

## CONFRONTO DI IDEE

---

**PATRIZIA CAPUTO**

### **La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella normativa antiterrorismo**

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. Il nuovo regime di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico a fine di repressione e accertamento dei reati. - 3. Il nuovo regime di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico a fine di prevenzione dei reati. - 4. L'acquisizione di documenti e dati informatici all'estero. - 5. Conclusioni.

#### **1. Premessa**

È stato osservato<sup>1</sup> che il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito nella l. 17 aprile 2015, n. 43, ha introdotto una “sorta di nuovo statuto della prova informatica e telematica” che ha inciso particolarmente sul settore delle comunicazioni. Uno degli argomenti su cui l'intervento appare essere stato particolarmente incisivo è certamente quello della conservazione dei dati traffico, la c.d. *data retention*. La regolamentazione dei tempi di conservazione e dei modi di acquisizione dei c.d. dati esterni alle conversazioni telefoniche e comunicazioni telematiche viene interessata da diverse norme della legge n. 43 del 2015 e quella che ne risulta è una disciplina di difficile interpretazione e probabilmente, nella prima versione dell'art. 4-*bis*, di scarsa utilità alle indagini, tanto da rendere legittimo l'interrogativo se nel rapporto fra compressione del diritto alla riservatezza e tutela della sicurezza si sia effettivamente ricavato un beneficio<sup>2</sup>.

La legge n. 43 del 2015 è intervenuta sulla materia con gli artt. 4-*bis*<sup>3</sup>, 2 co. 1-

---

<sup>1</sup> CISTERNA, *All'Aise l'attività di informazione verso l'estero*, in *Guida dir.*, 2015, n. 19, 94.

<sup>2</sup> Dei problemi derivanti dalla difficile scrittura della norma pare essersene accorto anche il legislatore che con la l. 25 febbraio 2016, n. 21 di conversione del d.l. 30 dicembre 2015, n. 210 (c.d. milleproroghe) ha modificato il testo dell'art. 4-*bis* legge n. 43 del 2015 (Disposizioni in materia di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico).

<sup>3</sup> Art. 4-*bis* legge n. 43 del 2015: «Disposizioni in materia di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico. - 1. Al fine di poter agevolare le indagini esclusivamente per i reati di cui agli artt. 51, co. 3-*quater*, e 407, co. 2, lett. a), c.p.p., in deroga a quanto stabilito dall'art. 132, co. 1, del codice di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, e successive modificazioni, e fermo restando quanto stabilito dall'art. 123, co. 2, del medesimo codice, i dati relativi al traffico telefonico effettuato a decorrere dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono conservati dal fornitore fino al 31 dicembre 2016 per finalità di accertamento e repressione dei reati. Per le medesime finalità i dati relativi al traffico telematico effettuato a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, esclusi comunque i contenuti della comunicazione, sono conservati dal fornitore fino al 31 dicembre 2016. 2. 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. 3. Le disposizioni di cui ai co. 1 e 2 cessano di appli-

*bis*<sup>4</sup> e *1-quater* lett. *b*)<sup>5</sup>, che pur operando in ambiti distinti e tali da garantire i principi che devono ispirare ogni trattamento dati, necessità, confidenzialità e proporzionalità interagiscono fra loro costituendo un sistema che ad una prima lettura rischia di apparire svincolato proprio da queste regole<sup>6</sup>.

## 2. Il nuovo regime di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico a fine di repressione e accertamento dei reati

Occorre innanzitutto osservare come la modifica introdotta dall'art. *4-bis* legge n. 43 del 2015<sup>7</sup> non costituisca una modifica al regime di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico previsto dall'art. 132, co. 1, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, ma una previsione in deroga che riguarda unicamente i reati di cui agli artt. 51, co. *3-quater*, e 407, co. 2, lett. *a*), c.p.p. Con ciò dovendosi ritenere che per tutti gli altri reati - meno gravi - continui a valere la regola generale, che vedremo come con riferimento alla prima formulazione della norma fosse, dal punto di vista investigativo, certamente più favorevole della nuova previsione.

L'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 è stato più volte modificato a riprova della difficoltà di contemperare le esigenze di giustizia e quella di riservatezza che sempre ha caratterizzato questa materia. La possibilità di esaminare i dati esterni alle conversazioni telefoniche o di collegamento ad internet (il c.d. *tracing*) è sempre stato considerato dal punto di vista investigativo uno strumento di estrema importanza<sup>8</sup>, da ciò il continuo intervento del legislatore per

---

carsi a decorrere dal 1 gennaio 2017».

<sup>4</sup> Art. 2, co. *1-bis*: «Dopo l'art. 234 del codice di procedura penale è inserito il seguente: «Art. 234-*bis* - (Acquisizione di documenti e dati informatici) - È sempre consentita l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in questo ultimo caso, del legittimo titolare»».

<sup>5</sup> Art. 2, co. *1-quater*, lett. *b*): «All'art. 226 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale di cui al d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 sono apportate le seguenti modificazioni: [...] B) dopo il co. 3 è inserito il seguente: «*3-bis*. In deroga a quanto previsto dal co. 3, il procuratore può autorizzare, per un periodo non superiore a ventiquattro mesi, la conservazione dei dati acquisiti, anche relativi al traffico telefonico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, quando gli stessi sono indispensabili per la prosecuzione dell'attività finalizzata alla prevenzione dei delitti di cui al co. 1»».

<sup>6</sup> Non si può infatti escludere, per i motivi che si illustreranno, che i dati raccolti e conservati a fini preventivi transitino in un procedimento penale e nulla si dice sulla circostanza che i dati acquisiti all'estero debbano rispettare i requisiti di sicurezza, garanzia di conformità agli originali e di immodificabilità del dato stabiliti dagli artt. *254-bis* e *352*, co. *1-bis*, c.p.p. Sul punto cfr. CISTERNA, *All'Aise l'attività di informazione verso l'estero*, cit., 94.

<sup>7</sup> L'art. *4-bis* vede la sua prima formulazione nelle proposte di emendamento delle Commissioni riunite II-IV in sede referente della Camera.

<sup>8</sup> Sull'importanza dei tabulati di traffico e delle tracce di telefonia mobile nelle indagini per fatti di terrorismo cfr. SPATARO, *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali - Atti*

ampliare o restringere i tempi di conservazione dei dati a seconda delle emergenze<sup>9</sup>.

La prima versione dell'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, emesso in attuazione della dir. 2002/58/CE, prevedeva l'obbligo del gestore di servizi telefonici di conservare i dati di traffico per fini di accertamento e repressione dei reati per trenta mesi. Nessun obbligo era previsto per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica. Con il d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, convertito in l. 26 febbraio 2004, n. 45, l'art. 132, ancor prima di entrare in vigore, veniva modificato prevedendo un termine di conservazione dei dati di traffico di ventiquattro mesi, prorogabile di altri ventiquattro ma solo per i reati più gravi ovvero per quelli previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p.<sup>10</sup>, nonché per i delitti in danno di sistemi informatici e telematici<sup>11</sup>. Nel 2005 interveniva la riforma antiterrorismo del c.d. pacchetto Pisanu (d.l. 27 luglio 2005, n. 144 convertito in l. 31 luglio 2005, n. 155) che confermando da un lato il doppio termine di conservazione dei dati, con riferimento sia ai dati di traffico telefonico che a quelli di traffico telematico, dall'altro introduceva, per l'esclusiva repressione dei reati di terrorismo, una sospensione generale dell'applicazione dell'art. 132 fino al 31 dicembre 2007, con il conseguente obbligo di conservazione di tutti i dati esterni alle conversazioni fino a quella data.

Nel 2008 l'art. 10, co. 1, della legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio di Europa sulla criminalità informatica<sup>12</sup>, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, inseriva nell'art. 132 i co. da 4-ter a 4-quinquies con la previsione di un nuovo termine di conservazione dei dati di traffico, da tre a sei mesi, per lo svolgimento di indagini preventive previste dall'art. 266 disp. att. c.p.p. ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati.

Meno di due mesi dopo con il d.lgs. n. 30 maggio 2008, n. 109, emesso, fra l'altro in attuazione della dir. 2006/24 (la c.d. Direttiva Frattini), l'art. 132 veniva nuovamente modificato, in particolare venivano unificati i termini di conservazione dei dati di traffico telefonico che diventavano per tutte le cate-

---

della Tavola Rotonda su "Politiche della Sicurezza e diritti fondamentali, Pisa 11-12 marzo 2016, in corso di pubblicazione su *Quest. giust.*

<sup>9</sup> Per una analisi completa delle vicende normative che hanno interessato l'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 cfr. FATTA, *La tutela della privacy alla prova dell'obbligo di data retention e delle misure antiterrorismo*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2008, 395.

<sup>10</sup> Quelli che vengono correntemente denominati reati di criminalità organizzata.

<sup>11</sup> Invero il d.l. n. 354 del 2003 nella sua originaria formulazione prevedeva un termine di conservazione di trenta mesi, prorogabile di eguale periodo solo per i reati più gravi (art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p.) riportando così il termine di conservazione dei dati a cinque anni come originariamente previsto dall'art. 4 d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171.

<sup>12</sup> L. 18 marzo 2008, n. 48.

gorie di reati di ventiquattro mesi, veniva introdotto un termine di conservazione di trenta giorni per i dati relativi alle chiamate non risposte, veniva prolungato ad un anno (dai precedenti sei mesi) il termine di conservazione dei dati di traffico telematico. Per tutti i termini indicati la decorrenza veniva individuata nel momento dell'effettuazione della comunicazione.

Analogamente sofferta è stata l'individuazione del soggetto abilitato ad acquisire i dati presso il gestore di telecomunicazioni.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 132 la materia si intendeva regolata dall'art. 4 d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171 che prevedeva che: «Il trattamento finalizzato alla fatturazione per l'abbonato, ovvero ai pagamenti tra fornitori di reti in caso di interconnessione, è consentito sino alla fine del periodo durante il quale può essere legalmente contestata la fattura o preteso il pagamento. Per le medesime finalità, possono essere sottoposti a trattamento i dati concernenti:

- a) il numero o l'identificazione della stazione dell'abbonato;
- b) l'indirizzo dell'abbonato e il tipo di stazione;
- c) il numero dell'abbonato chiamato;
- d) il numero totale degli scatti da considerare nel periodo di fatturazione;
- e) il tipo, l'ora di inizio e la durata delle chiamate effettuate e il volume dei dati trasmessi;
- f) la data della chiamata o dell'utilizzazione del servizio;
- g) altre informazioni concernenti i pagamenti».

Tale norma veniva sfruttata per ottenere - attraverso l'estrazione e l'incrocio dei dati conservati dal fornitore del servizio di telefonia per la fatturazione - i c.d. tabulati di traffico telefonico. Lo strumento giuridico utilizzato per ottenere dal fornitore di servizi l'elaborazione e la consegna dei dati era quello previsto dall'art. 248 c.p.p., ovvero la richiesta di consegna con provvedimento del pubblico ministero; l'operatore, in virtù dell'art. 7, co. 13, legge n. 318 del 1997 era obbligato a fornire la prestazione. Sull'utilizzo di tale modalità di acquisizione dei tabulati di traffico interveniva la Corte di cassazione, Galliari,<sup>13</sup> che affermava il principio, discutibile sotto il profilo tecnico informatico, che costituendo il tabulato di traffico telefonico la trasposizione in forma intellegibile di un flusso informatico, questo doveva essere acquisito con le forme di cui all'art. 267 c.p.p., e dunque come se fosse una vera e propria intercettazione. Le stesse Sezioni unite, D'Amuri,<sup>14</sup> ritornavano sui propri passi affermando che atteso il diverso livello di intrusione nella sfera di riservatezza

---

<sup>13</sup> Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, in *Cass. pen.*, 1998, 465 con nota di MELILLO.

<sup>14</sup> Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, in *Cass. pen.*, 2000, 3425 con nota di FILIPPI.

che contraddistingueva l'acquisizione dei dati di traffico dall'intercettazione delle comunicazioni, era sufficiente per l'acquisizione dei primi, il decreto motivato dell'autorità giudiziaria e quindi anche del solo Pubblico Ministero.

La legge n. 45 del 2004 introduceva la necessità per il p.m. - ma non per il difensore dell'imputato - dell'autorizzazione del Giudice per l'acquisizione dei dati di traffico, necessità che veniva esclusa poi dalla legge n. 144 del 2005.

La l. 18 marzo 2008, n. 148 di ratifica della Convenzione di Budapest inseriva poi nel codice di procedura penale l'art. 254-*bis* che prevede e disciplina il sequestro di dati informatici, telematici e di telecomunicazioni, anche in particolare dei dati di traffico e di ubicazione detenuti dal fornitore dei servizi. La norma si affianca a quella di cui all'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 disciplinando così due modalità differenti di acquisizione dello stesso dato.

L'8 aprile del 2014 interveniva la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Digital Rights Ireland Ltd*, che dichiarava l'invalidità della dir. 2006/24/CE del Parlamento Europeo riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modificava la dir. 2002/58/CE, essendo incompatibile con gli art. 7, 8 e 52, co. 1, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>15</sup>.

In sintesi la Corte rilevava come gli obblighi di *data retention* imposti dalla direttiva non fossero tali da pregiudicare il contenuto essenziale dei diritti al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale e che rispondevano effettivamente ad un obiettivo di interesse generale, quale la lotta alla criminalità grave, ma che le deroghe e le restrizioni alla tutela dei dati personali non operavano nei limiti dello stretto necessario. In particolare la Corte al par. 59 osservava come 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 a un'area geografica determinata e/o a una cerchia di persone determinate che possano essere coinvolte, in un modo o nell'altro, in un reato grave, nè alle persone la conservazione dei cui dati, per altri motivi, potrebbe contribuire alla prevenzione, all'accertamento o al perseguimento di reati gravi». Altra censura veniva mossa alla circostanza che

---

<sup>15</sup> Per un esame completo della sentenza, anche con riferimento alle conclusioni dell'Avvocato Generale cfr. TRUCCO, *Data retention: la Corte di Giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 2014, 1580.

l'accesso ai dati conservati non risultava «subordinato a un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente». Riteneva invece la Corte non sindacabile la scelta di rimettere la determinazione del periodo di conservazione dei dati alle singole legislazioni nazionali.

In positivo si può affermare che affinché sia rispettato il principio di proporzionalità di cui all'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea così come esplicitato dalla Corte e dunque salvaguardato il diritto alla privacy dei cittadini la normativa sulla conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico debba rispondere ai seguenti requisiti<sup>16</sup>:

differenziare le categorie di dati

indicare il termine di conservazione dei dati differenziando in base ai soggetti coinvolti e alle aree geografiche, tutto in relazione alla gravità dei reati

prevedere che la conservazione dei dati avvenga solo in caso di collegamento fra il soggetto cui i dati si riferiscono e una minaccia per la sicurezza pubblica

prevedere criteri che limitino l'accesso a tali dati solo per contribuire alla prevenzione, all'accertamento o al perseguimento di gravi reati

prevedere che l'accesso dei dati sia subordinato all'autorizzazione di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente

prevedere che i dati siano conservati esclusivamente nel territorio dell'Unione

prevedere la distruzione dei dati al termine del periodo di conservazione.

Al momento dell'entrata in vigore dell'art. 4-bis legge n. 43 del 2015 il paradigma normativo di conservazione e acquisizione dei dati di traffico a fini di accertamento, prevenzione e repressione dei reati previsto dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 era quindi il seguente:

- i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore del servizio per 24 mesi dall'effettuazione della comunicazione,

- i dati relativi al traffico telematico sono conservati dal fornitore del servizio per 12 mesi dall'effettuazione della comunicazione,

- i dati relativi alle chiamate senza risposta sono conservati per trenta giorni.

Le modalità di acquisizione prevedono un decreto motivato del pubblico ministero che può essere emesso anche su istanza dei difensori delle parti processuali, che sono anche legittimate ad avanzare richiesta direttamente al detentore del dato. È prevista anche la possibilità, ai sensi dell'art. 226 disp. att. c.p.p. che il Ministro dell'Interno o, su sua delega, i responsabili dei servizi centrali di cui all'art. 12 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 1991 n. 203, nonché il Questore o il comandante Provinciale dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, di richiedere al Procurato-

---

<sup>16</sup> Sul punto cfr. *Data Retention e nuove leggi per il contrasto al terrorismo*, in [www.brunosaetta.it](http://www.brunosaetta.it).

re della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo, ovvero nel caso non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione di reati di cui agli artt. 407, co. 2, lett. a), e 51, co. 3-*bis*, c.p.p., l'autorizzazione ad acquisire i dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche intercorse.

Ci troviamo evidentemente di fronte ad una normativa, l'art. 132 d.lgs. n. 196 n. 2003, che non risponde a quanto richiesto dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea almeno per ciò che concerne il rapporto fra l'obbligo di conservare i dati e una minaccia per la sicurezza pubblica e la mancata previsione che tale obbligo sia correlato alla necessità di prevenire gravi reati.

Nel nostro sistema processuale devono essere conservati dal fornitore del servizio i dati di traffico telefonico e telematico per i tempi per ciascuno sopra indicati qualunque sia il reato che debba essere accertato o perseguito.

L'art. 4-*bis* legge n. 43 del 2015 aveva introdotto un regime di "deroga" all'art. 132 con la curiosa dizione «al fine di poter agevolare le indagini, esclusivamente per i reati di cui agli artt. 51, co. 3-*quater*, e 407, co. 2, lett. a) c.p.p.» prevedendo che «i dati relativi al traffico telefonico effettuato a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto [...] sono conservati dal fornitore fino al 31 dicembre 2016 per finalità di accertamento e repressione dei reati». Stesso termine del 31 dicembre 2016 veniva previsto per la conservazione dei dati di traffico telematico e di quelli relativi alle chiamate non risposte.

La norma appariva di difficile, se non impossibile interpretazione e comunque, ai fini investigativi, disegnava un regime di conservazione dei dati di traffico telefonico deteriore rispetto a quello ordinario, mentre per il traffico telematico e relativo alle chiamate non risposte questo rimaneva più favorevole agli investigatori fino al momento in cui il tempo mancante alla data del 31 dicembre 2016 non coincideva con quello ordinariamente previsto dall'art. 132 d.lgs. n. 96 del 2003.

La norma inoltre si prestava a diverse interpretazioni possibili a seconda che la dizione «per finalità di accertamento e repressione dei reati» venisse intesa come riferita solo ai reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), e 51, co. 3-*bis*, c.p.p., oppure a tutti i reati così come poteva indurre a pensare l'espresso riferimento alla finalità di accertamento e repressione dei reati.

La prima interpretazione poteva apparire giustificata dal richiamo operato in apertura di norma che individuava il fine della stessa nell'agevolare le indagini per i reati di cui agli artt. 407, co. 2, lett. a), e 51, co. 3-*quater*, c.p.p., anche se la circostanza che si facesse riferimento alle indagini rendeva ultroneo il ri-

chiamo all'accertamento e alla repressione dei reati che sono il fine naturale dell'indagine.

Tale interpretazione introduceva però un tempo di conservazione dei dati di traffico telefonico effettuato dopo l'entrata in vigore delle legge di conversione, avvenuta il 21 aprile 2015, sensibilmente più breve rispetto a quello ordinario, in netto contrasto con lo scopo espresso della norma. ...

**TESTO INTEGRALE RISERVATO AI SOLI ABBONATI**