

Perché una Petizione al Parlamento Europeo? Le intercettazioni tramite Internet

di Giovanna De Minico *
(23 giugno 2011)

Il 17 maggio ho inviato al Parlamento Europeo la petizione che qui si [allega](#) è attualmente in corso il suo giudizio di ricevibilità e mi auguro che, in caso di esito positivo, si possa avviare un dibattito in sede parlamentare sul tema. Nella petizione ho illustrato le ragioni per cui una futura disciplina europea sulle intercettazioni a fini investigativi dovrebbe interessare unitamente ai consueti strumenti di comunicazione interpersonale, quali telefoni, posta cartacea ed *e-mail*, anche i più evoluti metodi di video-telefonata tramite internet (il c.d. voip, di cui Skype è solo un esempio).

A) Ricordo che in punto di diritto gli operatori di telecomunicazione, le compagnie di telefonia fissa e mobile¹, sono tenuti a conservare entro un certo tempo i dati necessari a identificare una comunicazione: numeri telefonici del chiamante e del destinatario, l'identità dell'abbonato, i dati necessari per determinare la data, l'ora e la durata della comunicazione, nonché quelli relativi alla data, all'ora, al *log-in* e al *log-off* del servizio di posta elettronica su Internet.

Le *software house*, cioè gli operatori che pur offrono servizi di telefonia vocale, di audio video e di *instant messaging*, ma tramite la rete Internet, sono invece immuni da ogni obbligo e le comunicazioni da loro trasmesse non lasciano traccia, proprio come non avvenute.

Quest'ultima circostanza è dovuta al fatto che Skype utilizza un sistema di criptaggio delle comunicazioni, il cui algoritmo di decifrazione è mantenuto segreto dalla società privata (*Skype Limited* - Gruppo *E-Bay*), il che rende tecnicamente impossibile agli agenti di polizia la lettura in chiaro delle conversazioni che viaggiano in rete.

L'omissione normativa compromette due valori: l'uguaglianza formale, perché tratta in modo diverso situazioni sostanzialmente analoghe, e la convergenza tecnologica, perché disciplina in termini antitetici servizi simili, resi da mezzi diversi.

La convergenza invece è proprio quella regola che esige che la prestazione di un servizio a opera di uno strumento diverso da quello in origine destinato a fornirlo comporta "l'esigenza di assoggettare tutte le reti di trasmissione e i servizi correlati ad un unico quadro normativo"². L'impegno verso l'omogeneità regolatoria, che il pacchetto Direttive avviava nel 2002, si rafforza nel 2009³ con la revisione dello stesso, e conduce a eliminare le

¹ Direttiva 2006/24/CE, artt.3 e ss., e Direttiva 2002/58/CE, art. 6.

² *Direttiva Quadro 2002/21/CE, consid. 5*, in *G.U. L 108*, 24 aprile 2002, pp. 33 ss.

³ L'intero pacchetto è consultabile in *G.U. L 337*, 18 dicembre 2009, pp. 37 ss.

differenziazioni normative, se pericolose per l'unitarietà del regime giuridico applicabile ai servizi fungibili, benché prestati da reti alternative.

L'equiparazione normativa tra vecchi e nuovi *media* non è sinonimo di disciplina identica, perché se è indubitabile che mezzi diversi possano offrire il medesimo servizio ai cittadini, è parimenti ragionevole che si disegnino norme tendenzialmente convergenti, dove l'avverbio "tendenzialmente" segna proprio la distanza tra la coincidenza delle regole e la loro affinità nella funzione. E qui ricorrerebbe appunto la seconda ipotesi perché le regole dovrebbero essere "porose", cioè aderenti alle specifiche tecniche dello strumento impiegato. Pertanto, la regolazione europea non dovrà né operare duplicazioni automatiche, cioè trasporti *sic et simpliciter* di blocchi normativi dai vecchi scenari tecnologici ai nuovi, né lasciare che le cose prendano il loro corso, opzione questa, che implica un affidamento in bianco dell'intera materia di Internet all'autoregolazione, come pur ha sostenuto da ultimo il Governo francese in occasione dell'E-G8⁴.

Suggerisco un'altra via: disegnare una disciplina obbediente alla rete, ma capace di tener insieme l'unicità di Internet e il prevalente obiettivo dell'accessibilità del contenuto delle comunicazioni intersoggettive, sempre che preminenti ragioni di politica criminale lo esigano.

Ancora un'altra considerazione dovrebbe indurre il decisore politico europeo a equiparare la telefonia tradizionale al voip almeno negli obblighi funzionali alle intercettazioni: ipotizziamo che l'immunità di Internet dal diritto si prolunghi ancora, ciò procurerà un vantaggio economico ai suoi operatori, che in prospettiva si convertirà in un privilegio dannoso al mercato unico, in quanto il segmento della telefonia (mobile o fissa), oberato da regole – si pensi, tra le tante, alla pesante disciplina sulla conservazione dei dati di traffico – si atrofizzerà fino a scomparire per l'assenza di operatori, migrati verso i paradisi agevolati, allettati dai sicuri risparmi.

Quindi, l'innovazione tecnologica, che pur avrebbe potuto giovare alla competizione duplicando i mercati e pertanto sottoponendoli a regole simili, avrà invece determinato un trasferimento progressivo del traffico sul mercato a più bassa pressione normativa, il quale di fatto, cioè senza che i suoi operatori commettano atti anticompetitivi, sarà causa della scomparsa del mercato appesantito dalle regole. In questo caso l'assenza di un tempestivo intervento del legislatore avrà azzerato un mercato conseguendo con la sua omissione il medesimo effetto che si sarebbe avuto a seguito di reiterati abusi di posizione dominante da parte dei suoi operatori. La miopia del legislatore europeo, che non vuole intendere che mercati simili debbano essere sottoposti a leggi simili, crea situazioni di squilibrio competitivo difficilmente recuperabili e comunque non ripristinabili con i consueti rimedi di cui agli art. 101 e 102 TFUE (ex art. 82

⁴ G8 Declaration, *Renewed Commitment for freedom and democracy, Summit Deauville*, May 26-27, 2001, in <http://www.g20-g8.com/g8-g20/g8/english/live/news/renewed-commitment-for-freedom-and-democracy.1314.html> .

e 83 TCE), salvo attivarne altri, più incerti negli esiti, e diretti a sollecitare l'azione di soggetti istituzionali che con il loro non *facere* hanno parimenti violato le regole pattizie sulla competizione.

B) Questo squilibrio normativo a livello europeo si riflette sul nostro ordine giuridico ipotecendo la costituzionalità di una disciplina europea proibitiva, la quale per obbedienza al limite dei diritti fondamentali difficilmente passerà l'esame della proporzionalità, il quale impone di compensare il sacrificio procurato al bene limitato (art. 15 Cost.) con un vantaggio almeno pari al bene limitante (sicurezza sociale). In questo caso, infatti, il vantaggio non sarebbe esiguo, ma nullo, perché sul mercato aregolato la criminalità organizzata potrà stipulare accordi e attuare strategie delittuose indisturbatamente, il che renderebbe vana la compressione della libertà di comunicazione sul mercato dei mezzi tradizionali, dove la polizia controllerà chi però non costituisce alcuna minaccia alla sicurezza pubblica. Del resto questo che io qui descrivo come un rischio è già un fatto accaduto secondo la Relazione di Eurojust, che conclude un'indagine del 2009 avviata su puntuali segnalazioni della polizia di Milano⁵.

Per questo motivo una disciplina europea delle intercettazioni rivolta solo ai mezzi tradizionali non si sottrarrebbe a una doppia censura di incostituzionalità interna: per irragionevolezza tra il detto e il non detto (cioè tra il divieto espresso e il permesso tacito di un legislatore omissivo) e per sproporzionalità nel sacrificio inutilmente imposto alla libertà di comunicazione.

Quanto si chiede nella petizione è peraltro perfettamente in linea con il recente programma digitale dell'Unione, che - stando alle sue dichiarazioni programmatiche consegnate nel documento "Un'agenda digitale europea"⁶ - ha promesso l'effettività del diritto degli utenti alla sicurezza in Internet, non disgiunta dalla necessità di contrastare la «criminalità informatica, così come la criminalità nel mondo fisico» con adeguate azioni programmatiche.

Il punto è proprio questo: siamo dinanzi all'ennesima promessa per le generazioni future o a un principio di azione per noi?

Infine, una perseverante inazione comprometterebbe il mandato dell'Unione Europea, che, nata in difesa del mercato unico, dividerebbe ciò che in origine rappresentava la sua ragione d'essere per non saper vedere quanto di fatto accade.

Qualunque sarà l'esito della mia petizione, mi auguro comunque che i parlamentari europei, più sensibili ai temi della sicurezza e della difesa delle libertà personali, si attivino per sollecitare le Istituzioni competenti al riguardo.

* Prof. di Diritto Costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza, Federico II – Napoli.

⁵ La Relazione è reperibile in http://www.eurojust.europa.eu/press_releases/2009/20-02-2009.htm.

⁶ Commissione Europea, «Un'agenda digitale europea» [COM(2010) 245 def.], in http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/si0016_it.htm.