periodo non soggiaceva a specifici presupposti⁸⁹, nel secondo periodo si

⁸⁵ Nel senso della correttezza "costituzionale" di tale soluzione, CAPOCCIA, *op. cit.*, 297; FRIGO, *op. cit.*, 14; *contra*, BUTTARELLI, *Non è solo questione di privacy (appunti sulla conservazione dei dati di traffico)*, in *Quest. giust.*, 2004, 853; MARINARO-PETRALIA, *Acquisizione dei tabulati telefonici e nuova disciplina*, in *Diritto & Giustizia*, 24 marzo 2004.

⁸⁶ Si ricorda, infatti, che l'abbonato ha «diritto di ottenere la conferma o meno dell'esistenza di dati personali che lo riguardano» (articolo 7 comma 1), «anche per il tramite di un incaricato» (articolo 8 comma 1). Da segnalare, sul punto, un'apparente incongruenza: mentre al difensore i tabulati devono essere consegnati in versione "integrale", l'articolo 124 comma 4 prevede che «nella fatturazione dell'abbonato non sono evidenziate le ultime tre cifre dei numeri chiamati». Tale limite, tuttavia, è previsto solo per l'informativa contenuta nella fatturazione (ed è, tra l'altro, suscettibile di deroga *ex* articolo 124 commi 4 e 5); ma, qualora l'abbonato abbia esercitato l'accesso, in base all'articolo 7, avrà diritto a ottenere un'informazione completa, senza l'omissione delle tre cifre finali.

⁸⁷ Il difensore aveva così a disposizione una *chance* aggiuntiva; di fronte a tale previsione sorgevano immediatamente interrogativi circa la sua *ratio*, che, se individuata in un'esigenza di rafforzamento dell'indagine difensiva (come sembrerebbe, atteso l'esplicito richiamo degli articoli 391-*quater* c.p.p. e dell'articolo 8 comma lett. f)), avrebbe potuto generare – come in effetto accaduto – sospetti d'incostituzionalità sotto il profilo di una violazione del principio di parità delle parti di cui all'articolo 111, comma 2 Cost., in relazione alla posizione del pubblico ministero. Per la questione di legittimità sollevata, cfr. G.i.p. Trib. Pavia, 24 marzo 2004, in *Cass. pen.*, 2005, 1403, che denunciava come, a fronte del possibile «accesso diretto» ai tabulati per il difensore dell'imputato e della persona sottoposta a indagini, «incomprendibilmente» al pubblico ministero tale accesso fosse inibito, dovendo egli sempre «interpellare» il giudice. In merito, PINNA, *op. cit.*, 1408 ss., ha messo in luce l'equivoco in cui era caduta l'ordinanza di rimessione: l'«accesso diretto», cui essa si riferiva, rappresentava infatti «l'esercizio in forma mediata», *ex* articoli 7 e 8, del diritto a conoscere i propri dati personali riconosciuto al titolare, assumendo in tal caso il difensore la veste di incaricato cui l'assistito delegava l'accesso a informazioni la cui conoscenza gli era garantita dall'ordinamento. Nel senso di una disparità di trattamento tra pubblico ministero e difensore, GIORDANO, *Tabulati telefonici: senza regole sull'iter «convivenza» più difficile con la novella*, in *Guida dir.*, 2004, f. 13, 12.

⁸⁸ La richiesta del difensore seguiva un regime differenziato, più permissivo per le istanze relative al traffico in uscita per cui non era stabilito alcun presupposto, salvo l'onere per il difensore di documentare la propria qualità: sul punto, DE BELLIS, *op. cit.*, 1150 si chiedeva se bastasse un'autocertificazione ovvero fosse necessario un atto di nomina a difensore e il certificato *ex* articolo 335 c.p.p. relativo all'esistenza di indagini preliminari in corso a carico del proprio assistito (o, alternativamente, il certificato dei carichi pendenti nel caso l'azione penale fosse già stata esercitata). Per il traffico in entrata, invece, sorgeva l'interrogativo circa il soggetto competente a valutare il presupposto del pregiudizio alle investigazioni.

⁸⁹ In proposito, diffuse erano le preoccupazioni circa un sostanziale «svuotamento» dell'onere motivazionale, nel senso di un provvedimento autorizzativo quale «atto dovuto» (G.i.p. Trib. Palmi, 5 giugno 2004, in *Gazz. uff.*, serie speciale, 3 novembre 2004, n. 43, 43): in altri termini, a fronte di un «aggravamento procedurale notevole» si sarebbe verificata una «acquisizione pressoché automatica» (G.i.p. Trib. Pavia, 24 marzo 2004, cit., 1402), richiedendosi un controllo limitato alla mera verifica «cronologica» dei dati richiesti con conseguente «impoverimento» dell'obbligo motivazionale, relegato a mero passaggio formale-burocratico. Per smorzare parzialmente tali perplessità si erano individuati alcuni limiti impliciti: nel senso che un procedimento dovesse essere già iniziato e che sussistesse, in forza dell'articolo 187 c.p.p., un nesso tra la notizia di reato (o l'imputazione) e l'utenza che si voleva controllare (G.i.p. Trib. Reggio Emilia, 17 marzo 2004, in *Guida dir.*, 2004, f. 16, 79), non risultando necessario che l'abbonato fosse la persona imputata o sottoposta alle indagini, ma occorrendo almeno la dimostrazione, sia pure allo stato degli atti, di un legame tra l'utenza e l'ipotesi criminosa da verificare.

esigeva il rispetto di un duplice limite, probatorio (i «sufficienti indizi»⁹⁰) e qualitativo-edittale (il riferimento ai delitti di cui all'articolo 407 comma 2 lett. a) ovvero ai delitti in danno di sistemi informatici o telematici⁹¹).

La disposizione, inoltre, poneva seri problemi ermeneutici circa la forma e l'esecuzione dei provvedimenti con cui il giudice, in base ai commi 3 e 4, avrebbe determinato l'acquisizione dei dati; il testo risultava fortemente ambiguo nella misura in cui al comma 3 prevedeva che i tabulati fossero «acquisiti» con decreto motivato del giudice, mentre al comma 4 disponeva che il giudice «autorizzasse» l'acquisizione⁹².

La nuova disciplina non prevedeva più – a differenza del regime previgente – un potere di acquisizione dei dati *ex officio* da parte del giudice, né tantomeno sembrava che il difensore potesse richiedere al giudice i dati «remoti», relativi al secondo periodo, attesa la mancanza di un'esplicita previsione in tal senso e considerato che il requisito circa la sussistenza degli indizi sufficienti pareva «forgiato» sul pubblico ministero⁹³; dubbi persistevano, invece, sulla possibilità per il difensore stesso di acquisire i tabulati nei secondi ventiquattro mesi, nell'ambito delle investigazioni difensive *ex* articolo 391-*quater* c.p.p.

Per ultimo, la normativa sembrava lacunosa sotto il profilo della mancata previsione di una procedura d'urgenza⁹⁴, che, al pari della disciplina delle intercettazioni, vedesse un intervento del pubblico ministero successivamente soggetto a convalida del giudice⁹⁵.

Da rilevare – quale nota di chiusura all'esame della normativa – un *deficit* per quanto concerne la «contestualizzazione» delle disposizioni. La disciplina – in particolare, nella parte relativa al provvedimento acquisitivo – non era ricollegabile o assimilabile né a quella in materia di sequestro, né a quella in materia di intercettazioni, risultando difficilmente praticabile se non preclusa la possibilità di individuare un *corpus* normativo cui fare riferimento al fine di colmare eventuali lacune: tale considerazione, in definitiva, accresceva la consapevolezza dell'autonomia ormai «conquistata», in termini di garanzie e di regime giuridico, da parte dell'istituto dell'acquisizione dei tabulati.

⁹⁰ Il presupposto, che richiama la formula utilizzata per le intercettazioni in materia di criminalità organizzata (articolo 13 comma 1 d.l. 13 maggio 1991, n. 152), seppur non particolarmente severo, non autorizzava comunque a concludere nel senso che il decreto autorizzativo potesse fondarsi su conoscenze inutilizzabili. In tema, FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni e il segreto di polizia (art. 267 c.p.p.)*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001, n. 63)*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 400, per cui le intercettazioni disciplinate dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, che a differenza di quelle «ordinarie» si fondano su indizi meramente «sufficienti», possono essere disposte, ad esempio, sulla base di una precedente intercettazione inutilizzabile.

⁹¹ Analogamente a quanto avviene per le intercettazioni di cui all'articolo 266-*bis* c.p.p., anche in tale sede si poneva un problema di esegesi della formula «delitti in danno di sistemi informatici o telematici»: se, cioè, facesse riferimento ai soli delitti nei quali tale «danno» fosse elemento costitutivo della fattispecie oppure comprendesse anche quelle ipotesi in cui esso, pur verificandosi, non fosse necessario per integrare il fatto tipico. Va inoltre ricordato come il «danneggiamento di sistemi informatici o telematici» sia oggetto dell'apposita fattispecie di cui all'articolo 635-*bis* c.p.: non è chiaro, in definitiva, a quali «altri» delitti alludesse la dizione normativa (sul punto, cfr. AMATO, *Il reato grave*, cit., 31; PARODI, *Le modifiche*, cit., 544). L'elenco dei delitti, in ogni caso, doveva ritenersi tassativo: poteva sorgere, perciò, un problema in ordine a quei tabulati che avessero consentito di scoprire elementi di prova relativi a fattispecie criminose diverse da quelle menzionate nel decreto autorizzativo.

⁹² Secondo una prima impostazione, la formula utilizzata dal comma 3 andava letta in connessione con il successivo comma 4, sicché anche per il caso della richiesta entro il primo termine l'atto del giudice sarebbe stata un'autorizzazione, essendo così rimessa l'esecuzione del provvedimento alla parte istante (pubblico ministero, difensore dell'imputato, della persona sottoposta ad indagini, della persona offesa e delle altre parti private): in particolare, per MINOTTI, *I dati delle comunicazioni più recenti non richiedono una nuova deliberazione*, in *Guida dir.*, 2004, f. 16, 82, l'utilizzo della preposizione «con», in relazione al decreto motivato del giudice, avrebbe confermato il ruolo del giudice come «mezzo dell'azione spettante ad altri (le parti)», tanto più che la conclusione contraria avrebbe portato alla paradossale conseguenza di introdurre una tutela minore per azioni più invasive nel tempo, come quelle del comma 4. *Contra*, FRUGANTI, *op. cit.*, 370; GIORDANO, *Tabulati*, cit., 11; PARODI, *Le modifiche*, cit., 544, che propendevano per una diversa modulazione dell'esercizio del potere riconosciuto al giudice, sostenendo che, entro il primo periodo, il giudice acquisisse direttamente con proprio decreto i tabulati, eseguendo il relativo provvedimento e sostenendo le relative spese, mentre nel successivo si limitasse a concedere un'autorizzazione simile a quella per le intercettazioni, rimettendone l'esecuzione alle parti richiedenti.

⁹³ CAMON, *L'acquisizione*, cit., 624, riteneva, infatti, che per ottenere i tabulati in tal caso, il difensore «sarebbe costretto a corroborare l'ipotesi delittuosa intorno alla quale sta lavorando il pubblico ministero»; *contra*, PERELLI, *Acquisizione dei tabulati telefonici: tutela della privacy o tutela delle indagini?*, in *Diritto & Giustizia*, 1 maggio 2004, per cui il comma 4 esigeva solo il *fumus* di un delitto, non anche indizi di colpevolezza soggettivamente orientati, di modo che il difensore non sarebbe stato necessariamente spinto a rovesciare sospetti sull'assistito.

⁹⁴ Si vedano le questioni di costituzionalità sollevate da G.i.p. Trib. Pavia, 24 marzo 2004, cit., 1403, e, negli stessi termini, da G.i.p. Trib. Cuneo, 13 marzo 2004, in *Gazz. uff.*, 1° serie speciale, 7 luglio 2004, n. 26, 137.

⁹⁵ Se è vero che le intercettazioni presuppongono una captazione «in tempo reale» e giustificano una procedura *ex abrupto* per evitare un ritardo pregiudizievole, pare errato ritenere che una simile esigenza non sussistesse in materia di tabulati sulla base dell'assunto che comunque i dati sono «informaticamente archiviati e quindi accessibili [...] in qualunque momento» (PINNA, *op. cit.*, 1409; cfr. anche CALAMANDREI, *op. cit.*, 1692 ss.): al contrario, poteva sorgere un *periculum in mora* nei casi in cui la necessità dell'acquisizione si fosse manifestata in prossimità del termine oltre il quale i dati sarebbero cancellati ovvero quando, nel corso di indagini per reati diversi da quelli di cui al comma 2, stesse per scadere il termine di ventiquattro mesi entro cui i dati potevano essere acquisiti «senza limiti» (MARINARO-PETRALIA, *op. cit.*; PARODI, *Le modifiche*, cit., 544; SAVIOTTI-SALVI, *op. cit.*, 12).

9.

Le novità del “decreto Pisanu”: un (auspicabile) ritorno al passato.

La disciplina dei tabulati è stata oggetto di una successiva e rilevante modifica per effetto del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale» (c.d. “decreto Pisanu”), convertito, senza sostanziali modifiche, dalla l. 31 luglio 2005, n. 155.

Il provvedimento, emanato per fronteggiare la contingente emergenza internazionale deflagrata a seguito di sanguinosi attentati terroristici, si proponeva, sul presupposto del fondamentale contributo che i tabulati avrebbero potuto fornire nell’ambito di eventuali indagini, di rivedere la precedente regolamentazione in materia, attuando un nuovo e diverso bilanciamento degli interessi che contrappongono *data protection* e *data retention*, nell’ambito della più generale garanzia dell’*habeas data*⁹⁶. Ancora una volta erano due le direttrici di riforma privilegiate dall’articolo 6 del citato decreto legge: il profilo attinente alla conservazione dei dati e la ripartizione di attribuzioni tra pubblico ministero e giudice⁹⁷.

Quanto al primo, si assisteva a una riproposizione della struttura bifasica del periodo di conservazione dei dati, seppur con una importante modifica concernente la tipologia dei dati conservabili e i relativi termini.

Il comma 1, infatti, stabiliva un primo termine di conservazione di ventiquattro mesi (inalterato rispetto al passato) dei dati relativi al traffico telefonico, «inclusi quelli concernenti le chiamate senza risposta»⁹⁸, per generiche finalità di accertamento e repressione dei reati e – come auspicato – un più breve termine di sei mesi, sempre per le medesime finalità, dei dati relativi al traffico telematico⁹⁹, «esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni». Era poi previsto al comma 2 un secondo periodo, rispettivamente, di ulteriori ventiquattro mesi per i dati di traffico telefonico e di ulteriori sei mesi per i dati di traffico telematico, in cui la conservazione sarebbe avvenuta per esclusive finalità di accertamento e repressione dei delitti di cui all’articolo 407 comma lett. a) c.p.p., nonché dei delitti in danno di sistemi informatici o telematici¹⁰⁰.

Notevole rilievo assumevano, inoltre, le novità introdotte in relazione alle modalità acquisitive dei dati.

In base al comma 3, nei primi ventiquattro mesi (o nei primi sei mesi, per i dati del traffico telematico), i dati avrebbero dovuto essere acquisiti presso il fornitore «con decreto motivato del pubblico ministero», anche su istanza del difensore dell’imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private¹⁰¹; rimaneva, tra l’altro, la facoltà di acquisizione diretta del difensore dell’imputato o della persona sottoposta a indagini *ex* articolo 391-*quater* c.p.p.

Nei successivi ventiquattro mesi (o negli ulteriori sei mesi, per i dati di traffico telematico), il comma 4 richiedeva – come previsto dalla disciplina anteriore – l’autorizzazione del giudice,

⁹⁶ L’espressione è utilizzata da VIGEVANI, *Commento all’art. 132*, in *Codice della privacy (Commento al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative)*, a cura di Italia, Milano, 2004, 1680 ss.

⁹⁷ Per una panoramica generale sulle novità introdotte, cfr. CONTI, *op. cit.*, 12 ss.; D’ANGELO, *La conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico tra esigenze investigative e tutela della privacy*, in AA.VV., *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di Dalia, Milano, 2006, 121 ss.; GENOVESE, *Il diritto alla privacy e le disposizioni relative al traffico telefonico e telematico*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, a cura di Rosi e Scopelliti, in Supplemento a *Dir. & giust.*, 2006, 16, 119 ss.; GIORDANO, *Le indagini preliminari: poteri e limiti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria*, Padova, 2006, 512 ss.; STRACUZZI, *Tabulati telefonici: senza norme attuative resta il rebus della conservazione dei dati*, in *Guida dir.*, 2005, f. 47, 88 ss.

⁹⁸ L’esperienza investigativa dimostrava che tali segnali, apparentemente privi di significato, potessero in realtà costituire messaggi in codice, utili ai fini delle indagini: in tal senso, CANTONE, *Le modifiche processuali introdotte con il «decreto antiterrorismo» (d.l. 144/05 conv. in l. n. 155/05)*, in *Cass. pen.*, 2005, 2513; FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1216, evidenzia come, ad esempio, tramite le chiamate senza risposta si possa addirittura attivare a distanza un ordigno esplosivo; analogamente, RAFARACI, *Intercettazioni e acquisizione di tabulati telefonici*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di Kostoris e Orlandi, Torino, 2006, 277.

⁹⁹ Sul punto, diffusamente, VIGGIANO, *I dati personali nelle ricerche su internet*, in *Dir. inf.*, 2007, 379.

¹⁰⁰ Approva tale scelta MENGONI, *Commento all’art. 6 d.l. 25 luglio 2005, n. 144, conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155*, in *Leg. pen.*, 2005, 466.

¹⁰¹ L’uscita di scena del giudice trovava una giustificazione nelle esigenze di snellimento della procedura nell’ipotesi, senza dubbio meno “invasiva”, di cui al comma 1, fermo restando l’emanazione di un provvedimento necessariamente motivato che giustificasse l’invasione del delicato ambito della *privacy*. Ma, a ben vedere, tale *revirement* del legislatore non poteva che essere valutato positivamente, poiché poneva la normativa in materia di tabulati in piena linea con i principi enunciati dalla Corte costituzionale dapprima nel 1993 e poi nel 1998, secondo cui l’acquisizione dei dati esteriori richiedeva un decreto motivato dell’autorità giudiziaria, incluso il pubblico ministero, sorretto da un’adeguata motivazione dimostrativa in concreto di esigenze di prevenzione e repressione dei reati.

susseguente a un giudizio positivo in ordine alla sussistenza dei sufficienti indizi relativi alle fattispecie delittuose di cui al comma 2.

La regolamentazione appena illustrata stabiliva una netta differenziazione tra dati telefonici e dati telematici, in una prospettiva di maggiore tutela per questi ultimi, introducendo una divaricazione giustificabile, per un verso, in considerazione delle maggiori difficoltà di “tipizzazione” di tali dati rispetto a quelli telefonici e, secondariamente, per effetto di una pericolosa vicinanza (soprattutto nel caso di navigazioni *Internet*) del dato “esteriore” telematico al contenuto della comunicazione stessa.

Tuttavia, l'interpolazione di maggiore importanza riguardava un altro aspetto.

Infatti, era stato introdotto un nuovo comma 4-*bis*, in cui era prevista una procedura di acquisizione “di emergenza”, ricalcata sulla procedura *ex abrupto* di cui all'articolo 267 comma 2 c.p.p. in materia di intercettazioni telefoniche: più specificamente, in riferimento alle ipotesi del comma 4 in cui risultava necessaria l'autorizzazione del giudice, «nei casi di urgenza», quando vi fosse fondato motivo di ritenere che dal ritardo potesse derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero poteva disporre l'acquisizione dei dati relativi al solo traffico telefonico con decreto motivato, immediatamente comunicato, e comunque non oltre le ventiquattro ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, doveva decidere sulla convalida con decreto motivato, pena, in caso di mancata o tardiva convalida, l'inutilizzabilità dei dati acquisiti¹⁰².

La composizione di interessi operata dal legislatore del decreto antiterrorismo è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale nella sentenza 14 novembre 2006, n. 372¹⁰³, che ha affrontato una serie di questioni di costituzionalità dell'articolo 132, così come risultante dalla previgente disciplina dettata dal d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, convertito dalla l. 26 febbraio 2004, n. 45.

Un primo gruppo di questioni¹⁰⁴ concerneva la necessità dell'intervento autorizzatorio del giudice, previsto dalla precedente normativa in riferimento ai primi ventiquattro mesi di conservazione dei dati, sotto il profilo dei presupposti e della motivazione del provvedimento: la Corte, inevitabilmente, ha disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, atteso che le originarie condizioni di rilevanza delle questioni proposte erano state ormai travolte dalle innovazioni della disciplina del 2005, che prevedeva un autonomo potere di acquisizione del pubblico ministero.

L'ulteriore questione di costituzionalità portata all'attenzione della Corte¹⁰⁵, che manteneva invece una propria “validità” anche alla luce della novella legislativa, denunciava l'illogicità e l'irragionevolezza della differenziata regolazione dei limiti temporali in tema di acquisizione dei dati di traffico telefonico, in considerazione della scelta di limitare esclusivamente ai procedimenti di particolare complessità, relativi ai richiamati delitti di cui all'articolo 407 comma 2 lett. a) c.p.p., la possibilità di acquisire i dati successivamente ai primi ventiquattro mesi: in altri termini, il giudice rimettente eccepeva l'illegittimità costituzionale dell'articolo 132 nella parte in cui escludeva l'acquisibilità e l'utilizzabilità dei dati di traffico telefonico per finalità di

¹⁰² La previsione di una procedura “urgente” colmava un importante vuoto legislativo, più volte evidenziato nel passato: sembrava irragionevole e incoerente consentire, in forza dell'articolo 267 comma 2 c.p.p., intercettazioni telefoniche e ambientali d'urgenza e impedire, nelle stesse ipotesi di *periculum in mora*, l'acquisizione dei dati esteriori del traffico telefonico, relativi al solo profilo “formale” e non “sostanziale” della comunicazione. In tema, FRIGO, *Straniero «cacciato» senza garanzie*, in *Guida dir.*, 2005, f. 33, 81.

¹⁰³ Corte cost. 14 novembre 2006, n. 372, in *Cass. pen.*, 2007, 930 ss., con nota di MELILLO, *Acquisizione dei dati di traffico telefonico e garanzie costituzionali: incidenti chiusi e nodi ancora irrisolti*, nonché in *Giur. cost.*, 2006, f. 6, 3916 ss., con nota di PINNA, *“Doppio binario” di accesso ai dati sul traffico telefonico: una scelta legislativa ragionevole ratificata (con argomenti non irresistibili) dalla Corte costituzionale*, e in *Dir. internet*, 2007, 240 ss., con nota di BASSOLI, *Acquisizione dei tabulati vs Privacy: la data retention al vaglio della Consulta*.

¹⁰⁴ G.i.p. Trib. Pavia, 12 marzo 2004, in *Gazz. uff.*, 1° serie speciale, 6 ottobre 2004, n. 39, 90 (nonché, successivamente, con ordinanze pressoché identiche, G.i.p. Trib. Pavia, 13 marzo 2004, *ivi*, 1° serie speciale, 6 ottobre 2004, n. 39, 94 ss., e G.i.p. Trib. Pavia, 25 marzo 2004, cit., 1401 ss.); G.i.p. Trib., Cuneo, 13 marzo 2004, cit., 137; G.i.p. Trib. Palmi, 5 giugno 2004, cit., 43.

¹⁰⁵ Cfr. G.i.p. Trib. Roma, 23 dicembre 2004, in *Gazz. uff.*, 1° serie speciale, 2 marzo 2005, n. 9, 55.

repressione di reati diversi da quelli previsti dall'articolo 407 comma 2 lett. a) c.p.p.¹⁰⁶.

La Corte, richiamato fuggacemente il precedente in materia del 1993 ed effettuata una valutazione in concreto del bilanciamento di interessi attuato dal legislatore, ha dichiarato la questione non fondata, sostenendo di non poter condividere la tesi del rimettente secondo cui «l'esistenza fisica dei dati, non ancora distrutti, comporterebbe un tasso di pericolosità, derivante dalla possibile illecita diffusione degli stessi, destinato a rimanere costante per tutto il tempo anteriore alla loro distruzione, senza subire variazioni in rapporto alla gravità dei reati».

In particolare, il giudice costituzionale aveva ravvisato l'esistenza di «due tutele» parallele, la prima consistente nella «limitazione del periodo di conservazione» e finalizzata a evitare un'illecita diffusione dei dati, la seconda rappresentata dalla «limitazione della accessibilità» del dato e concernente il rapporto tra riservatezza e indagine penale¹⁰⁷: con la conseguenza che altro è l'eventuale pregiudizio arrecato alla riservatezza dalla mera conservazione dei dati, altro è la lesione a essa causata dalla loro accessibilità per l'autorità giudiziaria.

La Corte riteneva che queste due tutele «si mantengono in equilibrio», nell'ottica del legislatore, «sin quando sono messe a confronto con entità di peso ritenuto equivalente» (cioè conservazione per ventiquattro mesi a fronte della generalità dei reati), mentre «all'aumento del peso di una delle due entità» corrispondeva «un proporzionale aumento dell'altra»: pertanto, nei secondi ventiquattro mesi, una crescita della tutela della riservatezza, tramite la possibilità di acquisire i dati solo in relazione a reati di particolare gravità.

In definitiva, non è necessario che «dalla differente disciplina del tempo di accessibilità dei dati, a seconda della gravità dei reati da perseguire, derivi una maggiore o minore tutela del diritto alla riservatezza»: per converso, è sufficiente che «la maggiore o minore limitazione sia posta in rapporto con la maggiore o minore gravità attribuita dal legislatore a reati diversi, individuati secondo scelte di politica criminale non censurabili».

10. La “direttiva Frattini” e il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109: ultimo atto?

Una forte spinta verso una riforma della disciplina sulla conservazione e acquisizione dei tabulati attestanti il traffico telefonico e telematico è stata determinata dall'adozione della direttiva 2006/24/CE (c.d. “direttiva Frattini”), concernente la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione¹⁰⁸.

La direttiva ha trovato attuazione per effetto del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109, il quale ha innovato la normativa posta nel Codice della *privacy*, da un lato, attraverso un utilizzo più rigoroso della tecnica definitoria per le nozioni rilevanti ai fini della disciplina e, dall'altro, mediante una revisione del meccanismo acquisitivo dei tabulati.

Sotto il primo profilo, l'articolo 1 comma 1 lett. b) del decreto in esame ha aggiornato la nozione di «dati relativi al traffico», contenuta nell'articolo 4 comma 2 lett. b), stabilendo che essi consistono in «qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione, ivi compresi i dati necessari per identificare l'abbonato o l'utente»: l'elemento di novità, dunque, è

¹⁰⁶ L'ordinanza di rimessione lamentava così una indebita compressione del diritto di difesa dell'imputato (o della persona sottoposta a indagini) e della persona offesa dal reato (articolo 24 Cost.), nonché della più specifica garanzia difensiva in tema di diritto della persona accusata a ottenere l'acquisizione dei mezzi di prova a suo favore (articolo 111 comma 3 Cost.) e, più genericamente, del principio di uguaglianza (articolo 3 Cost.). Per completezza, si segnala che il giudice rimettente aveva denunciato l'incostituzionalità della disposizione sotto l'ulteriore profilo per cui essa non avrebbe assicurato un ragionevole contemperamento tra opposte esigenze di tutela, da un lato, dei dati personali e, dall'altro, di interessi costituzionalmente garantiti quali la libertà personale (articolo 13 Cost.), l'integrità fisica e la salute (articolo 32 Cost.), l'inviolabilità del domicilio (articolo 14 Cost.), la proprietà (articolo 42 Cost.), nonché la generale aspettativa che lo Stato preservi, attraverso il perseguimento in sede giurisdizionale dei comportamenti criminosi, le condizioni essenziali della convivenza civile (articoli 101, 104 e 112 Cost.): in relazione a tali parametri, la Corte ha ritenuto la questione inammissibile per l'assenza di motivazione sulla non manifesta infondatezza.

¹⁰⁷ Così, CONTI, *op. cit.*, 31.

¹⁰⁸ La direttiva, recepita nell'ordinamento nazionale con la legge comunitaria 6 febbraio 2007, n. 13, si proponeva l'intento di uniformare le legislazioni nazionali, sotto il profilo tecnico e giuridico, in riferimento alla conservazione dei dati ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e persecuzione dei reati, preoccupandosi in particolare di disciplinare le tipologie di dati suscettibili di conservazione, nonché la durata e le condizioni di tale conservazione. Pertanto, veniva richiesto agli Stati membri, per un verso, di adottare una specifica disciplina definitoria in ordine alle nozioni di “dati di traffico telefonico e telematico” (articoli 2 e 5) e, per un altro, di prevedere una conservazione dei dati per periodi non inferiori a sei mesi e non superiori a due anni dalla data della comunicazione (articolo 6).

rappresentato da quest'ultimo inciso, riferito agli indirizzi *IP* (*Internet protocol*)¹⁰⁹.

Inoltre, alla lett. *d*) compare per la prima volta una definizione di «traffico telefonico», per cui si intendono «le chiamate telefoniche, incluse le chiamate vocali, di messaggia vocale, in conferenza e quelle basate sulla trasmissione dati, purché fornite da un gestore di telefonia, i servizi supplementari, inclusi l'inoltro e il trasferimento di chiamata, la messaggia e i servizi multimediali, inclusi i servizi di messaggia breve, servizi mediali avanzati e servizi multimediali»: il riferimento alle chiamate «basate sulla trasmissione di dati» consente di includere in tale nozione pure le chiamate effettuate tramite sistemi di *VoIP* o con piattaforma *Skype*¹¹⁰.

Notevoli modifiche sono state introdotte anche in materia di conservazione e acquisizione dei tabulati, incidendo ancora una volta sul testo dell'articolo 132.

Innanzitutto, si assiste a una diversificazione e graduazione dei tempi di conservazione relativi alle diverse categorie di dati: attualmente, in virtù del comma 1 i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data in cui la comunicazione cui si riferiscono è avvenuta; i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni¹¹¹, sono conservati per dodici mesi a partire dallo stesso *dies a quo*; inoltre, il nuovo comma 1-*bis* contempla autonomamente i dati relativi alle chiamate senza risposta, conservati per trenta giorni¹¹².

Un primo dato emerge con forza: i periodi di conservazioni relativi a ciascuna categoria sono fissi e in nessun modo calibrati sulla gravità del reato per cui si procede, senza possibilità di deroghe in riferimento a procedimenti per delitti di criminalità organizzata o comunque di particolare gravità¹¹³.

Un altro punto di novità è costituito dalla disciplina "autonoma" delle chiamate senza risposta, cioè dei casi in cui l'utente abbia attivato la rete telefonica o telematica senza che sia avvenuta alcuna comunicazione: la normativa, sotto tale aspetto, appare solo apparentemente

¹⁰⁹ Così ATERNO-CISTERNA, *Il legislatore interviene ancora sul data retention, ma non è finita*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 282; per una ricostruzione della nozione giuridica di *Internet protocol*, cfr. CAJANI, *Internet protocol. Questioni operative in tema di investigazioni penali e riservatezza*, in *Dir. internet*, 2008, 545. In tema di *Internet protocol*, si veda anche il provvedimento con cui il Garante della *privacy* ([Garante per la protezione dei dati personali, Sicurezza dei dati di traffico telefonico e telematico, 17 gennaio 2008](#)), prima del recepimento della direttiva, a seguito di consultazione pubblica avviata con [deliberazione del 19 settembre 2007](#), ha adottato una serie di misure in materia di sicurezza dei dati di traffico telefonico e telematico, specificando l'ambito di applicazione dell'obbligo di conservazione di cui all'articolo 132, sia sotto il profilo soggettivo (i fornitori, cioè «i soggetti che realizzano esclusivamente o prevalentemente una trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, a prescindere dall'assetto proprietario della rete, e che offrono servizi a utenti finali secondo il principio di non discriminazione») che oggettivo (esclusivamente i dati di traffico telematico funzionali alla fornitura e alla fatturazione del servizio di connessione e non i dati di traffico apparentemente "esterni" alla comunicazione, quali pagine *web* visitate o indirizzi *IP* di destinazione): le misure, tra le altre, riguardano la conservazione separata (dei dati detenuti per finalità di repressione e accertamento dei reati da quelli utilizzati per finalità aziendali, quali fatturazione, statistiche, *marketing*) e la cancellazione (al termine del periodo di conservazione i dati dovevano essere cancellati o resi anonimi, mediante eliminazione anche dalle copie di *backup*). Sul punto, cfr. anche [Garante per la protezione dei dati personali, Relazione 2007. Garanzie e sicurezza nel trattamento dei dati: l'attività dell'Autorità](#), 4 ss. Sui limiti derivanti dalla conservazione dei soli *IP* di accesso in ottica difensiva, sia dell'indagato che della persona offesa, NICOSIA-CACCAVELLA, *Indagini della difesa e alibi informatico: utilizzo di nuove metodiche investigative, problemi applicativi ed introduzione nel giudizio*, in *Dir. internet*, 2007, 520.

¹¹⁰ Tale precisazione è di fondamentale rilevanza: seppur questi sistemi siano basati sulla trasmissione di dati informatici e telematici, ai fini della loro acquisizione non sarà necessario il rispetto dei termini di dodici mesi previsto per i dati di traffico telematico. Sul punto, cfr. MARIOTTI-TACCONI, *Riflessioni sulle problematiche investigative e di sicurezza connesse alle comunicazioni VoIP*, in *Dir. internet*, 2008, 558; PARODI, *VoIP, Skype e tecnologie d'intercettazione: quali risposte d'indagine per le nuove frontiere delle comunicazioni?*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1309. Per maggiori dettagli tecnici in tema di protezione e criptatura delle comunicazioni *VoIP*, si veda MAURO-GARGIULO, *VOIP security*, in *Cib. dir.*, 2010, 161 ss.

¹¹¹ In tempi recentissimi, occorre menzionare l'interessante questione decisa da Trib. Modena, ord. 28 settembre 2016, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 10, con nota di MEAZZA, *Regime di utilizzabilità dei messaggi di posta elettronica ottenuti ex art. 132 Codice della privacy*, che ha dichiarato l'inutilizzabilità del contenuto delle comunicazioni di posta elettronica (*email*), acquisite dal pubblico ministero mediante la procedura di cui all'articolo 132. Nel dettaglio, il giudice di merito, premesso che l'articolo 132 esclude espressamente i contenuti delle comunicazioni, ha ritenuto che l'organo inquirente abbia indebitamente operato una «svalutazione dei files "inerenti attività comunicativa in dati decodificati ed allocati nel PC"», così eludendo la normativa prevista in materia di sequestro di corrispondenza telematica ed equiparando la relativa attività al meccanismo di acquisizione dei tabulati.

¹¹² Manca nel comma 1-*bis* l'individuazione del termine a partire dal quale decorrono i trenta giorni: per CONTI, *op. cit.*, 18, è ragionevole ravvisarlo «nel momento in cui l'apparecchio chiamante ha instaurato la connessione con l'utenza destinataria, anche se non vi è stata alcuna comunicazione».

¹¹³ Così CISTERNA, *Acquisizioni probatorie ridotte a prescindere dal delitto ipotizzato*, in *Guida dir.*, 2008, f. 39, 40. In realtà, l'articolo 12 della direttiva 2006/24/CE prevedeva una clausola di riserva che avrebbe consentito agli Stati membri, in presenza di particolari circostanze, di adottare le misure necessarie a estendere per un periodo limitato il periodo di conservazione: anche se, a ben vedere, tale eventuale regime eccezionale sembrerebbe concepito per far fronte a situazioni emergenziali e contingenti, quale ad esempio un attentato terroristico. Perciò, parrebbe difficile ipotizzare un utilizzo della clausola dell'articolo 12 in un'ottica di contrasto della criminalità organizzata, nella specie di tipo mafioso, posto che, trattandosi di fenomeno (tristemente) strutturale, sembrerebbe esulare dall'ambito applicativo di essa, nonostante la realtà investigativa dimostri come in tali procedimenti, ove le indagini spesso iniziano a distanza di tempo dalla commissione dei fatti criminosi, i tabulati risalenti a periodi anche di molto anteriori possono rivelarsi (e in effetti lo sono) molto preziosi, se non determinanti.

soddisfacente¹¹⁴, prestandosi a fondate preoccupazioni in considerazione delle possibili ricadute sulle attività di indagine.

Il legislatore sembra aver optato, in materia, per una soluzione di compromesso, apparentemente necessitata dalle difficoltà di inquadramento di tale tipologia di dati, sicuramente “esteriori” alla comunicazione ma suscettibili di un utilizzo atipico in senso comunicativo; perciò, pur non rinunciando alla possibilità di una loro acquisizione, ha prevalso un’esigenza di garanzia che, facendo perno sulla loro accentuata natura “contenutistica”, ne ha determinato la conservazione per un periodo inopinatamente breve.

Come troppo frequentemente avviene in tale materia, l’interesse alla *privacy* ha fagocitato ogni altro valore, laddove una riflessione più ponderata dovrebbe portare a riconsiderare tale scelta, operando il bilanciamento in termini proporzionali al “peso specifico” dei principi in gioco.

È vero che il dato in questione può avere, a seconda dei casi concreti, una valenza divulgativa anche particolarmente accentuata, che lo avvicina alla “sostanza” di una comunicazione, ma è altrettanto corretto tenere ben distinti il profilo della conservazione del dato, in sé e per sé, da quello della specifica conservazione «per finalità di repressione e accertamento dei reati»: il sacrificio imposto dal comma 1-*bis* a una essenziale esigenza di giustizia, quanto mai viva nella società, non sembra giustificato da un esasperato atteggiamento tuzioristico, il quale ritiene illusoriamente che gli organi inquirenti riescano ad avviare le indagini e a disporre l’acquisizione entro trenta giorni dalla connessione telefonica, tanto più in relazione a reati che implicano accertamenti particolarmente complessi.

Anche prescindendo da tali criticità, tuttavia, la disciplina relativa ai termini di conservazione lascia fortemente perplessi¹¹⁵, in quanto più restrittiva di quanto prescritto dalla direttiva comunitaria (che all’articolo 6 prevedeva un termine non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni dalla data della comunicazione): sia con riferimento alle chiamate senza risposta, abbondantemente al di sotto della soglia minima dei sei mesi, pur essendo espressamente incluse *ex* articolo 3 comma 2 della direttiva; sia in relazione ai dati del traffico telematico, al di sotto del limite massimo dei due anni, forse per ragioni di continuità con la previgente disciplina (che stabiliva due periodi successivi di sei mesi ciascuno)¹¹⁶.

Al contrario, risulta meritevole di accoglimento l’operazione di specificazione dei dati concretamente conservabili e acquisibili per le finalità dell’articolo 132, per colmare quella lacuna, in termini di scarsa tassatività, che caratterizzava la precedente disciplina con riferimento particolare ai dati telematici. L’articolo 3 comma 1 del decreto in esame, infatti, pone un lungo e complesso elenco, che include tra i dati suscettibili di acquisizione quelli necessari per: rintracciare e identificare la fonte di una comunicazione¹¹⁷(lett. *a*)); rintracciare e identificare la destinazione di una comunicazione (lett. *b*)); determinare la data, l’ora e la durata della comu-

¹¹⁴ L’articolo 1 comma 1 lett. *e*) considera «chiamata senza risposta» «la connessione istituita da un servizio telefonico accessibile al pubblico, non seguita da un’effettiva comunicazione, in quanto il destinatario non ha risposto ovvero vi è stato un intervento del gestore della rete», secondo una definizione coincidente con quella dell’articolo 2 comma 2 lett. *f*) della direttiva (che parlava di «tentativo di chiamata non riuscito», intendendo riferirsi a una «chiamata telefonica che è stata collegata con successo ma non ha ottenuto risposta, oppure in cui vi è stato un intervento del gestore della rete»); ma la direttiva stessa, in termini espliciti (articolo 3 comma 2), opportunamente distingue le «chiamate non collegate» e per esse escludeva un obbligo di conservazione.

¹¹⁵ GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: un problema cruciale per la civiltà e l’efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, atti del Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano 5-7 ottobre 2007, Milano, 2009, 45, mette in luce, pur con riferimento alla previgente disciplina, come i termini siano «troppo brevi rispetto alle esigenze delle indagini, essendo agevole prevedere che la cancellazione (o, comunque, l’indisponibilità) dei dati [...], dopo la scadenza dei termini suddetti, con la conseguente perdita di elementi probatori preziosi, potrà provocare serie difficoltà nelle inchieste per i più gravi delitti di criminalità, comune ed organizzata: soprattutto quando si indaghi su vicende risalenti nel tempo». Pertanto, «è lecito domandarsi se non si tratti di un prezzo irragionevolmente alto a fronte delle obiettive necessità di efficienza in sede di “accertamento e repressione dei reati”, che verrebbero in tal modo mortificate». *Contra*, PIZZETTI, *Interessi pubblici, privacy, diritti della difesa: confronto o scontro?*, in AA.VV., *Le intercettazioni*, cit., 75 ss. e 121 ss.

¹¹⁶ La scelta del legislatore appare ancora più incomprensibile, come evidenzia ancora GREVI, *Le intercettazioni al crocevia*, cit., 45, qualora si consideri, da un lato, il «tenore tutto sommato modesto del sacrificio derivante alla *privacy* individuale dalla acquisizione in ambito giudiziario dei dati esteriori [...] non paragonabile a quello prodotto dalle intercettazioni, per l’utilizzabilità delle cui risultanze, se rilevanti, non è ovviamente previsto alcun limite temporale del genere»; e, dall’altro, quando si rilevi che «per l’acquisizione di documenti analoghi, e senza dubbio non meno riservati (come sono, ad esempio, i dati relativi ai conti correnti ovvero ai depositi bancari ed alla relativa movimentazione), non è prevista una altrettanto stringente disciplina, sotto il profilo del termine di conservazione», previsto in dieci anni, nel caso di operazioni relative a contratti bancari, *ex* articolo 119 comma 4 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico in materia bancaria e creditizia).

¹¹⁷ Per la telefonia di rete fissa e mobile: numero telefonico del chiamato, nome e indirizzo dell’abbonato; per *Internet*: nome e indirizzo dell’abbonato a cui è stato univocamente assegnato l’indirizzo *IP*; per la posta elettronica: indirizzo *IP* utilizzato e indirizzo di posta elettronica.

nicazione¹¹⁸(lett. c)); determinare il tipo di comunicazione (lett. d)); determinare le attrezzature di comunicazione degli utenti¹¹⁹(lett. e)); determinare l'ubicazione delle apparecchiature di comunicazione mobile¹²⁰ (lett. f)).

Passando alla disciplina dettata dal d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109 per quanto attiene alla procedura di acquisizione dei tabulati, il comma 3 dell'articolo 132, così come novellato, prevede che, nei termini di cui ai commi 1 ed 1-*bis*¹²¹, i dati possano essere acquisiti presso il fornitore «con decreto motivato¹²² del pubblico ministero», anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private; rimane immutata la possibilità per il difensore dell'imputato o dell'indagato di richiedere direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito, secondo le modalità dell'articolo 391-*quater* c.p.p., nel rispetto delle condizioni previste dall'articolo 8 comma 2 lett. f) nel caso di traffico entrante¹²³, cioè qualora dalla mancata acquisizione possa derivare un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive¹²⁴.

Sotto questo aspetto, la disciplina dei dati del traffico telefonico permane invariata rispetto al passato, giacché anche nell'assetto dettato dal decreto antiterrorismo tali dati erano acquisiti nei primi ventiquattro mesi con provvedimento motivato del pubblico ministero. Al contrario – a conferma dell'atteggiamento schizofrenico del legislatore – i dati del traffico telematico, la cui acquisizione era prima possibile nel secondo semestre previa autorizzazione del giudice, inderogabile persino nei casi di urgenza, sono ora suscettibili di acquisizione per

¹¹⁸ Per la telefonia di rete fissa e mobile: data e ora dell'inizio e della fine della comunicazione; per *Internet*: data e ora della connessione e della disconnessione.

¹¹⁹ Per la telefonia di rete fissa: numeri telefonici chiamanti e chiamati; per la telefonia mobile: numeri telefonici chiamanti e chiamati, IMSI del chiamante e del chiamato, IMEI del chiamante e del chiamato.

¹²⁰ Il riferimento è all'etichetta di ubicazione (*Cell ID*) all'inizio della comunicazione, nonché ai dati per identificare l'ubicazione geografica della cella.

¹²¹ La giurisprudenza più recente afferma che i dati acquisiti dall'autorità procedente dopo il decorso dei termini di cui all'articolo 132 sono «patologicamente inutilizzabili» poiché assunti in violazione di un divieto probatorio posto a tutela di diritti fondamentali della persona, derivante dal combinato disposto degli articoli 123 e 132, che impongono al gestore un divieto di conservare gli stessi per finalità di accertamento dei reati oltre il periodo normativo predeterminato. Sul punto, Cass., sez. V, 25 gennaio 2016, n. 7265, in *Guida dir.*, 2016, f. 18, 82, nonché in *Dir. giust.*, 2016, f. 11, 13, con nota di S. GENTILE, *I dati telefonici e telematici acquisiti dopo la scadenza del termine massimo di conservazione sono inutilizzabili*; si veda anche *Cass., sez. V, 5 gennaio 2014, Geronzi e altri*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015, nonché Trib. Modena, ord. 28 settembre 2016, cit.

¹²² Cass., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, in *DeJure*, ha affermato che l'obbligo motivazionale deve ritenersi adempiuto «anche con l'utilizzo di espressioni sintetiche, nelle quali si sottolinei la necessità dell'investigazione, in relazione al proseguimento delle indagini ovvero all'individuazione dei soggetti coinvolti nel reato, o si richiamino, con espressione indicativa della loro condivisione da parte dell'autorità giudiziaria, le ragioni esposte da quella di polizia».

¹²³ In argomento, meritano di essere ricordate le prescrizioni impartite dal Garante della *privacy* (si veda [Garante per la protezione dei dati personali, Accesso ai dati telefonici: garanzie per le chiamate in entrata, 3 novembre 2005](#)). In particolare, la disposizione dell'articolo 8 comma 2 lett. f) deve essere interpretata in senso restrittivo: il difensore che voglia acquisire i dati di traffico entrante dovrà presentare una richiesta motivata indicando «l'intenzione di utilizzare i dati esclusivamente nell'ambito del processo penale», nonché «comprovare la necessità dell'accesso, documentando con idonei elementi al fornitore che il mancato accesso determinerebbe un pregiudizio effettivo e concreto», non meramente ipotetico o potenziale, «allo svolgimento delle investigazioni difensive», non essendo sufficiente che i dati siano «semplicemente utili o funzionali al diritto di difesa»; il fornitore, che deve munirsi anche di una dichiarazione sottoscritta personalmente dall'interessato richiedente (e/o dal difensore cui sia stato conferito il mandato per le indagini difensive) nella quale questi attesti, sotto la propria responsabilità, la veridicità di quanto prospettato e manifesti l'impegno a non utilizzare i dati per finalità e in ambiti non consentiti, dovrà accertare la sussistenza dei predetti requisiti sulla base della documentazione fornita, anche in merito alla pertinenza dei dati. La risposta del fornitore va comunicata all'interessato richiedente senza ritardo, e comunque non oltre quindici giorni (o trenta giorni, in casi di particolare complessità) dal ricevimento della richiesta. CONTI, *op. cit.*, 28, ritiene che il riconoscimento in capo al fornitore di un vero e proprio «potere di filtro» costituisca violazione del diritto di difendersi provando nel processo penale, atteso che l'unica conseguenza, nei casi di mancanza requisiti per la diretta acquisizione del difensore, dovrebbe essere l'inutilizzabilità dei dati, peraltro da valutare da parte del giudice: tanto più che il difensore potrebbe adire il pubblico ministero o il giudice *ex* articoli 367 e 368 c.p.p., così come consentito dall'articolo 391-*quater* c.p.p. Più in generale, sembra prospettabile un'eccessiva compressione del diritto di difesa *ex* articolo 24 Cost. nella parte in cui si limita l'acquisizione del difensore ai casi di indispensabilità e, a maggior ragione, nella parte in cui si esclude l'accesso a dati anche soltanto «utili o funzionali» all'esercizio di tale diritto.

¹²⁴ Nel silenzio della legge, occorre chiedersi a quali conseguenze conduca un'eventuale violazione del meccanismo acquisitivo dei tabulati, sia in riferimento al pubblico ministero (ad esempio, qualora la polizia agisca di propria iniziativa) sia in riferimento al difensore (ad esempio, qualora agisca un soggetto diverso quale un investigatore privato incaricato ovvero nel caso non sussista, per l'acquisizione del traffico entrante, il requisito del pregiudizio per le indagini difensive): per CONTI, *op. cit.*, 26 ss., «una eventuale acquisizione da parte di un soggetto diverso da quelli espressamente previsti oppure il mancato rispetto dei casi e dei modi in cui l'acquisizione è consentita comporta la violazione di un divieto probatorio e dunque la *inutilizzabilità* del dato eventualmente acquisito», in applicazione del più generale principio di cui all'articolo 191 c.p.p. Non sembra fondato, invece, il riferimento all'articolo 11 comma 2, in base al quale i dati trattati in violazione delle norme in tema di trattamento sono inutilizzabili: da un lato, tale disposizione appare inapplicabile agli atti compiuti dall'autorità giudiziaria per effetto dell'articolo 160 comma 6, per cui «la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge [...] restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali nella materia civile e penale»; dall'altro, anche per quel che concerne l'acquisizione effettuata da privati, la disposizione non può considerarsi fonte di inutilizzabilità processuale, attesi gli effetti irragionevoli che produrrebbe per il processo penale (DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 283 ss.).

l'intero periodo dei dodici mesi da parte del pubblico ministero: dunque, in pieno contrasto con lo "spirito" della riforma, teso a garantire una forte tutela della riservatezza a detrimento delle esigenze processuali.

Quanto alle restanti modifiche, occorre evidenziare la soppressione del comma 2 dell'articolo 132, che circoscriveva l'acquisizione, nei più ampi limiti temporali prima individuati, per le sole finalità di accertamento e repressione di delitti particolarmente gravi: il decreto ha definitivamente escluso, ai fini dell'acquisizione, qualsiasi rilevanza della tipologia delle fattispecie criminose per cui si procede, parallelamente a una *reductio ad unum* delle modalità e degli organi legittimati a disporre dei tabulati.

Di rilievo, infine, l'abrogazione dei commi 4 e 4-*bis*, coerente con l'eliminazione del comma 2, posto che non avrebbe più senso né un'autorizzazione del giudice, né tantomeno una procedura d'urgenza, essendo condensato il potere acquisitivo nella mani del pubblico ministero.

Volendo dare un giudizio complessivo sull'architettura dell'attuale disciplina, il modello adottato dal legislatore – nonostante le pressanti criticità che emergono dal versante "europeo"¹²⁵ – appare coerente e funzionale sotto un duplice e complementare profilo.

Da un lato, sembra pienamente attuato il sistema di garanzie poste a difesa dei dati esteriori, i quali, alla luce della costante giurisprudenza costituzionale e dell'ormai assestata giurisprudenza di legittimità, pur rientrando nello spettro di tutela dell'articolo 15 Cost., ben possono essere acquisiti dal pubblico ministero; dall'altro, nella prospettiva delle indagini, pare riuscito l'intento di costruire uno strumento investigativo proceduralmente "agile" e "snello", in grado di fornire un formidabile contributo conoscitivo (anche) nei procedimenti per gravi episodi di criminalità.

¹²⁵ Le richiamate perplessità concernono – e sul punto pare doveroso un approfondimento – la compatibilità tra l'articolo 132 con i più recenti approdi della Corte di Giustizia UE in materia. Il riferimento è alla nota sentenza della Corte di giustizia UE, Grande sezione, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, in *Dir. inf.*, 2014, 851 ss., con cui la Corte ha dichiarato l'invalidità della direttiva 2006/24/CE per incompatibilità con gli articoli 7, 8 e 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. La Corte ha rilevato che gli obblighi di conservazione imposti dalla direttiva, pur costituendo un'ingerenza «di vasta portata» e «particolarmente grave» nei diritti di cui agli articoli 7 (rispetto della vita privata e familiare) e 8 (protezione dei dati personali), rispondano pur sempre all'obiettivo di interesse generale di contrastare fenomeni di grave criminalità; gli stessi obblighi di *data retention*, tuttavia, non sono parsi giustificabili alla luce del principio di proporzionalità di cui all'articolo 52, non operando le restrizioni alle libertà citate nei limiti dello stretto necessario. Nel dettaglio, «la direttiva non impone alcuna relazione tra i dati di cui prevede la conservazione e una minaccia per la sicurezza pubblica e, in particolare, non limita la conservazione dei dati a quelli relativi ad un determinato periodo di tempo e/o area geografica determinata e/o a una cerchia di persone determinate che possano essere coinvolte, in un modo o nell'altro, in reato grave, né alle persone la conservazione dei cui dati, per altri motivi, potrebbe contribuire alla prevenzione, all'accertamento o al perseguimento di reati gravi»; inoltre, l'accesso ai dati non risulta subordinato a «un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente». Traducendo in positivo le indicazioni della Corte, ai fini del rispetto del principio di proporzionalità, la normativa sulla conservazione dei dati dovrebbe: differenziare le categorie di dati; indicare il termine di conservazione, differenziandolo in base ai soggetti coinvolti e alle aree geografiche, in relazione alla gravità dei reati; limitare la conservazione solo in presenza di un collegamento fra il soggetto cui i dati si riferiscono e una minaccia per la pubblica sicurezza; consentire l'accesso a tali dati solo per finalità di prevenzione, accertamento e perseguimento di gravi reati; prevedere che l'accesso sia subordinato all'autorizzazione di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente. Pare evidente, dunque, che la normativa italiana di cui all'articolo 132 non rispetti tali requisiti, soprattutto sotto il profilo della mancanza di un nesso tra obbligo di conservazione e minaccia per la sicurezza pubblica, della necessaria correlazione con la finalità di repressione di gravi reati (atteso che attualmente i dati devono essere conservati per qualsiasi reato) e del richiesto controllo giurisdizionale. In tema, cfr. ANDOLINA, *op. cit.*; ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: la protezione dei diritti fondamentali nel "dopo-Lisbona"*, in *Quad. cost.*, 2014, 719; COLOMBO, "Data retention" e Corte di giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della Direttiva 2006/24/CE, in *Cass. pen.*, 2014, 2705; CRESPI, *Diritti fondamentali, Corte di giustizia e riforma del sistema Ue di protezione dei dati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 819 ss.; FLOR, *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in questa Rivista, 2014, 2, 178 ss.; NINO, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia Ue: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, 803 ss.; TRUCCO, "Data retention": la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali, in *Giur. it.*, 2014, 1850. Sui rapporti tra articolo 132 e quadro normativo europeo, nel senso della disapplicazione della norma interna, si veda FLOR, *Dalla data retention al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive de jure condendo?*, in AA.VV., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, a cura di Resta e Zeno-Zencovich, Roma, 2015, 242; IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?*, in *Cass. pen.*, 2014, 4276 ss.; 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*, 12 giugno 2014.

11.

Il “congelamento” dei dati e l’articolo 254-bis c.p.p.: rapporti controversi con la disciplina ordinaria dei tabulati.

Nell’ambito del processo di stratificazione normativa che ha riguardato la materia dei dati esteriori, sembra opportuno dedicare un cenno alle novità introdotte dalla l. 18 marzo 2008, n. 48, con la quale è stata ratificata la Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica¹²⁶.

La novella legislativa, oltre a modificare diverse disposizioni del Codice di procedura penale al fine di adeguarle alle peculiarità investigative in materia di *cybercrimes*, desta interesse per la previsione di due specifiche disposizioni che determinano potenziali profili di sovrapposibilità e, talora, di contrasto con la normativa relativa ai tabulati¹²⁷.

Di rilievo, innanzitutto, l’introduzione di una disciplina “speciale” in materia di conservazione di tabulati, ai fini delle investigazioni preventive di cui all’articolo 226 disp. att. c.p.p. ovvero «per finalità di accertamento e repressione di specifici reati»: sul punto, prevede l’articolo 132 comma 4-ter che il Ministro dell’interno o, su sua delega, i responsabili degli uffici centrali specialistici in materia informatica o telematica della Polizia di Stato, dell’Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, nonché gli altri soggetti legittimati a svolgere intercettazioni preventive possano, anche in relazione a richieste di autorità investigative straniere, emettere un “ordine di conservazione” rivolto ai fornitori e agli operatori di servizi informatici o telematici, con cui viene imposto di proteggere, secondo le modalità indicate, i dati relativi al traffico telematico «esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni».

Tale conservazione, definita nella prassi “congelamento” (c.d. *quick freeze procedure*), può essere ordinata per un periodo «non superiore a novanta giorni», con provvedimento prorogabile «per motivate esigenze» per una durata complessiva non superiore a sei mesi, e può prevedere particolari modalità di custodia dei dati, nonché l’eventuale indisponibilità degli stessi da parte dei fornitori e degli operatori.

In forza del comma 4-quinquies, tale provvedimento deve essere comunicato per iscritto, senza ritardo (e comunque entro quarantotto ore dalla notifica al destinatario), al pubblico ministero del luogo di esecuzione, il quale, ricorrendone i presupposti, ne dispone la convalida, in assenza della quale esso perde efficacia¹²⁸.

Si tratta di una normativa che, oltre a prestare il fianco a critiche sotto il profilo di un’eccessiva indeterminazione¹²⁹, crea alcune problemi di coordinamento con gli altri commi dell’articolo 132.

Sul punto, occorre ben evidenziare – a scanso di equivoci – che le disposizioni in esame disciplinano il solo congelamento dei dati, mentre la relativa acquisizione rimane soggetta

¹²⁶ La Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, adottata dal Consiglio d’Europa nel novembre del 2001, rappresenta la diretta matrice delle norme processuali che saranno appresso esaminate. In particolare, l’articolo 19 comma 1 poneva un dovere in capo agli Stati contraenti di adottare «le misure legislative e di altra natura che dovessero essere necessarie per consentire alle proprie autorità competenti di perquisire o accedere in modo simile: a) a un sistema informatico o parte di esso e ai dati informatici ivi immagazzinati e b) a un supporto per la conservazione di dati informatici nel quale i dati stessi possono essere immagazzinati nel proprio territorio»; in una prospettiva di introduzione di meccanismi investigativi più celeri ed efficaci, il comma 2 sanciva un obbligo di «adottare le misure legislative e di altra natura che dovessero essere necessarie per consentire che, qualora le proprie autorità perquisiscano o accedano in modo simile a specifici sistemi informatici o parte di essi [...] e abbiano ragione di ritenere che i dati ricercati si trovino presso un altro sistema informatico o parte di esso nel proprio territorio [...], le stesse autorità possano estendere rapidamente la perquisizione e l’accesso all’altro sistema». Più estesamente, cfr. CORDI, *Commento all’art. 8 l. 18 marzo 2008, n. 48*, in *Leg. pen.*, 2008, 281 ss. Per la non conformità dell’articolo 132 alla citata Convenzione, prima del suo recepimento, cfr. BRAGHÒ, *Le indagini informatiche fra esigenze di accertamento e garanzie di difesa*, in *Dir. inf.*, 2005, 520; DE LEO, *Due o tre cose su dati di traffico e tutela della privacy*, in *Quest. giust.*, 2004, 832 ss.

¹²⁷ Per una panoramica sulle novità introdotte, si veda ATERNO, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 6, suppl. (Dossier: *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini), 61; CUNIBERTI-GALLUS-MICOZZI-ATERNO, *Commento alla legge di ratifica della Convenzione di Budapest del 23 novembre 2001*, 4 aprile 2008; LUPÀRIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. VII, a cura di Garuti, Torino, 2011, 369 ss.; MARCOCCIO, *Convention on cybercrime: novità per la conservazione dei dati*, 10 aprile 2008; PICOTTI, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d’Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 700; Id., *Ratifica della Convenzione Cybercrime e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *Dir. internet*, 2008, 437 ss.; RESTA, *La disciplina acquista maggiore organicità per rispondere alle esigenze applicative*, in *Guida dir.*, 2008, f. 16, 52; SELVAGGI, *Cooperazione giudiziaria veloce ed efficace*, ivi, 2008, f. 16, 72.

¹²⁸ Per un approfondimento, FORLANI, *La conservazione preventiva di dati informatici per l’accertamento dei reati*, in *Dir. internet*, 2008, 520.

¹²⁹ CONTI, *op. cit.*, 23 ss., evidenzia due aspetti in particolare: la mancanza di un catalogo di reati, per cui l’ordine possa essere emesso (recuperabile, peraltro, per *relationem* dall’articolo 226 disp. att. c.p.p., che richiama le fattispecie di cui agli articoli 407 comma 2 lett. a) n. 4 e 51 comma 3-bis c.p.p.) e l’eccessiva genericità del riferimento a «specifici reati», colmabile, forse, tramite il rinvio ai reati oggetto della l. 30 marzo 2008, n. 48, cioè i c.d. *cybercrimes*; per FATTA, *La tutela della privacy alla prova dell’obbligo di data retention e delle misure antiterrorismo*, in *Dir. inf.*, 2008, 403, l’espressione «specifici reati» rappresenta una “valvola di apertura”, che consentirebbe di disporre la conservazione per reati «specifici in quanto specificati a posteriori».

alle modalità individuate dall'articolo 132, ossia all'adozione di un decreto del pubblico ministero; ciò per segnare il confine rispetto alla disciplina delle intercettazioni preventive, cui il comma 4-ter fa riferimento, ove il potere di acquisizione dei dati esteriori alle comunicazioni telefoniche e telematiche è attribuito all'autorità di polizia, previa autorizzazione del pubblico ministero (articolo 226 comma 4 disp. att. c.p.p.).

Il dubbio più consistente, però, concerne la configurazione dei rapporti tra la conservazione "speciale" di cui al comma 4-ter e quella ordinaria di cui al comma 1; è infatti elevato il rischio che, in assenza di una specifica disposizione, possa prevalere un'interpretazione "di comodo" che, strumentalizzando tale peculiare ipotesi di conservazione, consenta un prolungamento dei termini al di là del limite di un anno previsto in via ordinaria per i dati telematici: in definitiva, un regime di «proroga straordinaria» fino a un massimo di un anno e sei mesi, applicabile verosimilmente in occasione di rogatorie nella cui attesa i dati telematici corrano un rischio di alterazione, modificazione o distruzione¹³⁰.

Per ultimo, deve essere rilevato come il novero dei soggetti possibili destinatari dell'ordine di conservazione – in base all'interpretazione fornita con provvedimento del Garante del 17 gennaio 2008¹³¹ – sia più ampio di quello individuato in via "ordinaria" dall'articolo 132: quest'ultimo, infatti, comprende soltanto i fornitori di servizi di comunicazione elettronica su reti pubbliche di comunicazione, con esclusione dei «gestori dei siti Internet che diffondono contenuti sulla rete (c.d. *content provider*)», rientranti, invece, nell'ambito applicativo della Convenzione di Budapest e della legge sul *cybercrime*; tanto più che l'inclusione dei *content provider* si porrebbe quale deroga al divieto, espressamente posto dall'articolo 132 comma 1, di conservazione dei dati inerenti al contenuto delle comunicazioni telematiche («esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni»).

L'altra disposizione, potenzialmente idonea a creare delle difficoltà nella prassi applicativa, è il nuovo articolo 254-bis c.p.p., che si aggiunge alle altre modifiche in materia di sequestro apprestate dalla legge del 2008: la norma prevede che l'autorità giudiziaria, nei casi in cui «dispone il sequestro, presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, dei dati da questi detenuti, compresi quelli di traffico e di ubicazione», possa stabilire, «per esigenze legate alla fornitura dei medesimi servizi», che detta acquisizione avvenga «mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità», salvo comunque l'ordine al fornitore di «conservare e proteggere adeguatamente i dati originali».

Il testo dell'articolo 254-bis c.p.p. genera dubbi, ancora una volta, se raffrontato all'articolo 132, posto che identico sembra essere l'oggetto delle due disposizioni: in effetti, parlare di acquisizione di dati «detenuti» da «fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni», «compresi quelli di traffico e di ubicazione», non pare dissimile dal riferirsi all'acquisizione dei tabulati¹³². Ciò determinerebbe, però, una conseguenza assai grave: un superamento della disciplina dell'articolo 132, almeno per la parte relativa al traffico telefonico e telematico, con possibilità per il pubblico ministero di avere un accesso indiscriminato a tali dati, al di là e a prescindere dalla più restrittiva regolamentazione relativa ai periodi di *data retention* di cui al d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109.

Tuttavia, una più ragionevole lettura della norma, fondata su ragioni di carattere sistematico, consente di superare l'apparente conflitto attribuendo all'articolo 254-bis c.p.p. un autonomo e differente ambito di applicazione: invero, considerato che la disposizione segue immediatamente nell'impianto codicistico l'articolo 254 c.p.p. (che disciplina il sequestro di corrispondenza, anche telematica¹³³), si può ritenere che l'articolo 254-bis c.p.p. sia finalizzato a regolare le specifiche modalità di esecuzione di detto sequestro in considerazione della delicatezza, modificabilità e alterabilità dei dati che ne costituiscono l'oggetto¹³⁴.

¹³⁰ In tal senso NOVELLINO, *Il Viminale può chiedere di conservare i dati*, in *Guida dir.*, 2008, f. 16, 70.

¹³¹ Per il testo del provvedimento, cfr. *Guida dir.*, 2008, f. 9, 88 ss. Sul punto, CERQUA, *Il difficile equilibrio tra la protezione dei dati personali e le indagini informatiche*, in AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica. Profili processuali e sostanziali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime*, a cura di Lupària, Milano, 2009, 236 ss.

¹³² In tema, MONTI, *La nuova disciplina del sequestro informatico*, in AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica*, cit., 214 ss.

¹³³ Per CISTERNA, *op. cit.*, 42, la clausola di apertura dell'articolo 254-bis c.p.p. vale a indicare «non solo i profili modali dell'attività giurisdizionale, ma richiamerebbe anche i casi "residuali" in cui il decreto di sequestro è consentito», cioè l'ipotesi dell'articolo 254 comma 1 c.p.p.

¹³⁴ Sul punto, CISTERNA, *Perquisizioni in caso di fondato motivo*, in *Guida dir.*, 2008, f. 16, p. 68; PITTIRUTI, *Profili processuali della prova informatica*, in AA.VV., *"Incontri ravvicinati" con la prova penale. Un anno di seminari a Roma Tre*, a cura di Marafioti e Paolozzi, Torino, 2014, 59 ss., ritaglia un autonomo spazio applicativo all'istituto, ritenendo che l'articolo 254-bis c.p.p. «debba avere pur sempre ad oggetto dati informatici costituenti corpo del reato o cose pertinenti allo stesso».

Dunque, la norma, disciplinando il *quomodo*, ma non l'*an* del decreto di sequestro¹³⁵, non consentirebbe il ricorso allo strumento del sequestro nelle ipotesi in cui l'acquisizione del tabulato non sia ammessa, ma intenderebbe soltanto dettare le modalità che l'autorità procedente deve seguire per non vanificare lo sforzo investigativo compiuto¹³⁶.

12.

Il tentativo di riforma del disegno di legge Alfano: *lapsus* di un legislatore poco attento o pericolosa ambiguità?

A conclusione di questa ampia panoramica sul “microcosmo” dei dati esteriori e, nello specifico, dei tabulati di traffico, sembra opportuno dedicare uno spazio all'analisi delle soluzioni elaborate dal legislatore nell'ambito dei più recenti tentativi di riforma complessiva della materia; l'intenzione è quella di verificare, all'esito della tortuosa evoluzione di cui si è dato atto, se l'approccio adottato in tale sede sia meritevole di approvazione, anche in vista di possibili (e spesso “minacciate”) nuove incursioni legislative.

L'ultima proposta, in ordine di tempo, di modifica del regime di acquisizione dei tabulati risale al disegno di legge c. 1415, presentato dal Ministro della giustizia Alfano alla Camera dei deputati il 30 giugno 2008 e recante «Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche ed ambientali», ormai arenatosi nei meandri delle aule parlamentari¹³⁷.

L'analisi dei punti principali del citato disegno di legge, oltre a evidenziare un notevole irrigidimento della disciplina in materia di intercettazioni, rivelava come il legislatore si fosse dedicato, con sconcertante disinvoltura e leggerezza, anche alla problematica dell'acquisizione dei dati esteriori di traffico.

Se il processo di stratificazione giurisprudenziale e dottrinale, avviatosi in materia a partire dai primi anni Novanta, avrebbe dovuto indurre il legislatore a forgiare una regolamentazione dei tabulati ossequiosa delle soluzioni ormai consolidate, il disegno complessivo risultante dal testo di riforma – con una certa sorpresa per l'interprete – era parso fin da subito orientato in una direzione frontalmente contrapposta a quella auspicabile.

Infatti, il nuovo articolo 266 comma 1 c.p.p. effettuava un'inaccettabile operazione di “accorpamento” tra intercettazioni di comunicazioni e tabulati (nonché intercettazioni di immagini mediante riprese visive), assoggettando le rispettive discipline ai medesimi limiti di ammissibilità e alle stesse garanzie procedurali.

In particolare, i tabulati sarebbero stati acquisibili soltanto nei procedimenti relativi alle limitate fattispecie criminose espressamente richiamate¹³⁸, a differenza di quanto previsto dall'articolo 132 (nella versione introdotta dal d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109), che non prevedeva alcuna preclusione all'acquisizione basata sulle categorie di reati.

Sotto diverso profilo, i presupposti di cui all'articolo 267 c.p.p., che risultavano già notevolmente “appesantiti” in riferimento alle intercettazioni, erano estesi – si ripete, con sconvolgente naturalezza – anche all'ipotesi di acquisizione di tabulati relativi al traffico telefonico e telematico; in modo che, anche per questi ultimi, sarebbe stata necessaria una richiesta del pubblico ministero¹³⁹, diretta al tribunale distrettuale competente a rilasciare l'autorizzazione

¹³⁵ DESTITO, *La procedura*, in AA.VV., *I reati informatici. Nuova disciplina e tecniche processuali di accertamento*, Padova, 2010, 166; *contra*, LUPÀRIA, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 722.

¹³⁶ In termini ancora più chiari, CONTI, *op. cit.*, 26, per cui la norma «non riconosce un potere all'autorità giudiziaria, bensì si limita a regolare le modalità di esercizio di quel potere che è attribuito dal precedente art. 254 c.p.p.».

¹³⁷ Per un primo commento al testo, cfr. RUGGIERI, *Il disegno di legge governativo sulle intercettazioni: poche note positive e molte perplessità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2239 ss.

¹³⁸ Il testo nella sua prima versione, poi emendata (con ritorno all'originario catalogo di reati), sostituiva del tutto l'articolo 266 comma 1 c.p.p., riproponendo il duplice criterio quantitativo e qualitativo di individuazione dei reati, che includeva, rispettivamente, i delitti puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore a dieci anni (con un evidente raddoppio del limite edittale della reclusione) e un catalogo comprensivo di reati di particolare gravità (delitti di mafia e di terrorismo, omicidio, rapina, estorsione aggravata, sequestro di persona) o comunque connessi all'uso del telefono (reati di ingiuria, minaccia, usura, molestia o disturbo delle persone col mezzo del telefono). Sul punto, si vedano le considerazioni di DI BRONTO, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 20; GREVI, *Le intercettazioni come mero «mezzo di ricerca» di riscontri probatori?*, *ivi*, 2009, 853; MAFFEO, *La riforma in itinere delle intercettazioni, tra tutela della privacy ed esigenze dell'accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 512; NAPPI, *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 473.

¹³⁹ La richiesta, unitamente alla quale il pubblico ministero avrebbe dovuto trasmettere il fascicolo contenente «tutti gli atti di indagine fino a quel momento compiuti», presupponeva l'acquisizione, a pena di inammissibilità, dell'assenso scritto del procuratore della Repubblica ovvero del procuratore aggiunto o del magistrato appositamente delegati.

per l'acquisizione¹⁴⁰, quando, cumulativamente, sussistessero gravi indizi di reato¹⁴¹ (da valutarsi *ex* articolo 192 commi 3 e 4), le operazioni fossero assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini e le utenze fossero, o fossero state intestate, o effettivamente in uso a soggetti indagati ovvero a soggetti diversi che, sulla base di specifici atti di indagine, risultassero a conoscenza dei fatti per i quali si procedeva.

A poco serviva la previsione nel comma 2 di una procedura d'urgenza (già prevista, prima del 2008, dall'articolo 132 comma 4-*bis*), considerato che in questo caso il provvedimento del pubblico ministero sarebbe stato comunque soggetto a convalida; né, tantomeno, le critiche avrebbero potuto svanire in considerazione della meno restrittiva disciplina prevista per i procedimenti di criminalità organizzata, di cui al comma 3-*ter* (che si riferiva, in generale, alle «operazioni di cui all'articolo 266»).

Pertanto, era immediatamente rilevabile la differenza rispetto all'odierna disciplina: in luogo del semplice «decreto motivato del pubblico ministero», di cui all'articolo 132 comma 3, era nuovamente attribuita al giudice una potestà autorizzativa, nel segno di un ritorno all'assetto del decreto Pisanu (ove, peraltro, l'autorizzazione del giudice era prevista solo nella seconda fase, a fronte di sufficienti indizi relativi ai reati di particolare gravità indicati), se non addirittura alla l. 26 febbraio 2004, n. 45 (che attribuiva al giudice il potere di decisione sull'acquisizione per entrambi i periodi di conservazione, tra l'altro, nel primo, su richiesta anche dei difensori).

In definitiva, oltre a determinare un irragionevole appesantimento dello strumento dei tabulati, che – come già detto – ben si adatta alla prospettiva dinamica e “fluida” delle indagini, tale operazione di equiparazione appariva del tutto insensata e irragionevole, tantopiù se parametrata ai consolidati arresti della giurisprudenza costituzionale: la quale, pur riconducendo i dati esteriori nel perimetro di tutela dell'articolo 15 Cost., ha escluso che l'assimilazione in termini di garanzie costituzionali determinasse, per proprietà transitiva, un obbligo di equiparazione sotto il profilo della disciplina legislativa.

Tuttavia, atteso l'esplicito richiamo ai precedenti costituzionali da parte della Relazione ministeriale al disegno di legge (quasi a corroborare l'«erronea congettura di una necessaria parificazione»¹⁴²), sorgeva spontaneo chiedersi se il legislatore non fosse incappato in una “svista consapevole” (in un clima – si ricordi – di aperto contrasto istituzionale tra classe politica e magistratura), nella prospettiva di un preoccupante disinteresse per le esigenze di indagine, destinate a cedere il passo di fronte ad una paventata emergenza nel settore della *privacy*¹⁴³.

Quale che fosse la risposta a tale quesito, tuttavia, la soluzione accolta dal disegno di legge appariva poco rispettosa dei principi ormai consolidati in materia, richiamando il legislatore (anche in ottica futura) a una più attenta riflessione che tenga conto di un imprescindibile assunto: i tabulati, per loro natura, implicano una compressione diversa e minore dell'inviolabile principio di segretezza di cui all'articolo 15 Cost., tale da rendere possibile una “graduazione” delle garanzie che ne circondano l'acquisizione, in via decrescente rispetto a quelle previste (o da prevedere) per le intercettazioni¹⁴⁴.

¹⁴⁰ L'attribuzione del potere autorizzatorio al tribunale “distrettuale”, in composizione collegiale, di per sé apprezzabile, andava tuttavia valutata sul piano pratico, in relazione alla tempistica e alle dinamiche proprie delle indagini e alle eventuali complicazioni che avrebbe potuto determinare dal punto di vista organizzativo. Problemi, invero, avrebbero potuto sorgere per difficoltà legate alla convocazione dell'organo collegiale, nonché per la distanza che spesso intercorre tra il capoluogo del distretto e l'ufficio del pubblico ministero richiedente, attesa la previsione che imponeva la trasmissione del fascicolo contenente tutti gli atti di indagine compiuti.

¹⁴¹ La proposta di riforma, originariamente, richiedeva con formula assai più vincolante, anche in relazione ai tabulati, l'esistenza di «gravi indizi di *colpevolezza*», che diventavano addirittura «evidenti indizi di *colpevolezza*» nel testo approvato dalla Camera nel giugno 2009; al di là della poca chiarezza lessicale (atteso che il requisito dell'evidenza attiene alla prova e non agli indizi), il passaggio dalla formula dell'attuale articolo 267 comma 1 c.p.p. a quella utilizzata in materia di misure cautelari dall'articolo 273 c.p.p. sarebbe stato gravido di conseguenze (in tema, cfr. BALSAMO, *Intercettazioni: gli standards europei, la realtà italiana, le prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2009, 4032; GREVI, *Per una disciplina delle intercettazioni*, in *Corriere della sera*, 27 gennaio 2009, 1; Id., *Giusto impedire la «fuga di notizie»*. *Ma le intercettazioni restano vitali*, *ivi*, 19 aprile 2010, 30; Id., *L'obbligo di spiegare il «perché» di un'intercettazione*, *ivi*, 14 aprile 2009, 30; Id., *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 3345). Anche detta previsione era poi stata opportunamente eliminata, attraverso un ritorno, nel testo approvato dal Senato nel 2010, ai «gravi indizi di reato», da valutare però, in base al nuovo comma 1-*bis*, *ex* articolo 192 commi 3 e 4 c.p.p.: richiedendosi così un livello crescente di “gravità” in quanto corroborato da «altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità».

¹⁴² GREVI, *Le intercettazioni come mero «mezzo di ricerca»*, cit., 855.

¹⁴³ Per analoghe considerazioni si veda GREVI, *Una mossa ad alto rischio*, in *Corriere della sera*, 26 settembre 2008, 1.

¹⁴⁴ Recentemente, tuttavia, in senso favorevole all'estensione delle garanzie delle intercettazioni ai tabulati, SPANGHER, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 7, 921.

13.

Le recenti novità introdotte dal “decreto antiterrorismo”.

L'ultimo e più recente intervento normativo in materia di tabulati, non scevro da problemi applicativi, è rappresentato dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione», convertito con modifiche dalla l. 17 aprile 2015, n. 43 (c.d. pacchetto antiterrorismo).

Il legislatore, fra le varie materie toccate¹⁴⁵, è intervenuto ancora una volta sul tema della *data retention*, dettando una disciplina derogatoria che, fin dalla sua stesura originaria, è parsa di difficile interpretazione, se non addirittura inidonea a prestare un contributo significativo alle indagini¹⁴⁶.

Infatti, se la deroga così introdotta trovava la propria *ratio* – nella prospettiva di una efficace lotta al fenomeno terroristico – nell'esigenza di dilatare i tempi di conservazione, così da ampliare corrispondentemente la “finestra” temporale della loro utilizzabilità ai fini delle indagini, il legislatore sembra essere caduto in una serie di *lapsus* redazionali, che hanno finito per vanificare il contributo che la norma stessa si proponeva di apportare.

La disposizione di riferimento è l'articolo 4-*bis* del decreto, aggiunto in sede di conversione, il quale ha disposto, in via eccezionale rispetto all'articolo 132 comma 1¹⁴⁷ e al fine di agevolare le sole indagini relative ai reati di cui agli articoli 51 comma 3-*quater* e 407 comma 2 lett. a) c.p.p., che i dati del traffico – telefonico, telematico (esclusi comunque i contenuti della comunicazione) e delle chiamate senza risposta – «effettuato a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione» siano conservati dal fornitore «fino al 31 dicembre 2016» per finalità di accertamento e repressione dei reati.

Da un punto di vista generale, occorre fin da subito osservare come il legislatore, già sotto il profilo redazionale, sia parso poco ossequioso del basilare principio di finalità¹⁴⁸, che, in materia di *data retention*, impone la chiara e univoca definizione degli scopi per cui la conservazione dei dati deve ritenersi ammessa.

Infatti, la contemporanea indicazione del fine, senz'altro più specifico, di agevolazione delle indagini relative a reati di particolare gravità e di quello, più ampio e generico, di «accertamento e repressione dei reati» lascia apparentemente insoluto il quesito sulla reale portata della norma in esame.

Si pone, cioè, il problema dell'esatta delimitazione dell'ambito di applicazione della nuova disciplina, giacché la citata finalità di accertamento e repressione dei reati può intendersi riferita tanto alle sole gravi fattispecie criminose richiamate (per il tramite degli articoli 51 comma 3-*bis* e 407 comma 2 lett. a) c.p.p.), quanto alla generalità dei reati¹⁴⁹; tuttavia, una più ponderata riflessione – anche alla luce dei già citati arresti della Corte di Strasburgo in materia – impone di adottare un'interpretazione convenzionalmente conforme che, in ossequio ai canoni di necessità e proporzionalità, privilegi la misura meno invasiva per il perseguimento dell'obiettivo: il che, nel caso specifico, conduce a ritenere preferibile un ripiegamento sulla più

¹⁴⁵ Per un'ampia panoramica sul provvedimento si veda *Guida dir.*, 2015, f. 19, 34 ss., che dedica un'approfondita analisi alle novità introdotte, sia sotto il profilo sostanziale che processuale; nonché *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 8, 918 ss., con commenti di FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, e di CORTESI, *I riflessi sul sistema processuale, penitenziario e di prevenzione*. In tema, anche LEOTTA, *La repressione penale del terrorismo a un anno dalla riforma del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modif. dalla L. 17 aprile 2015, n. 43.*, in *Arch. pen.*, 2016, 1.

¹⁴⁶ Per un primo commento, cfr. BERRUTI, *Un vulnus al diritto alla privacy per la lotta contro il terrorismo*, 15 gennaio 2016; CAPUTO, *La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella normativa antiterrorismo*, in *Arch. pen.*, 2016, 1.

¹⁴⁷ Leccellenza della disciplina emerge anche sotto il profilo della sua vigenza temporale, dal momento che lo stesso articolo 4-*bis* espressamente prevede(va) che le disposizioni in esame «cessano di applicarsi a decorrere dal 1 gennaio 2017». Sulla novella legislativa, si veda anche FILIPPI, *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti e Kalb, vol. I, Torino, 2015, 1132.

¹⁴⁸ Così, RAFARACI, *op. cit.*, 272, che, oltre al citato principio di finalità, enuclea i conseguenti principi di sicurezza (per cui la conservazione dei dati deve essere necessariamente assistita da una rete di garanzie che ne impediscano un uso per finalità diverse) e di temporaneità (per cui la conservazione dei dati deve essere limitata nel tempo). Sul tema, si veda anche SIGNORATO, *Il trattamento di dati personali per fini di prevenzione e repressione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1485 ss.

¹⁴⁹ Per CISTERNA, *All'Aise l'attività di informazione verso l'esterno*, in *Guida dir.*, 2015, f. 19, 97, sembrerebbe più persuasiva la prima opzione, atteso che la disposizione si apre con un chiaro e inequivoco riferimento al fine di agevolare le indagini per quei reati specifici: anche se, così opinando, del tutto superfluo parrebbe allora il richiamo al profilo teleologico di tale conservazione speciale – accertamento e repressione dei reati – che rappresentano il fine naturale delle indagini stesse.

restrittiva finalità di repressione dei soli delitti di terrorismo¹⁵⁰.

Nella medesima prospettiva teleologica, si è rilevato che, a ben vedere, se da un lato tali finalità sembrano definite quanto ai dati di traffico telefonico e telematico, altrettanto non può dirsi con riferimento ai dati relativi alle chiamate senza risposta, in ordine ai quali la disposizione serba un incomprensibile silenzio¹⁵¹; tale circostanza, che potrebbe porre il dubbio circa la sussistenza di una diversificazione tra i rispettivi regimi normativi – nel senso di una conservazione dei dati delle chiamate senza risposta a prescindere dalla finalità perseguita – non impedisce peraltro di ritenere che la clausola derogatoria posta in apertura dell'articolo 4-*bis* valga anche per questi ultimi e, così, le relative finalità della conservazione.

Le criticità della novella legislativa, tuttavia, non si esauriscono nei rilievi appena svolti, ma risultano, se possibile, ancora maggiori analizzando attentamente il regime di conservazione che consegue alla sua applicazione.

Il legislatore, seppur nel lodevole proposito di dettare una disciplina dei termini di *data storage* omogenea in relazione alle varie tipologie di dati (a fronte della modulazione attuata nell'ambito della normativa "generale" del Codice della *privacy*), è incorso in un grave equivoco, che ha rischiato di depotenziare pesantemente la complessiva portata delle novità introdotte.

L'origine di tale problema emerge da un rapido esame dei lavori preparatori, dai quali si evince chiaramente come l'intento originario fosse quello di stabilire un termine di conservazione pari a ventiquattro mesi per tutte le tipologie di dati relativi al traffico effettuato dal 21 aprile 2015 (data di entrata in vigore della l. 17 aprile 2015, n. 43) fino al 31 dicembre 2016¹⁵².

Nel passaggio dalla fase preparatoria alla stesura del testo definitivo, tuttavia, si è assistito alla totale obliterazione del proposto termine di ventiquattro mesi e alla sorprendente posposizione del termine finale («fino al 31 dicembre 2016»), che dal punto di vista sintattico appare così riferito non – come sarebbe logico attendersi – all'arco temporale entro cui collocare il traffico "rilevante" ai fini del decreto, quanto invece al periodo di conservazione dei dati da parte del fornitore.

È conseguito che l'articolo 4-*bis*, almeno nella sua formulazione originaria, avrebbe potuto rivelarsi addirittura potenzialmente pregiudizievole alle investigazioni, nella misura in cui ha previsto – con riferimento ai dati di traffico telefonico – un regime di *data storage* decisamente peggiorativo rispetto a quello ordinario; la disciplina speciale, infatti, interessava i soli dati del traffico effettuato a partire dal 21 aprile 2015 (data di entrata in vigore della l. 17 aprile 2015, n. 43), che, in base alle regole generali, avrebbero dovuto essere conservati per ventiquattro mesi e che invece, per effetto della nuova disciplina, sarebbero stati conservati fino al più breve termine del 31 dicembre 2016.

Per quanto concerne il traffico telematico e quello relativo alle chiamate senza risposta il giudizio è necessariamente più articolato, nel senso che il regime di conservazione così introdotto sarebbe stato più favorevole solo e soltanto nella misura in cui il lasso temporale intercorrente tra la data della comunicazione (o della chiamata senza risposta) e la data del 31 dicembre 2016 non coincidesse con il termine previsto in via ordinaria dall'articolo 132; uno "sforamento" dei termini di conservazione sarebbe stato possibile, cioè, esclusivamente nell'ipotesi in cui il flusso di traffico risalisse, rispettivamente, di oltre dodici mesi o di trenta giorni rispetto al 31 dicembre 2016¹⁵³.

Era poi evidente, in relazione a tutte le tipologie di dati, che il rischio di una compressione dei termini di conservazione degli stessi, in confronto con i termini ordinari, sarebbe cresciuto proporzionalmente mano a mano che la data in cui il traffico fosse stato effettuato si fosse avvicinata a quella del 31 dicembre 2016: con l'assurda conseguenza che i dati di una comunicazione avvenuta, per ipotesi, il 30 dicembre sarebbero stati conservati per un giorno soltanto.

¹⁵⁰ Così, SIGNORATO, *Contrasto al terrorismo e data retention: molte ombre e poche luci*, in AA.VV., *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di Kostoris e Viganò, Torino, 2015, 83 ss.

¹⁵¹ Analizzando il dato testuale dell'articolo 4-*bis*, si nota come, in effetti, la clausola di deroga all'articolo 132 comma 1 e le specifiche finalità di conservazione siano riferite dal comma 1 al regime dei soli dati di traffico telefonico e telematico (per questi ultimi vale l'*incipit* «Per le medesime finalità»); non vi è traccia di alcuna precisazione, in senso estensivo della disciplina, con riferimento ai dati delle chiamate senza risposta, per cui il comma 2 si limita a disporre che «I dati relativi alle chiamate senza risposta, effettuate a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati fino al 31 dicembre 2016».

¹⁵² Senato della Repubblica, *Fascicolo Iter DDL. S. 1854–1.4.2.4.1. 10^a Commissione permanente (Industria, commercio, turismo) – Seduta n. 133 (pom.), 8 aprile 2015*, ove si puntualizzava, in relazione all'articolo 4-*bis*, l'equiparazione dei termini di conservazione (ventiquattro mesi) dei dati di traffico telefonico, telematico e delle chiamate senza risposta.

¹⁵³ Per simili considerazioni, si veda CISTERNA, *All'Aise*, cit., 97 ss.

Va peraltro sottolineato come il legislatore, nel porre un parziale rimedio alle sopra accennate criticità, sia successivamente intervenuto con il d.l. 30 dicembre 2015, n. 210 (c.d. decreto milleproroghe), convertito con modifiche dalla l. 25 febbraio 2016, n. 21, operando un'estensione «fino al 30 giugno 2017» del termine di conservazione “speciale” dei dati di traffico¹⁵⁴: così finalmente attuando – almeno a certe condizioni – quel regime che, pur nelle intenzioni del decreto antiterrorismo, si era rivelato nella sostanza un tentativo incompiuto di proroga della *data retention*.

L'inciso sopra esplicitato appare doveroso, poiché, nonostante detto intervento correttivo, rimangono ancora valide talune delle considerazioni svolte circa le segnalate incongruenze della disciplina.

Se è vero, infatti, che le disposizioni del decreto cessano di applicarsi a partire dal 1 luglio 2017, i dati del traffico effettuato fino a quella data seguono necessariamente il regime “speciale” di conservazione così delineato; ma, allora, permangono inalterati, nonostante l'allungamento del termine di conservazione, i rilievi in ordine al pericolo di una indebita riduzione dei termini di *data retention* in relazione a quelli previsti dal Codice della *privacy*, quando la comunicazione cui il dato inerisce sia avvenuta a ridosso del termine di scadenza della disciplina derogatoria e sia, quindi, sempre più contigua alla data del 30 giugno 2017.

Insomma, una così poco desiderabile interferenza tra termini, aventi diversa natura e operanti su piani eterogenei, risale certamente alla spesso denunciata trascuratezza del legislatore, poco attento al senso delle parole, al significato derivante dalle loro connessioni e, ancor più, alle conseguenti ricadute pratiche: un'occasione ulteriore per formulare un invito allo stesso, affinché le tanto enfatizzate e reclamizzate iniziative volte a contrastare il terrorismo (e fenomeni analoghi) corrispondano all'introduzione di strumenti idonei allo scopo e, ancor prima, effettivamente applicabili.

¹⁵⁴ Conseguentemente, è stato aggiornato anche il termine di vigenza della disciplina derogatoria: in tal senso, il comma 3 dell'articolo 4-*bis* prevede ora che le disposizioni dei commi 1 e 2 «cessano di applicarsi a decorrere dal 1 luglio 2017».