

Roberto Flor - Stefano Marcolini

# Dalla *data retention* alle indagini ad alto contenuto tecnologico

La tutela dei diritti fondamentali quale  
limite al potere coercitivo dello Stato

Aspetti di diritto penale  
processuale e sostanziale



**Giappichelli**

## Il perché di questo libro

L'idea di questo libro nasce da un ricordo risalente al 2007 quando, durante un soggiorno di ricerca presso il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (oggi denominato *Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht*) di Freiburg i. Br. vi è stata l'occasione di partecipare alla discussione sulla *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 1 BvR 370/07 zum Thema der Online-Durchsuchungen*, redatta dal Prof. Ulrich Sieber (ai tempi Direttore dell'Istituto), uno dei padri del diritto penale delle nuove tecnologie.

L'anno successivo il *Bundesverfassungsgericht* ha pronunciato la sentenza sulle c.d. *Online Durchsuchungen*, aprendo la strada alle prime, profonde riflessioni sui limiti entro i quali il legislatore può operare nel prevedere nuovi mezzi di ricerca della prova ad alto contenuto tecnologico.

Nel 2009, tra le prime Corti costituzionali in Europa, la *Curtea Constituțională* romena ha dichiarato incostituzionali le disposizioni legislative interne di attuazione della direttiva europea 2006/24/Ce in materia di *data retention*.

In quel momento si è avuta la netta percezione che la pallina di neve lasciata rotolare dalla cima della montagna si sarebbe trasformata in una devastante valanga. È così iniziato uno studio comparato avente ad oggetto le indagini ad alto contenuto tecnologico e le discipline dei singoli Stati in Europa sugli obblighi di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico per finalità di accertamento e repressione dei reati e, conseguentemente, di numerose altre decisioni di Corti costituzionali nazionali.

Nel 2010 il *Bundesverfassungsgericht* ha pronunciato una nuova sentenza in materia di *Vorratsdatenspeicherung*, giungendo a dichiarare l'incostituzionalità delle norme interne di attuazione della Direttiva 2006/24/Ce.

Il *fil rouge* che lega quest'ultima decisione alla precedente del 2008 riguarda l'individuazione di elevati *standard* di garanzia nel bilanciamento fra

*Recht auf informationelle Selbstbestimmung e Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme*, quali espressioni dell'*allgemeine Persönlichkeitsrecht*, e la previsione di mezzi di ricerca della prova, fortemente invasivi della riservatezza dei cittadini, per l'accertamento e la repressione dei reati, al fine di delineare i presupposti per la legittimità di una compressione dei diritti fondamentali dell'individuo da parte dello Stato nel prisma del principio di proporzionalità.

Per questi motivi la pur epocale sentenza della Corte di giustizia sul caso Digital Rights (2014) non ha costituito una vera sorpresa.

La vera sorpresa, invece, è stato notare come per molto tempo tali complesse questioni non abbiano suscitato l'interesse che meritavano, né in dottrina, né in giurisprudenza e nemmeno abbiano turbato il sonno del legislatore nazionale.

Dal 2014 ad oggi la Corte di giustizia Ue si è pronunciata altre cinque volte solo in materia di *data retention*, ma il nostro legislatore – pur essendo intervenuto spesso sulla disciplina di riferimento, l'art. 132 codice privacy – si è di fatto destato solo nel 2021, con una novella d'urgenza non priva di criticità.

Questo studio parte dalla consapevolezza dell'importanza delle vicende storiche che hanno segnato un periodo particolarmente innovativo nel contrasto a forme di criminalità grave e che è indispensabile ricordare per comprendere le nuove sfide imposte dal contesto tecnologico, in grado di riconfigurare il momento della reazione verso l'illecito.

Al contempo, queste stesse vicende storiche ci guidano alle radici della nascita di nuove forme di espressione dei diritti fondamentali, nella riflessione sulle funzioni descrittiva, classificatoria ed ermeneutica del bene giuridico (da cui è necessario partire, considerando, in particolare, quei beni che costituiscono essi stessi manifestazioni di nuove espressioni dei diritti dell'individuo), a comprendere ed individuare i limiti che lo Stato incontra nel perseguimento del legittimo interesse alla repressione e all'accertamento dei reati tramite mezzi di ricerca della prova innovativi, ma ad alto grado di invasività nei diritti fondamentali della persona.

Questo volume non ha la pretesa di dare risposta ad ogni complessa questione sollevata dalle trasformazioni dell'agire indotte dalla evoluzione-rivoluzione tecnologica *in subiecta materia*. Tenta, però, di fornire una chiave di lettura dei rapporti tra scienza e diritto e delle controversie tecnico-scientifiche nel diritto e nel processo penale, nel prisma della tutela dei diritti fondamentali, evitando il pericolo che la tecnologia espropri il diritto, e che il diritto ignori o ripudi la tecnologia.

Parte Prima

*LA DATA RETENTION*  
NEI SISTEMI GIURIDICI COMUNITARIO  
E ITALIANO



# 1.

## La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla *data retention*: il baluardo dei diritti fondamentali in Europa

Stefano Marcolini

SOMMARIO: 1. Il fondamentale contributo delle Corti supreme nazionali. – 2. La direttiva 2006/24/Ce ed il suo annullamento da parte della Corte di giustizia (Grande Sezione, 8 aprile 2014, “Digital Rights”, C-293/12 e C-594/12). – 3. La qualità delle discipline nazionali (Grande Sezione, 21 dicembre 2016, “Tele2”, C-203/15 e C-698/15). – 4. Gravità dei reati *versus* gravità dell’interferenza nella vita privata: conferma e ruolo del principio di proporzionalità (Grande Sezione, 2 ottobre 2018, “Ministerio Fiscal”, C-207/16). – 5. Oltre la *data retention*: lo statuto della Corte giust. Ue sull’uso delle tecnologie elettroniche per fini di sorveglianza (Grande Sezione, 6 ottobre 2020, “Quadrature”, C-511/18, C-512/18 e C-520/18). – 5.1. Le conferme del passato. – 5.2. Lo sguardo sul futuro: la cangiante varietà di sempre nuovi mezzi di indagine. – 6. La posizione del pubblico ministero (Grande Sezione, 2 marzo 2021, “Prokuratuur”, C-746/18). – 7. Il monito agli Stati sull’obbligo di differenziazione (Grande Sezione, 5 aprile 2022, “Commissioner”, C-140/20). – 8. Il nodo del regime transitorio. Leggi e processi interni, quale sorte? Rinvio.

### 1. Il fondamentale contributo delle Corti supreme nazionali

Sarebbe errato ritenere che quella sulla *data retention* sia una vicenda interamente voluta e scritta dalle istituzioni comunitarie, ed in special modo dalla Corte giust. Ue, visione cui potrebbero contribuire taluni pregiudizi culturali che concepiscono l’Europa – talvolta quella più ristretta dell’Unione Europea e della Corte giust. Ue, talvolta quella “allargata” del Consiglio d’Europa e della Corte Edu – come epicentro di decisioni improvvise e non sempre comprensibili, che vengono “calate dall’alto” sullo

sfortunato giurista nazionale (sia egli legislatore, giudice od interprete), che in qualche modo le subisce e cui compete darvi attuazione nel proprio ordinamento in virtù dell'attuale, intricato e "post-moderno" sistema delle fonti che caratterizza i sistemi giuridici occidentali dell'inizio di questo terzo millennio<sup>1</sup>.

Sarebbe errato perché, in realtà, le riflessioni da parte dei giuristi intorno alla *data retention* sono state, almeno all'origine, riflessioni nazionali: segnatamente da parte di giudici di merito nazionali e, da quelli sollecitate, da parte di giudici delle leggi nazionali.

La vicenda della *Online Durchsuchung* (o perquisizione *online*) tedesca appare, in proposito, emblematica. Premesso che, sul piano tecnico, la *Online Durchsuchung* è un fenomeno diverso dalla *data retention*, la parabola istituzionale che l'ha vista coinvolta le è singolarmente vicina. Il *Land* del Nord Reno-Westfalia, uno Stato della Repubblica Federale di Germania, adotta una disciplina volta a consentire ai propri servizi segreti il monitoraggio e l'accesso occulti ai sistemi informatici collegati alla rete. La legge viene però impugnata innanzi il *Bundesverfassungsgericht* (la Corte costituzionale tedesca) che, con sentenza in data 27 febbraio 2008, la annulla – non per una intrinseca illegittimità del mezzo, bensì – per violazione del principio di proporzione, perché troppo sbilanciata nell'ammettere le nuove potenzialità investigative a detrimento della previsione di adeguate garanzie per gli utenti<sup>2</sup>.

La stessa *data retention*, parallelamente al percorso comunitario che subito si esporrà, ha conosciuto importanti segmenti nazionali, nei quali i giudici delle leggi della Repubblica ceca, della Romania e, ancora, della Germania, si sono espressi criticamente sulle lacune presentate dalle rispettive legislazioni nazionali (e comunitarie) nel normare il nuovo strumento d'indagine<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Simile visione, compendiabile nel noto e per certi versi ironico "ce lo chiede l'Europa", rischia di generare (ed ha talora generato) una ingiusta reazione di disaffezione verso le istituzioni comunitarie ed europee.

<sup>2</sup> Cfr. R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 695.

<sup>3</sup> Su tali vicende cfr. R. FLOR, *Lotta alla criminalità informatica e tutela di tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di internet*, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1348049846flor%20corretto.pdf>; (consultato il 15 maggio 2022); ID., *Data retention e limiti al potere coercitivo dello stato in materia penale: le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constitutionala*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1952; ID., *investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Onli-*

Quando la Corte giust. Ue si pronuncia sulla *data retention*, pertanto, ha già un non trascurabile retroterra di riflessioni interne agli Stati membri. Seguire il percorso che essa compie è, nondimeno, di primario interesse perché le sue sentenze si completano progressivamente in un arco temporale che giunge sino (al momento) al 2022 e perché, per l'importanza dell'organo giurisdizionale che le pronunzia, delineano un quadro organico della disciplina comunitaria della *data retention* che si impone ad ogni legislatore ed interprete nazionali.

## 2. La direttiva 2006/24/Ce ed il suo annullamento da parte della Corte di giustizia (Grande Sezione, 8 aprile 2014, "Digital Rights", C-293/12 e C-594/12)

La mattina dell'11 marzo 2004 una serie di esplosioni funesta alcuni treni delle linee di trasporto ferroviario di Madrid. Quelli che si scopriranno (e si accerteranno con sentenza definitiva) essere degli attentati terroristi di matrice islamica mietono 192 vittime civili, in uno degli episodi più gravi che la storia europea ricordi, tanto da aver portato il Parlamento europeo a consacrare la data dell'11 marzo alla "Giornata internazionale delle vittime del terrorismo". Non molto diversamente, il 7 luglio 2005, a Londra, un'altra serie di attentati a mezzi pubblici di trasporto causa complessivamente 56 morti. L'11 settembre 2001, con il suo tributo di sangue americano, non è temporalmente lontano; e, come reazione ad esso, in una sorta di spirale perversa di violenza, la guerra in Iraq, ed a quello che si è inteso definire come "asse del male", è iniziata il 20 marzo 2003. In un simile contesto di opprimente minaccia alla sicurezza pubblica, molti Stati del mondo – e l'Europa non vi fa eccezione – adottano politiche che il giudizio storico successivo definisce di tipo "(neo)sicuritario", perché volte ad inasprire la risposta sanzionatoria al terrorismo e a consentire indagini più efficienti contro le più gravi forme di criminalità organizzata, anche terroristica.

Tale breve inquadramento storico appare necessario perché la direttiva 2006/24/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, «ri-guardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della forn-

---

ne *Durchsuchung e la sua portata alla luce della sentenza del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cyberspazio e dir.*, 2010, p. 359.



tura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/Ce», chiamata “direttiva sulla *data retention*” od anche “direttiva Frattini”, per essere stato Franco Frattini il Commissario europeo per la Giustizia, la Libertà e la Sicurezza al tempo della genesi dell’atto, è frutto di quell’*humus* sociale e culturale<sup>4</sup>.

La direttiva 2006/24/Ce muove dall’osservazione secondo cui molti Stati si sono dotati di discipline specifiche volte ad imporre, ai fornitori di servizi di comunicazione, obblighi di conservazione dei dati relativi al traffico e all’ubicazione generati dall’uso di servizi di comunicazione elettronica (c.d. dati esterni del traffico), a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati, trattandosi di un mezzo di contrasto alla criminalità rivelatosi nel tempo assai efficace<sup>5</sup>. Considerata la loro nascita spontanea e “dal basso”, però, le discipline nazionali hanno il difetto di presentare rilevanti differenze sia giuridiche sia tecniche e ciò costituisce un ostacolo al mercato interno delle comunicazioni elettroniche<sup>6</sup>. Tale variegato quadro suggerisce un intervento del legislatore comunitario nella classica versione di tipo armonizzatore, il che viene appunto realizzato mediante la direttiva 2006/24/Ce che quindi, *ratione materiae*, appare contraddistinta da una specialità per così dire di secondo grado: essa, infatti, è speciale rispetto alla disciplina “generale”, costituita dalla direttiva 2002/58/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (c.d. direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroni-

---

<sup>4</sup>Ove di interesse, anche per le considerazioni che seguono nel testo, la direttiva 2006/24/Ce, benché non più in vigore, può leggersi all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2006/24/oj>. Per un suo primo commento, al tempo della sua entrata in vigore, cfr. G. DI PAOLO, *Le novità – Parlamento europeo e Consiglio – direttiva del 15 marzo 2006, 2006/24/Ce, riguardante la conservazione dei dati generati e trattati nell’ambito della fornitura dei servizi accessibili al pubblico di comunicazione elettronica e di reti pubbliche di comunicazione che modifica la direttiva 2002/58/Ce*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1944, che riporta sin da subito l’infuocato dibattito che ne ha animato la stesura e l’approvazione, nonché, successivamente, A. CISTERNA, *Attuazione della Dir. 2006/24/Ce riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell’ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la Dir. 2002/58/Ce (commento al d.leg. 30 maggio 2008 n. 109)*, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 39, p. 33.

<sup>5</sup>Così i Considerando n. 5 e n. 11 della direttiva 2006/24/Ce.

<sup>6</sup>Considerando n. 6 della direttiva 2006/24/Ce. Talune discipline nazionali, come si è appena visto al § 1, sono anche state censurate dalle rispettive Corti costituzionali.

che); quest'ultimo atto, a sua volta, traduce in norme specifiche per il settore delle comunicazioni elettroniche i principi davvero generali contenuti nella direttiva 95/46/Ce<sup>7</sup>.

Altro carattere della direttiva 2006/24/Ce che emerge sin da subito è la sua cruciale rilevanza sul terreno del diritto e della procedura penale: l'obbligo di conservazione dei dati esterni delle comunicazioni elettroniche e la successiva possibilità per l'autorità giudiziaria e le agenzie di *law enforcement* di accedere a quei dati costituiscono uno strumento di indagine penale di estrema utilità per l'accertamento e la repressione delle gravi forme di criminalità anche transnazionali. Ciò fa comprendere ancor meglio l'interesse ad una disciplina, se non unitaria, almeno fortemente armonica nello spazio giudiziario comunitario, in modo da garantire la massima cooperazione giudiziaria in materia penale e la libera circolazione dei prodotti ottenuti dalle singole *data retention* nazionali nell'eurozona. Ciò rende anche comprensibili le perplessità di alcuni Stati membri, Irlanda e Slovacchia ad esempio, che – si ricordi che ci si muoveva in uno scenario precedente alla semplificazione delle fonti operata dal Trattato di Lisbona – ancora in sede di *drafting* dell'atto normativo, che sarebbe poi divenuto la direttiva 2006/24/Ce, avevano espresso il parere secondo cui l'atto avrebbe dovuto avere la forma non della direttiva, bensì della decisione quadro ed essere più propriamente adottato nel contesto del c.d. terzo pilastro<sup>8</sup>.

Benché la direttiva 2006/24/Ce non sia più in vigore, perché, come subito si vedrà, annullata dalla Corte giust. Ue nel 2014, del suo contenuto, ripartito in complessivi 17 articoli, meritano di essere ricordate ancora alcune disposizioni.

---

<sup>7</sup> Come noto, la direttiva 95/46/Ce è stata sostituita, a far data dal 25 maggio 2018, dal regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che appunto abroga la direttiva 95/46/Ce (c.d. regolamento generale sulla protezione dei dati o GDPR).

<sup>8</sup> G. DI PAOLO, *Le novità – Parlamento europeo e Consiglio – direttiva del 15 marzo 2006, 2006/24/Ce*, cit., p. 1944.

Per analoghe perplessità circa la corretta base giuridica da impiegare (direttiva o decisione quadro) per proteggere l'ambiente con il diritto penale, sempre in un contesto "pre-Lisbona", ossia precedente alla soppressione dei pilastri ed alla comunitarizzazione della materia penale processuale e penale sostanziale (artt. 82 e 83 dell'attuale Tfue), sia consentito il rinvio a S. MARCOLINI, *Decisione quadro o direttiva per proteggere l'ambiente attraverso il diritto penale? Un importante passo della Corte di giustizia verso la "comunitarizzazione" del diritto e della procedura penale: l'annullamento della decisione quadro 2003/80/Gai relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 240.

*In primis*, l'art. 5 della direttiva 2006/24/Ce, rubricato "Categorie di dati da conservare", il quale contiene una definizione tutt'ora valida sul versante tecnico di cosa si debba intendere per "dati esterni del traffico", comprensiva dell'espressa esclusione di ogni riferimento al *contenuto* delle conversazioni o comunicazioni<sup>9</sup>.

Si possono poi, da subito, mettere a fuoco gli elementi di debolezza strutturale dell'articolato normativo, che ne segneranno il destino: secondo l'art. 1, par. 1 della direttiva 2006/24/Ce, spetta a ciascuno Stato definire quali siano i reati gravi per i quali i fornitori di servizi abbiano l'obbligo di conservazione e successiva comunicazione; secondo l'art. 4 della medesima direttiva, gli Stati hanno pieno e libero mandato per stabilire i casi, i modi ed i soggetti pubblici legittimati a richiedere i dati ai fornitori; secondo l'art. 6 della medesima direttiva, l'obbligo di conservazione in capo ai fornitori può andare dai sei mesi ai due anni.

Uno scrutinio di legittimità di queste norme era insomma in larga parte prevedibile, oltre che preannunciato dalle sentenze delle Corti costituzionali nazionali citate in chiusura del precedente paragrafo.

Esso giunge con la sentenza della Corte giust. Ue, Grande Sezione, 8 aprile 2014<sup>10</sup>, per il tramite di due domande di pronuncia pregiudiziale sottoposte *ex art.* 267 Tfu alla Corte, una in un procedimento nazionale irlandese (*Digital Rights Ireland*, C-293/12)<sup>11</sup> ed una in un procedimento nazio-

---

<sup>9</sup> Cfr. art. 5, par. 2 della direttiva 2006/24/Ce, secondo cui «a norma della presente direttiva, non può essere conservato alcun dato relativo al contenuto della comunicazione», nonché il Considerando n. 13 della direttiva medesima.

<sup>10</sup> Che, come ogni pronuncia della Corte giust. Ue, può leggersi previa ricerca sul modulo disponibile all'indirizzo [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7044/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7044/it/).

Per dei commenti alla sentenza cfr. R. 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 *Dir. informaz. e inform.*, 2014, p. 775; ID., *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 *Dir. pen. contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2014, fasc. 2, p. 178; ID., *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 [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 aprile 2014; E. COLOMBO, "Data retention" e Corte di giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/Ce, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2705; F. IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?*, *ivi*, 2014, p. 4274.

<sup>11</sup> Non pare un caso che, come ricordato *supra* nel testo, l'Irlanda fosse uno degli Stati membri più scettici con riguardo all'introduzione della direttiva 2006/24/Ce. Il procedimento principale irlandese "sa" di vicenda creata a tavolino subito dopo l'entrata in vigore della

nale austriaco (Kärntner Landesregierung, C-594/12), accomunate dal fatto che la questione pregiudiziale non concerne solo e tanto l'interpretazione ma la stessa validità della direttiva 2006/24/Ce, della cui compatibilità con la Cdfue ed i principi di diritto comunitario entrambi i giudici nazionali, irlandese ed austriaco, dubitano.

Con la storica pronuncia qui in esame, la Corte giust. Ue dichiara invalida l'intera direttiva 2006/24/Ce per contrarietà al principio di proporzionalità ricavabile dagli artt. 7, 8 e 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali Ue.

Il ragionamento della Corte giust. Ue appare lineare.

Da un lato, stanno i diritti individuali e fondamentali incisi dalla nuova disciplina, ossia il diritto al rispetto della propria vita privata, di cui all'art. 7 Cdfue<sup>12</sup>, e quello alla protezione dei propri dati personali, di cui all'art. 8 Cdfue<sup>13</sup>.

Dall'altro, sta la lotta al crimine organizzato e terroristico, che rappresenta un innegabile obiettivo di interesse generale<sup>14</sup>.

I diritti individuali e l'interesse generale sono entrambi meritevoli di tutela e debbono essere garantiti e bilanciati reciprocamente; pertanto, occorre vedere se la direttiva compia sul punto scelte ragionevoli, nel prisma del principio *contenutistico* di proporzione sancito dall'art. 52, par. 1 Cdfue<sup>15</sup> e con l'avvertenza che, visto il rango dei beni dei privati cittadini incisi, il controllo non può che essere particolarmente stretto<sup>16</sup> e tale da esigere regole chiare e precise<sup>17</sup>. In particolare, il principio di proporzione, da intendersi qui come principio di "minima interferenza" nel diritto fondamentale inciso (quella minima interferenza necessaria al raggiungimento dello scopo generale, in questo caso la lotta al crimine) può e deve dirsi *contenutistico* nel senso che, per assicurarne il rispetto, non è sufficiente ottemperare alla ri-

---

direttiva 2006/24/Ce: la società Digital Rights Ireland «sostiene di essere proprietaria di un telefono cellulare che è stato registrato il 3 giugno 2006» e, nell'agosto 2006, presenta un ricorso contro il *Criminal Justice (Terrorist Offences) Act* irlandese del 2005 e contro la direttiva stessa, chiedendo la declaratoria di nullità di entrambi gli atti normativi (i dati del procedimento nazionale sono ricavabili da Corte giust. Ue, Grande Sezione, 8 aprile 2014, par. 17).

<sup>12</sup> Corte giust. Ue, Grande Sezione, 8 aprile 2014, "Digital Rights", C-293/12 e C-594/12, par. 34.

<sup>13</sup> *Ivi*, par. 36.

<sup>14</sup> *Ivi*, par. 42.

<sup>15</sup> *Ivi*, par. 45.

<sup>16</sup> *Ivi*, par. 48.

<sup>17</sup> *Ivi*, par. 54.

serva di legge formale (“una qualunque legge, purché vi sia”) ma occorre appunto sindacare il modo con cui il legislatore esercita tale riserva<sup>18</sup>.

Poste queste premesse, la direttiva 2006/24/Ce non supera lo *stress-test*. Nelle argomentazioni della Corte giust. Ue pesano negativamente:

– il fatto che l’obbligo di conservazione dei dati, posto dalla direttiva in capo ai fornitori, si applichi indistintamente alla totalità della popolazione europea, senza alcuna limitazione od eccezione temporale o geografica e senza distinguere tra persone per le quali possa esservi un «nesso (ancorché indiretto o lontano)» di commissione di reati gravi e persone per le quali non esistano tali sospetti<sup>19</sup>;

– il fatto che il diritto di accesso delle autorità pubbliche ai dati conservati dai fornitori possa esercitarsi per dei reati genericamente definiti come “gravi” dall’art. 1, par. 1 della direttiva 2006/24/Ce, con inaccettabile rinvio, per la specificazione del concetto di gravità, alle singole legislazioni nazionali<sup>20</sup>;

– il fatto che, sempre quanto al diritto di accesso delle autorità pubbliche ai dati conservati dai fornitori, la direttiva 2006/24/Ce non predetermini già dei casi e dei modi, in particolare limitando l’accesso solo a determinati soggetti, appartenenti a dette autorità, e non subordinando detto accesso ad una previa autorizzazione «da un giudice o da un’entità amministrativa indipendente» ma affidi ancora una volta carta bianca alle singole legislazioni nazionali<sup>21</sup>;

– il fatto che, quanto a durata della conservazione, l’art. 6 della direttiva 2006/24/Ce ponga un intervallo di tempo (da 6 a 24 mesi), senza ancora una volta fornire al legislatore nazionale dei criteri obiettivi, come ad esempio il tipo di dato o le persone interessate<sup>22</sup>;

– da ultimo – aspetto solo apparentemente meno importante sul versante processuale ma di prim’ordine in un contesto di sicurezza informatica – il fatto che la direttiva 2006/24/Ce, dopo aver posto un obbligo di conservazione così massivo di dati in capo ai fornitori (privati) di servizi, non sia sta-

---

<sup>18</sup> Solidi precedenti di un analogo sindacato si hanno nella giurisprudenza della Corte EDU con riguardo all’art. 8, par. 2 CEDU che, come noto, contiene anch’esso una clausola di proporzione nella limitazione del diritto fondamentale alla vita privata e familiare.

<sup>19</sup> Corte giust. Ue, Grande Sezione, 8 aprile 2014, “Digital Rights”, C-293/12 e C-594/12, parr. 56-59.

<sup>20</sup> *Ivi*, par. 60.

<sup>21</sup> *Ivi*, parr. 61 e 62.

<sup>22</sup> *Ivi*, parr. 63 e 64.

ta parimenti attenta nel dettare norme di conservazione di quei dati volte a garantirne la sicurezza e la protezione<sup>23</sup>.

«Alla luce dell'insieme delle osservazioni che precedono, si deve considerare che, adottando la direttiva 2006/24, il legislatore dell'Unione ha ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1» Cdfue<sup>24</sup>; la Corte giust. Ue dichiara dunque invalida l'intera direttiva.

Si può concludere che il vizio della direttiva 2006/24/Ce era di essere eccessivamente “vuota”: dopo aver, nelle proprie premesse (contenute nei Considerando), dichiarato che le legislazioni nazionali in punto a *data retention* erano diverse ed andavano armonizzate, falliva in tale obiettivo armonizzatore, rinviando circolarmente, per ogni aspetto concreto, proprio alle legislazioni nazionali da ravvicinare.

Su un piano pratico, la declaratoria di invalidità dell'intera direttiva 2006/24/Ce non comporta alcun *vacuum* normativo, bensì il semplice ritorno della *data retention* sotto l'ombrello più generale della direttiva 2002/58/Ce (c.d. direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), in particolare del suo art. 15, come si vedrà. Non bisogna però nascondersi che, se la disciplina specifica della direttiva 2006/24/Ce aveva il vizio di essere “vuota”, ossia di eccessivo avallo rispetto alle discipline nazionali, il ritorno ad una disciplina del tutto generale, quale quella contenuta nell'art. 15 della direttiva 2002/58/Ce, presenta a maggior ragione analogo rischio, se non letta in una con tutte le prescrizioni fornite dalla Corte giust. Ue.

Ed in effetti, il carattere “storico” della pronuncia della Corte giust. Ue si coglie proprio in questo, nell'iniziare a delineare uno statuto della *data retention*. Tutti gli appena visti elementi di manchevolezza, che la Corte individua nella disciplina comunitaria (la specificazione dei gravi reati, i casi e modi di accesso al dato da parte dell'autorità, il periodo di conservazione, la sicurezza dei dati conservati), si traducono in altrettanti aspetti che una legislazione sul tema – comunitaria o nazionale che sia<sup>25</sup> – deve affrontare e risolvere “in positivo”, nel rispetto del principio di proporzionalità.

---

<sup>23</sup> *Ivi*, parr. 66-68.

<sup>24</sup> *Ivi*, par. 69.

<sup>25</sup> Il primo dei due legislatori, quello comunitario, pare che abbia abdicato al compito: pur a fronte di molteplici discussioni, nessuna fonte normativa successiva ha al momento preso il posto della direttiva 2006/24/Ce dichiarata invalida.

### 3. La qualità delle discipline nazionali (Grande Sezione, 21 dicembre 2016, “Tele2”, C-203/15 e C-698/15)

Della appena analizzata vicenda “Digital Rights” non sarà sfuggito un aspetto: i giudici irlandesi ed austriaci, che investivano la Corte giust. Ue delle due domande di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267 Tfu*, ipotizzavano l’illegittimità non solo della direttiva 2006/24/Ce ma anche delle loro rispettive discipline nazionali<sup>26</sup>.

Nella propria pronuncia, però, la Corte si è limitata a scrutinare, negandola, la validità dell’atto comunitario, mentre è mancato totalmente – benché scientemente – un giudizio sull’assetto delle discipline nazionali<sup>27</sup>.

La successiva vicenda “Tele2” si occupa della questione, rimasta aperta, dei rapporti intercorrenti tra le discipline nazionali sulla *data retention* ed il diritto comunitario.

Trattasi, come nel caso precedente, di due domande di interpretazione pregiudiziale poi riunite: la prima, in un giudizio svedese promosso dalla società Tele2 Sverige AB contro l’authority svedese in materia di poste e telecomunicazioni (C-203/15); la seconda in un giudizio inglese, promosso da tre cittadini contro il Ministero dell’Interno britannico (C-698/15). La Corte, Grande Sezione, previa riunione delle due controversie, le decide con sentenza 21 dicembre 2016<sup>28</sup>.

La questione principale, che occupa una considerevole parte della motivazione della sentenza e che è già stata anticipata negli esiti, è la seguente: dopo l’annullamento della direttiva 2006/24/Ce, quale collocazione comunitaria ha la *data retention*? Secondo la Corte giust. Ue, che prende così definitivamente posizione rispetto alle varieguate opinioni espresse dagli Stati e dalla stessa Commissione Ue<sup>29</sup>, nessun dubbio è possibile: le legislazioni

---

<sup>26</sup> Corte giust. Ue, Grande Sezione, 8 aprile 2014, “Digital Rights”, C-293/12 e C-594/12, parr. 17, 19 e 23.

<sup>27</sup> Tanto quella irlandese, quanto quella austriaca fortemente sospette di uno sbilanciamento eccessivo a favore della lotta al crimine ed a detrimento delle garanzie individuali, anche a causa del loro collegamento alla recrudescenza del terrorismo (la legislazione irlandese risaliva al 2005; quella austriaca al 2003).

<sup>28</sup> Reperibile *sub* [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7044/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7044/it/). Per un commento a prima lettura cfr. C. BOVINO, *Data retention: no all’obbligo generale di conservazione dei dati*, in *Il Quotidiano giuridico – Wolters Kluwer*, 24 gennaio 2017.

<sup>29</sup> E riportate in Corte giust. Ue, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, “Tele2”, C-203/15 e C-698/15, parr. 65 ss.

nazionali in materia di *data retention*, sia nella parte in cui impongono ai fornitori degli obblighi di *conservazione*, sia nella parte in cui concedono alle pubbliche autorità diritto di *accesso* ai dati conservati, ricadono ancora – pur dopo l’annullamento della direttiva 2006/24/Ce – all’interno del diritto comunitario, segnatamente nell’ambito della direttiva 2002/58/Ce (c.d. direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), all’art. 15<sup>30</sup>, e sono dunque sindacabili in questo prisma.

Si tratta comunque, all’evidenza, di una conclusione “di ripiego”. In linea generale, infatti, la cancellazione di una cattiva disciplina comunitaria apposta sulla *data retention* (la direttiva 2006/24/Ce) avrebbe reso preferibile l’adozione di una successiva, migliore e pur sempre apposta disciplina comunitaria, cosa che però l’Unione sino ad oggi non ha più avuto la determinazione di fare.

Dovendosi quindi applicare la direttiva 2002/58/Ce, la Corte giust. Ue muove dall’osservazione per cui, nella sistematica di tale atto normativo, il principio cardine è la riservatezza del dato (art. 5, par. 1)<sup>31</sup>. Poiché la *data retention* – che in altro non consiste se non nell’imposizione di obblighi di conservazione e comunicazione – costituisce una eccezione a detto principio, essa va necessariamente ricondotta all’art. 15, par. 1, secondo cui «Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi [...] della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca [...] una misura necessaria, opportuna e proporzionata all’interno di una società democratica per [...] la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati [...]. A tal fine gli Stati membri possono tra l’altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente paragrafo. Tutte le misure di cui al presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto comunitario, compresi quelli di cui all’articolo 6, paragrafi 1 e 2, del trattato sull’Unione europea».

Si comprende ora perché prima si è parlato di soluzione “di ripiego”: anche ad una lettura superficiale, ci si rende conto che, al tempo della sua redazione, la norma non era stata pensata per governare con capillarità e consapevolezza il fenomeno della *data retention*. Solo, quindi, in forza di una lettura dell’art. 15 della direttiva 2002/58/Ce, “costituzionalmente orientata”, ossia in combinato disposto con le superiori disposizioni della Cdfue,

---

<sup>30</sup> *Ivi*, parr. 74-81.

<sup>31</sup> *Ivi*, parr. 84-85.



segnatamente degli artt. 7, 8, 52 (ed 11) – lettura che è appunto quella svolta dalla Corte giust. Ue nel caso “Digital Ireland” e nel presente caso “Tele2” – essa può fornire adeguata copertura alla *data retention*.

In effetti, con la sentenza “Tele2”, la Corte giust. Ue non fa altro che giudicare le legislazioni nazionali interessate alla luce dei principi da lei stessa distillati nella sentenza “Digital Rights”, di cui cita espressamente e progressivamente i paragrafi salienti. Nel far ciò, rispetto al precedente “Digital Rights”, la sentenza “Tele2” si lascia apprezzare perché scinde ancor più approfonditamente la sua analisi mettendo a fuoco tre distinti momenti: il primo, quello dell’obbligo di *conservazione* dei dati imposto ai fornitori<sup>32</sup>; il secondo, quello dell’*accesso* ai dati da parte delle autorità pubbliche<sup>33</sup>; il terzo, quello dell’adozione di misure di *sicurezza* nella conservazione dei dati<sup>34</sup>.

Schematizzando e riducendo al massimo per evitare inutili ripetizioni, pertanto, secondo la Corte giust. Ue una legislazione nazionale (o comunitaria) sulla *data retention*, doverosamente improntata al principio di proporzionalità, deve:

- sul versante della *conservazione*:
  - porre norme chiare e precise sull’obbligo preventivo di raccolta e conservazione dei dati, indicando, ove possibile, circostanze di tempo, luogo o persona che possano circoscriverlo<sup>35</sup>;
- sul versante dell’*accesso*:
  - limitare l’accesso delle pubbliche autorità ai dati ai soli casi di «lotta contro la criminalità grave», nozione evidentemente da dettagliare con l’indicazione delle fattispecie di reato interessate<sup>36</sup>;
  - specificare casi e modi di detto accesso, dettando condizioni sostanziali e procedurali mediante norme chiare e precise<sup>37</sup>;
  - a livello procedurale, subordinare l’accesso al dato ad un controllo

---

<sup>32</sup> *Ivi*, parr. 82-112.

<sup>33</sup> *Ivi*, parr. 113-125.

<sup>34</sup> *Ibidem*: pur mantenendo una indipendenza logica, secondo e terzo aspetto sono trattati congiuntamente nella pronunzia.

<sup>35</sup> *Ivi*, parr. 109-112. Sulla conservazione mirata, il rinvio è necessariamente alla sentenza resa nel successivo caso “Quadrature” (*infra*, § 5).

<sup>36</sup> *Ivi*, par. 115.

<sup>37</sup> *Ivi*, parr. 117 e 118.

preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, in risposta ad una richiesta motivata delle autorità competenti all'accesso<sup>38</sup>;

– obbligare le autorità che accedono ai dati ad informare i titolari dell'avvenuto trattamento non appena le esigenze investigative lo consentano, per consentire loro di esercitare i pertinenti diritti, tra cui quello al ricorso<sup>39</sup>;

• sul versante della sicurezza nella conservazione dei dati:

– imporre ai fornitori l'adozione di un elevato standard di protezione nella conservazione della impressionante mole di dati di cui finiscono per disporre, per evitare abusi e accessi illeciti;

– in particolare, vietare loro la cessione dei dati al di fuori dell'eurozona;

– imporre loro la distruzione irreversibile dei dati alla scadenza del periodo di conservazione;

– rimettere ad un'autorità indipendente di settore il compito di sorvegliare l'operato dei fornitori<sup>40</sup>.

Si viene quindi affinando, con questa seconda pronuncia, ed in assenza di una specifica disciplina normativa, lo statuto giurisprudenziale comunitario sulla *data retention*, steso sulla base del principio di proporzionalità, e che si impone sia al legislatore europeo, sia ai singoli legislatori nazionali. Esattamente come la direttiva 2006/24/Ce, anche le normative nazionali debbono rispettare gli artt. 7, 8, 11 e 52 Cdfue e se queste, in nome della lotta al crimine, risultano sbilanciate nell'imporre un eccessivo sacrificio di quei diritti fondamentali, debbono essere dichiarate contrarie al diritto comunitario e disapplicate (naturalmente, il compito di un tale accertamento non spetta alla Corte, bensì ai giudici nazionali<sup>41</sup>).

Con il che l'ideale linea tracciata all'inizio del presente capitolo si chiude in un cerchio: si sono prese le mosse dalla reazione che la giurisprudenza interna a taluni Stati ha avuto rispetto a legislazioni troppo sbilanciate sul versante della sicurezza (§ 1); si è visto come tale malessere sia stato intercettato e raccolto con riguardo alla direttiva 2006/24/Ce dalla sensibilità della Corte giust. Ue (§ 2), che ha poi confermato tale sua visio-

---

<sup>38</sup> *Ivi*, par. 120.

<sup>39</sup> *Ivi*, par. 121.

<sup>40</sup> *Ivi*, parr. 122 e 123.

<sup>41</sup> *Ivi*, par. 124.

ne anche e proprio con riguardo alle legislazioni nazionali di partenza (§ 3). Circolo virtuoso e sinergico, dunque, giammai statuizioni calate forzatamente dall'alto.

#### 4. Gravità dei reati *versus* gravità dell'interferenza nella vita privata: conferma e ruolo del principio di proporzionalità (Grande Sezione, 2 ottobre 2018, "Ministerio Fiscal", C-207/16)

Nel 2018 una ulteriore vicenda consente alla Corte giust. Ue di precisare la portata dei propri precedenti del 2014 ("Digital Rights") e del 2016 ("Tele2"). Alla pronunzia, benché più breve ed obiettivamente meno significativa delle prime due, va dedicata comunque attenzione anche alla luce di alcune scorrette letture che se ne sono fatte nella giurisprudenza nazionale<sup>42</sup>.

La domanda di interpretazione pregiudiziale proviene dalla Spagna. Ivi, un privato, il sig. Hernández Sierra, denuncia di aver subito il 16 febbraio 2015 il "furto violento" ("*robo con violencia*", in Italia si direbbe senz'altro rapina) dei propri portafoglio e cellulare. A distanza di poco più di 10 giorni, precisamente il 27 febbraio 2015, la polizia giudiziaria chiede al giudice istruttore di essere autorizzata ad interpellare tutti i fornitori di servizi spagnoli per sapere se, con il codice IMEI del telefono sottratto al sig. Hernández, è stata attivata una (o più) SIM e, in caso affermativo, per conoscere i dati identificativi del soggetto intestatario di detta (o di dette) SIM. L'ipotesi investigativa sottostante, non precisata nella sentenza ma del tutto evidente, è che il rapinatore possa aver tolto la SIM originaria dal telefono sottratto e inserito la propria o che colui che lo abbia fatto sia in qualche modo legato al rapinatore (per essere ad esempio il ricettatore del bene). Il giudice istruttore nega l'autorizzazione; il pubblico ministero (il *Ministerio Fiscal*) impugna e il giudice dell'impugnazione, l'*Audiencia Provincial*, prima ed al fine di decidere propone la domanda pregiudiziale ex art. 267 Tfu.

Per la Corte giust. Ue è pertanto l'occasione – oltre che per ribadire perentoriamente, a fronte dell'eccezione del governo spagnolo, che la direttiva

---

<sup>42</sup> Si allude, specialmente, a Cass. pen., sez. III, 25 settembre 2019, n. 48737, R., in *CED*, rv. 277353, su cui cfr. *infra*, cap. 2, § 7.3, lett. B).

2002/58/Ce si applica alle fattispecie come quella descritta<sup>43</sup> – per tornare sullo statuto della *data retention*.

La vera *data retention* è quella che consente di conoscere data, ora, durata, destinatari, luoghi e frequenza delle comunicazioni (l'unica esclusione, come più volte ripetuto, è il loro contenuto): elementi che, considerati nel loro insieme, consentono di trarre poderose conclusioni «sulla vita privata delle persone i cui dati sono oggetto di attenzione»<sup>44</sup>. Tale *seria* lesione al diritto alla riservatezza deve essere consentita, in virtù del principio di proporzionalità, solo nel contesto delle indagini per i reati più *gravi*<sup>45</sup>.

Sono però ipotizzabili – questo è l'insegnamento che si deve ricavare dalla sentenza “Ministerio Fiscal” – lesioni al bene riservatezza che, da un lato, sono certamente rilevanti ma, dall'altro, si rivelano meno gravi, ad esempio proprio quelle prospettate nel caso spagnolo, in cui non si vuole fare altro che collegare un telefono (tramite il suo IMEI) ad una SIM ed una SIM al suo intestatario. Ricorre obiettivamente un attacco al bene della riservatezza; essendo, però, esso più lieve<sup>46</sup>, il principio di proporzionalità tollera un bilanciamento attenuato, con la conseguenza che per il diritto comunitario tale atto di indagine può essere consentito per ogni reato, non solo per quelli più gravi.

Simile differenziata modulazione è tipica del principio di proporzionalità e dell'assetto variabile necessariamente collegato al bilanciamento tra beni giuridici in conflitto che ne costituisce la cifra costitutiva. Sullo sfondo, il bene inciso è comprensibilmente sempre il medesimo, la riservatezza; ma se le autorità pubbliche sono “a caccia” di qualcosa di meno di quel che è “in palio” con la *data retention*, è giusto che siano anche prefigurabili gradi di protezione di quel bene meno intensi.

In quest'ottica la sentenza “Ministerio Fiscal” può suonare come una delimitazione verso il basso dello statuto di protezione del bene della riservatezza; a patto però che sia al contempo chiara, verso l'alto, la conferma dello

---

<sup>43</sup> Corte giust. Ue, Grande Sezione, 2 ottobre 2018, “Ministerio Fiscal”, C-207/16, parr. 29-43. Simili eccezioni preliminari la Corte giust. Ue dovrà rigettare anche nel caso “Quadrature” (su cui subito *infra* nel testo).

<sup>44</sup> *Ivi*, par. 60.

<sup>45</sup> *Ivi*, par. 56: «in conformità al principio di proporzionalità, infatti, una grave ingerenza può essere giustificata, in materia di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di un reato, solo da un obiettivo di lotta contro la criminalità che deve essere qualificata come “grave”».

<sup>46</sup> *Ivi*, par. 61: «in tali circostanze, l'accesso ai soli dati oggetto della domanda di cui trattasi nel procedimento principale non può essere qualificato come un'ingerenza “grave” nei diritti fondamentali delle persone i cui dati sono oggetto di attenzione».

statuto giurisprudenziale della *data retention*, emergente dalle sentenze “Digital Rights” e “Tele2”.

## 5. Oltre la *data retention*: lo statuto della Corte giust. Ue sull’uso delle tecnologie elettroniche per fini di sorveglianza (Grande Sezione, 6 ottobre 2020, “Quadrature”, C-511/18, C-512/18 e C-520/18)

### 5.1. Le conferme del passato

La sentenza nel caso “Quadrature” rappresenta senza alcun dubbio il punto più avanzato di riflessione raggiunto dalla Corte giust. Ue in materia (la successiva sentenza nel caso “Prokuratuur”, come si vedrà, pone un ulteriore tassello su un aspetto – procedurale – importante, ma specifico): sentenza lunga (229 paragrafi), complessa, in cui la Corte da un lato ribadisce e consolida i principi affermati in precedenza, dall’altro va oltre, nell’ambiziosa volontà di fornire un quadro completo ed armonico su quale debba essere il trattamento normativo non solo della *data retention* ma, più in generale, di tutte le attività ad alto contenuto tecnologico impiegate in funzione di controllo e sorveglianza dei cittadini.

Le questioni pregiudiziali che la sollecitano all’intervento sono tre: nelle cause C-511/18 e C-512/18 la domanda è sollevata dal Consiglio di Stato francese in due distinte controversie che vedono opposte alcune società fornitrici di servizi al Governo francese; nella causa C-520/18 è invece la Corte costituzionale belga a interpellare il giudice comunitario nell’ambito di un incidente di costituzionalità sollevato da una serie di enti ed associazioni appartenenti alla società civile.

L’oggetto, con le dovute specificità, è a un dipresso il medesimo: si discute della compatibilità con il diritto comunitario della nuova legislazione francese (e dei provvedimenti amministrativi che ne costituiscono attuazione) e belga che, nell’ambito del contrasto a variegate forme di criminalità, anche di tipo terroristico, consentono controlli sempre più stringenti sui comportamenti tecnologici dei loro cittadini.

La chiave di lettura che si offre per governare la complessità della pronuncia è quella del ragionamento intorno a tre fattori, avvinti dal principio di proporzione. Nell’ordine, essi sono: