



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN xxx-xx-xxxxx-xx-x



WWW.DEIUSTITIA.IT
Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 4 / Ottobre 2021 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Dott. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Prof. Amedeo Arena - Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia - Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Pres. Francesco Caringella - Prof. Avv. Gianluca Cascella - Avv. Gabriella De Maio - Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Pres. Luigi Maruotti - Dott.ssa Daniela Messina - Dott. Andrea Napolitano - Prof.ssa Anna Papa - Dott. Giacomo Palombino - Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Prof.ssa Laura Solidoro - Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo - Dott. Francesco Zappatore – Dott. Pierluigi Zarra

Comitato di referaggio: Prof.ssa Francesca Angiolini - Prof.ssa Maria Consiglia Botta - Prof. Antonio Cilento - Prof. Alberto De Vita - Prof. Fabrizio Ripa - Prof.ssa Francesca Salerno - Prof. Vincenzo Verdicchio

Comitato di redazione: Dott.ssa Abruzzi Leandra - Avv. Francesco Bottiglieri - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gaetano del Giudice - Dott. Giuseppe Di Meglio - Avv. Davide Giordano - Dott. Francesco Iazeolla - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Cons. Andrea Migliozi - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott.ssa Edda Napolitano - Avv. Gianluca Pirozzi - Avv. Nicolò Rubino - Avv. Marina Sfarzo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 - 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Domanda ostensiva de executivis: l'implacabile tensione esistente tra tutela del "know-how" aziendale dell'aggiudicataria e del "need to know" della concorrente nel diritto dei contratti pubblici
di Gianpiero Gaudiosi **Pag. 3**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

App, Privacy e minori. La tutela dei minori in internet tra autodeterminazione informativa e fruizione dei contenuti digitali
di Pierpaolo Arganelli **Pag. 21**

Rischio di credito e clausola di doppia indicizzazione del mutuo
di Antonio Cilento **Pag. 50**

PARTE III – DIRITTO PENALE

La tratta di esseri umani: lo stato dell'arte della disciplina di contrasto, nella prospettiva interna e comparata e prospettive di miglioramento
di Vincenzo Di Terlizzi **Pag. 58**

Domanda ostensiva *de executivis*: l'implacabile tensione esistente tra tutela del "know-how" aziendale dell'aggiudicatario e del "need to know" della concorrente nel diritto dei contratti pubblici

Di Gianpiero GAUDIOSI*

SOMMARIO: **1.** La divulgabilità delle informazioni contenute negli atti di gara quale "zona d'interferenza" tra contrapposti valori costituzionalmente protetti; **2.** Premesse sul sistema della trasparenza e sulla pluralità dei regimi di accesso tra settori speciali, aporie normative e disattenzioni tecniche del legislatore; **3.** Breve rassegna sullo stato della giurisprudenza amministrativa in merito alla possibilità di immutare il titolo dell'*actio ad exhibendum*; **4. Segue:** la soluzione restrittiva prospettata dall'Adunanza Plenaria n. 10/2020; **5.** Limiti oggettivi e soggettivi dell'accesso ex art 53 D.lgs. n. 50/2016: le due anime ispiratrici; **6.** L'accesso difensionale sull'incerto crinale tra istanze emulative/esplorative e interessi genuinamente difensivi: *quid iuris* in caso di segreti tecnici e commerciali della concorrente?; **7.** La ripartizione dell'*onus probandi* tra accedente e aggiudicatario e la soluzione al conflitto di posizioni: *ubi maior minor cessat*; **8.** L'ipotesi escludente dei segreti professionali *sub. art. 53, comma 5, lett. b)* incorporati nei pareri legali.

ABSTRACT: Against the backdrop of rapidly developing Italian Council of State case-law, the Author carries out a critical analysis of the major outcomes and turning points of the debate around the issues related to the right of access to Public Procurement Documents and its relationship with the legal protection of Contractor's undisclosed trade secrets. The core aim of the following paper is to seek a comprehensive solution to the question of whether or not some normative guideline exists in order to assist the judiciary in balancing competition and transparency.

1. La divulgabilità delle informazioni contenute negli atti di gara quale "zona d'interferenza" tra contrapposti valori costituzionalmente protetti.

* Dottore in giurisprudenza presso la LUISS "Guido Carli" di Roma e legale di società pubblica, già abilitato all'esercizio della professione forense. Specializzato nella materia degli appalti pubblici.

La lunga e inarrestabile parabola normativa in tema di accesso ai documenti amministrativi è iscrivibile all'interno del più ampio processo teso ad accrescere la nitidezza dell'esercizio del potere pubblico e, contestualmente, a promuovere una nuova cultura del dialogo attivo tra cittadino e funzione amministrativa. Gli esiti del cennato dibattito, impreziositi dalle conquiste raggiunte in sede giurisprudenziale e ulteriormente consolidatisi per mano di una rinnovata percezione socio-politica della Pubblica Amministrazione, hanno certamente contribuito a forgiare il moderno assetto organizzativo degli apparati pubblici. Cionondimeno, ad oltre un trentennio dal progetto elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. Mario Nigro¹ - che, tra i primi, a far data dal 1987, espresse e mise "nero su bianco" esigenze analoghe a quelle già manifestate dai paesi scandinavi e dal cui spirito originario si evinceva già chiaramente la volontà di trasformare anche il nostro procedimento amministrativo, traendo abbrivio dalla fondamentale premessa per cui «la scelta amministrativa non è più monopolio dell'elemento burocratico, ma diventa prodotto di questo e dell'elemento partecipativo»² - per molti aspetti conserva ancora attualità il rischio che la tanto agognata trasparenza amministrativa possa rimanere confinata entro un piano puramente teorico, assurgendo a presidio soltanto formale dei valori consacrati all'art. 97 Cost.. Le maggiori incertezze profilatesi al riguardo investono il settore degli appalti pubblici, per quanto concerne in particolare l'ostensibilità de executivis della documentazione di gara, in attuazione del principio di pubblicità e trasparenza della condotta delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti ad essa funzionalmente equiparati (cfr. art. 1 l. n. 241 del 1990). Una larga e crescente porzione del contenzioso amministrativo sviluppatosi in anni recenti involge il caso tipico in cui un operatore economico, concorrente alla gara, manifesti interesse a compiere un accesso agli atti della fase esecutiva del contratto pubblico, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della procedura. Muovendo da siffatte constatazioni, con riferimento alla materia in discorso è agevolmente intuibile il peso che rivestono le implicazioni pratiche connesse alla definizione delle modalità e de concomitanti limiti all'esercizio del diritto di accesso.

¹ Istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri nel corso della nona legislatura dal governo Craxi e coordinata da Massimo Severo Giannini.

² In tal senso, M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)* in *Atti del Convegno* (Messina - Taormina 25-26 febbraio 1988), Milano, 1990, p. 12.

Segnatamente, il presente contributo intende approfondire il dibattito attorno alla conoscibilità del contenuto degli atti di gara, nei termini in cui i relativi sviluppi incrocino le contrapposte istanze di tutela della riservatezza e competitività nel mercato dell'impresa alla cui documentazione parte istante chiede di accedere. Come più approfonditamente si dirà *infra*, l'attenzione è in special modo rivolta verso la divulgazione di quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il c.d. *know-how*). Trattasi di beni che, costituendo il prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva del singolo operatore, sono annoverate tra i segreti commerciali tutelati ai sensi e per gli effetti degli artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (*Codice della proprietà industriale*) e cui perciò l'ordinamento giuridico offre tutela al fine di garantire la corretta esplicazione della concorrenza. Alla stregua di ciò ben si comprenderà che, agli effetti della presente analisi, è d'uopo partire da una base di riflessione comunemente condivisa dalla dottrina amministrativistica³ e che trova la più compiuta e lungimirante espressione nel pensiero manifestato dal Prof. Valerio Onida, il quale correttamente rammentava già sul finire degli anni ottanta che «*nel nostro sistema giuridico non esistono di massima ostacoli legali alla libera circolazione e diffusione delle informazioni, se non quelli derivanti dalla esigenza di tutela di altri valori costituzionalmente protetti*»⁴, riecheggiando i contenuti della celebre sentenza n. 86/1977, tra le primissime sul tema, con cui la Corte Costituzionale⁵ ebbe a puntualizzare – attraverso il delicato gioco del bilanciamento tra contrapposte istanze – il perimetro di legittimità e la *ratio* giustificante l'istituto del segreto di Stato.

2. Premesse sul sistema della trasparenza e sulla pluralità dei regimi di accesso tra settori speciali, aporie normative e disattenzioni tecniche del legislatore.

³ Spunti utili ad approfondire un insieme di questioni correlate alla trasparenza e alla disciplina generale in materia di accesso ai documenti amministrativi sono offerti da G. BARRERA, *La nuova legge sul diritto di accesso ai documenti amministrativi* in Rassegna degli Archivi di Stato, II – III (1991), pp. 342 e ss..

⁴ V. ONIDA, *Riflessioni sullo stato del diritto all'informazione in Italia*, in *Politica del diritto*, XIX (1988), pp. 304-305.

⁵ Si fa riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale del 24 maggio 1977, n. 86 in *giurcost.org*. Per un breve commento si rimanda a A. MITROTTI, *Brevi considerazioni sulla disciplina del segreto di Stato* in *Osservatorio Costituzionale*, II (2018), pp. 13 - 14.

Sul versante normativo, la proliferazione – spesso disorganica – delle regole in materia di accesso rende particolarmente complessa e onerosa l'opera tesa a ricostruire il regime oggi vigente, non senza la sfavorevole evenienza di incorrere in frammentazioni applicative⁶. I timori paventati da certa dottrina si colorano di tinte ancor più fosche in ragione della necessità di calibrare le singole discipline settoriali sulla scorta dei principi generali che, nella materia *de qua*, sono imperniati sul capo V della l. n. 241/1990. Prima di scendere nel dettaglio delle disposizioni speciali – da intendersi quali “proiezioni particolareggiate” dell'istituto dell'accesso e, per quanto qui di interesse, “ricamate” in funzione degli aspetti caratterizzanti le procedure ad evidenza pubblica – assume preliminare importanza rammentare come l'attuale ordinamento giuridico veda coesistere, in via generale, tre diversi modelli legali di accesso ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni: l'accesso documentale di cui agli artt. 22 e seg. della sopra citata legge 7 agosto 1990, n. 241; l'accesso civico ai documenti oggetto di pubblicazione, regolato dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (d'ora in avanti, “*Testo Unico sulla Trasparenza*”); l'accesso civico generalizzato, introdotto dalle modifiche apportate a quest'ultimo impianto normativo dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97⁷. Posta dunque la necessità di tenere ben distinte le fattispecie, si rende qui meritevole di un accenno – per la relativa pregnanza e capacità esplicativa – l'affermazione rinvenibile nelle Linee Guida dell'ANAC (approvate con la deliberazione del 28 dicembre 2016⁸) stando alla quale l'accesso documentale renderebbe possibile un'ostensione maggiormente approfondita dei “*dati pertinenti*” all'oggetto della richiesta laddove, di converso, l'accesso generalizzato opera sicuramente “*meno in profondità*”, ma in misura “*più estesa*”⁹. Come graniticamente asseverato da una corrente maggioritaria della giurisprudenza amministrativa¹⁰, ciascuno dei sistemi testé accennati – per

⁶ Numerosi autori si sono occupati del fenomeno della consistente moltiplicazione delle regole (anche speciali) in materia di accesso; in tal senso, si segnala in particolare l'interessante contributo offerto da M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *federalismi.it* n. 17 (2019)

⁷ Cfr., per le differenze tra i vari tipi di accesso, tra le altre Cons. Stato, IV, 12 agosto 2016, n. 3631 e, di recente, *id.*, V, 20 marzo 2019, n. 1817.

⁸ Recante le «*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33/2013*».

⁹ Ciò affinché il cittadino possa valersi di un sostrato di conoscenze sì ampio da consentirgli di esplicare quel controllo democratico sull'attività amministrativa che è proprio dell'accesso civico.

¹⁰ In questo senso, si vedano, tra le altre, T.A.R. Toscana, II, 20 dicembre 2019, n. 1748, ove il giudice fiorentino chiarisce che ciascuno dei suddetti istituti a carattere generale «*(...) presenta caratteri di specialità rispetto all'altro*» (p. 5).

quanto contraddistinto da propri presupposti, limiti ed eccezioni – è da ritenersi pari ordinato rispetto agli altri a livello ordinamentale, di guisa che nei rapporti reciproci ciascuno opera nel proprio ambito. Tanto vale ad escludere sia la possibilità di dar luogo all'assorbimento dell'una fattispecie in un'altra sia l'operatività dell'art. 15 Preleggi, che postula il principio dell'abrogazione tacita o implicita ad opera della *lex posterior*. In tale prospettiva, la suesposta tesi della pariteticità – che fa propria una lettura sollecitata da numerose recenti pronunce dai giudici di Palazzo Spada – conduce, ove accolta, ad accantonare quell'indirizzo onnicomprensivo che recava con sé l'effetto di «*ampliare ovunque i casi di piena trasparenza dei rapporti tra pubbliche amministrazioni, società e individui*».

3. Breve rassegna sullo stato della giurisprudenza amministrativa in merito alla possibilità di immutare il titolo dell'*actio ad exhibendum*.

La surriferita esegesi apre la strada ad ulteriori interessanti oscillazioni interpretative, a ognuna delle quali fanno seguito inevitabili ripercussioni di ordine procedurale. Con riferimento a quest'ultimo dato, è utile ricordare che in materia di accesso opera il principio di stretta necessità, di cui costituisce ineludibile corollario l'ulteriore principio del minor aggravio possibile nell'esercizio del diritto, con il divieto di vincolare l'accesso a rigide regole formali che ne ostacolano la soddisfazione. Sotto questo profilo, assume rilievo la questione della riqualficabilità in sede giudiziale dell'istanza di accesso del privato da parte dell'Amministrazione interpellata, al fine di individuare la disciplina applicabile. È fuor di dubbio che la previsione dell'accesso di cui alla legge n. 241 parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non) e la possibilità di proporre le diverse istanze, anche *uno actu*, costituisca uno degli aspetti più critici dell'attuale disciplina¹¹. La tesi maggiormente restrittiva – sul presupposto della eterogeneità dell'ambito di azione delle summenzionate fattispecie di accesso – ha sposato i ragionamenti seguiti da un recente Consiglio di Stato¹² e si è orientata nel senso di ritenere che, fermi restando i presupposti di accoglibilità della domanda, laddove l'accedente abbia optato per un particolare modello, resta precluso all'Amministrazione qualificare diversamente l'istanza. Correlativamente, il richiedente, una volta proposta la relativa istanza, «*motivata dai presupposti di una specifica forma di accesso, non potrà effettuare una*

¹¹ Come correttamente messo in rilievo anche dall'ANAC nelle *Linee guida* di cui alla delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 (par. 2.3, p. 7).

¹² Il riferimento è al Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2019 n. 5503.

*conversione della stessa in corso di causa*¹³. Il che – riformulato secondo un antico brocardo latino che recitava “*electa una via* (in sede procedimentale), *non datur recursus ad alternam*” – si traduce in sostanza nella preclusione per il richiedente di immutare il titolo della formalizzata *actio ad exhibendum*, pena la violazione del divieto di *mutatio libelli* e di introduzione di *ius novorum*¹⁴. Detta conclusione si radica sull’assunto per il quale è la richiesta di ostensione, unitamente alla risposta negativa dell’Amministrazione (o di altro soggetto equiparato), che concorrono a formare l’oggetto del contendere ed è proprio in ragione del fatto che il rapporto che avvince le due parti si è formato non attorno ad un generico (asserito) diritto del primo di accedere a una determinata documentazione ma su una richiesta precisamente connotata nei suoi presupposti giuridici e fattuali che non può quindi ammettersi un mutamento del titolo giuridico dell’accesso in corso di controversia. Il rigore di una consimile soluzione è in parte stemperato dalla possibilità concessa al privato di strutturare in termini alternativi, cumulativi o condizionati la pretesa ostensiva in sede procedimentale e di presentare un’unica istanza, quale “sintesi” tra le diverse discipline, dal momento che «*nulla infatti, nell’ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso*»¹⁵. Di contro, si segnala l’esistenza di un orientamento giurisprudenziale – contrapposto a quello sinora descritto – che accoglie favorevolmente la possibilità per l’amministrazione che detiene la documentazione richiesta, una volta al cospetto di una istanza di accesso c.d. *complessa*¹⁶, di fare applicazione (alternativamente), di un istituto piuttosto che dell’altro, in ragione dell’esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti legittimanti l’una o l’altra richiesta¹⁷. L’accesso dibattito “scatenato” dai concomitanti ed autorevoli arresti dei giudici amministrativi ha così reso

¹³ *Id.*, punto 5.2..

¹⁴ In questo senso, cfr. Cons. Stato, IV, 28 marzo 2017, n. 1406 e id., V, 20 marzo 2019, n. 1817. Dette considerazioni sono riproposte dal citato T.A.R. Toscana, n. 1748/2019; in questo caso, il Collegio ha escluso che la richiesta della ricorrente, effettuata ai sensi della legge n. 241/1990, potesse essere (ri)esaminata alla luce del d.lgs. n. 33/2013, rigettando inoltre la «*richiesta di qualificazione dell’istanza di accesso della ricorrente alla stregua di una domanda di informazioni ambientali ex d.lgs. n. 195/2005, poiché questa a sua volta costituisce un sottosistema normativo disciplinante una fattispecie specifica di accesso ed operante solo nel proprio ambito*».

¹⁵ V., sul punto, *mutatis mutandis*, Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503. Il Collegio correttamente non può fare a meno di osservare che, così facendo, «*si produce un evidente aggravio per l’Amministrazione dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti*» (punto 5.2).

¹⁶ Ovverosia, formulata sia ai sensi della l.n. 241/1990, che del D.Lgs. n. 33/2013.

¹⁷ Si inseriscono all’interno del rappresentato filone giurisprudenziale, tra le altre, il Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2737, come pure il [TAR Lombardia, 27 dicembre 2019, n. 2750](#).

impellente la "messa in funzione" del Massimo organo nomofilattico dopo che la III Sezione del Consiglio di Stato, ravvisata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in *subiecta materia*, ha sottoposto all'Adunanza Plenaria tre quesiti fondamentali. Tralasciando i primi due, è bene soffermarsi sulla terza delle questioni interpretative addotte dall'ordinanza in parola, che tuttavia il Consesso – rivedutane la tassonomia – decide di esaminare per prima in ragione del rapporto di consecuzione logico-giuridica tra le stesse. Orbene, la Sezione remittente delimita la *res controversa* domandando, in primo luogo, alla Plenaria «*se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato, di cui al d.lgs. n. 33 del 2013 (...)*»¹⁸.

4. Segue: la soluzione restrittiva prospettata dall'Adunanza Plenaria n. 10/2020.

Il Massimo Consesso, con una pronuncia contraddistinta da una singolare minuziosità argomentativa¹⁹, mostra di prediligere un approccio decisamente sostanzialistico ed affronta la *vexata quaestio* osservando in premessa che l'esclusivo riferimento dell'istanza ai presupposti propri dell'accesso documentale non osta a che la Pubblica Amministrazione possa esaminarla anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato. Ciò sempre secondo il principio generale di stretta necessità e di non aggravamento procedimentale, di cui si diceva sopra, per cui la Pubblica Amministrazione ha l'onere di valutare la domanda di accesso nel complesso, «*nel suo anelito ostensivo*», e di fornire una risposta "onnicomprendensiva", evitando quegli inutili formalismi e appesantimenti procedurali che condurrebbero altrimenti ad una defatigante duplicazione del suo esame²⁰. Ciò posto, ammessa sempre la possibilità di un cumulo di istanze, nella specifica ipotesi in cui l'accedente formuli la richiesta in modo indistinto,

¹⁸ Cons. St., Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, punto 7.2.

¹⁹ Per un'analisi più approfondita e dettagliata della sentenza in commento, la quale – anche sulla base di quanto si dirà oltre - «*segna una vera e propria tappa "culturale" nel processo di consolidamento dell'istituto dell'accesso civico*», applicato alle procedure dei contratti pubblici, si rimanda al contributo di A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi in federalismi.it*, n. 16/2020.

²⁰ *Id.*, punti 8.4 e 8.5.

duplice o – per dirla con le parole del Consiglio di Stato – “incipite”²¹, rimanendo perciò sospeso sull’incerto crinale tra l’una e l’altra disciplina dell’accesso (quella documentale e quella civica), la Pubblica Amministrazione ha il «*dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere i presupposti dell’una e dell’altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell’istanza*»²². Tale scelta trova ulteriormente conforto nelle necessità di fare corretta applicazione del principio di tutela preferenziale dell’interesse conoscitivo nella sua più ampia estensione. Diverso è il caso in cui l’istante abbia inteso inequivocabilmente limitare l’interesse ostensivo ad uno specifico profilo, *uti singulus* od *uti civis*. In questa seconda ipotesi – se è vero infatti che, come detto, il rapporto tra le diverse forme di accesso, generali e anche speciali, va letto sempre secondo un canone ermeneutico di completamento/integrazione²³, in maniera tale da garantire la migliore soddisfazione dell’interesse conoscitivo, nella sua integralità e multiformità – tuttavia, l’Amministrazione ricevente non può, neanche su impulso del privato, convertire l’istanza da un modello all’altro. In altri termini, il Consiglio di Stato, concordemente con l’indirizzo giurisprudenziale più restrittivo, riconosce che i riferimenti normativi posti a base della richiesta di accesso assumano carattere vincolante. Ove così non fosse, la volontà della P.A. si sostanzierebbe in quello che il giudice amministrativo ha definito un «*diniego difensivo in prevenzione*» rispetto ad una istanza mai proposta dal privato²⁴. Su queste stesse basi argomentative, l’Adunanza Plenaria scioglie anche il secondo nodo della *quaestio* deferita dalla III Sezione²⁵, escludendo il potere del giudice, adito ai sensi dell’art. 116 c.p.a., di mutare il titolo dell’accesso, quale definito dall’originaria istanza proposta dal privato e dal conseguente diniego dell’Amministrazione e che valgono perciò a cristallizzare il *thema decidendum*.

²¹ Sarebbe a dirsi, senza far riferimento in modo specifico e circostanziato alla disciplina dell’accesso procedimentale o a quella dell’accesso civico generalizzato

²² *Id.*, punto 9.6.

²³ Che, in sé, «*rifugge da una segregazione assoluta "per materia" delle singole discipline*». Si v. in proposito T.A.R. Sardegna, II, 12 aprile 2021, n. 263.

²⁴ Cfr. Cons. St., A.P., n. 10/2020, punto 11.2.

²⁵ *Id.*, punto 3.2.: «*se di conseguenza il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria, di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell’accesso civico generalizzato*».

5. Limiti oggettivi e soggettivi dell'accesso ex art 53 D.lgs. n. 50/2016: le due anime ispiratrici.

All'interno delle ampie coordinate tracciate dalla più risalente normativa sul procedimento amministrativo, gli aspetti relativi alla conoscibilità degli atti e dei documenti rilevanti nelle diverse fasi di formazione ed esecuzione dei contratti pubblici delineano una sorta di microcosmo normativo le cui categorie sono state erette in ragione degli scopi ultimi connotati alle specificità delle procedure ad evidenza pubblica. Le finalità principe che governano e contribuiscono a spiegare le scelte normative di settore sono, per un verso, quella di preservare la fluidità di svolgimento del procedimento di gara e di limitare nel contempo la possibilità di collusioni o di intimidazioni degli offerenti e, per altro, di garantire il consolidamento dei processi e meccanismi di prevenzione e contrasto della corruzione nel contesto delle commesse pubbliche. Orbene, la disposizione speciale che regola l'accesso in materia è attualmente contenuta nell'art. 53 del Codice del 2016, che si pone in rapporto di sostanziale continuità con l'art. 13 del previgente D.lgs. n. 163 del 2006, oltre ad essere pienamente allineato sia con la normativa antesignana di fonte eurounitaria (art. 13 della direttiva 2004/17/CE e 6 della direttiva 2004/18/CE) che con quella oggetto del recepimento di cui al vigente Codice dei contratti pubblici (art. 28 direttiva 2014/23/UE, art. 21 direttiva 2014/24/UE e art. 39 direttiva 2014/25/UE). Sin già la rubrica della disposizione in parola si carica di una peculiare valenza semantica giacché esprime a chiare lettere la tensione esistente, come accennato in precedenza, tra due valori primari per l'azione amministrativa, quali sono la trasparenza e la riservatezza²⁶. La tecnica redazionale che contraddistingue l'addentellato normativo suevidenziato ha condotto progressivamente la giurisprudenza amministrativa ad avallare la tesi della sua natura eccezionale adducendo, a suffragio della stessa, argomenti facenti leva *in primis* sulla previsione di limiti oggettivi e soggettivi del tutto peculiari rispetto a quelli propri della l. n. 241 e finanche di veri e propri divieti di divulgazione del contenuto di determinati atti di gara²⁷. Sotto il profilo soggettivo, risalta in maniera evidente come l'accesso agli atti *de quibus* subisca giocoforza una contrazione quanto ai soggetti legittimati attivamente. È il caso di precisare infatti che – malgrado da più parti si sia data particolare enfasi al tenore letterale

²⁶ Per un'interessante analisi critica della disciplina in materia di accesso alle offerte presentate dai concorrenti nel corso di una gara d'appalto si rimanda a V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?* in *Urbanistica e Appalti* 2020, II, pp. 171 e ss..

²⁷ cfr. Tar Lazio, sez. II, n. 4945/2019 che richiama Cons. Stato, sez. V, n. 3079/2014.

della norma che sembrerebbe descrivere tanto i soggetti tenuti a garantire l'accesso (che necessariamente si identificano con quanti, indifferentemente dalla propria natura pubblica o privata, conducono la procedura secondo le regole del Codice), quanto i titolari del diritto *de quo*²⁸ in termini assolutamente impersonali – sono in realtà soltanto i partecipanti alla gara che vanterebbero un interesse giuridicamente meritevole di tutela in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento del contratto e il conseguente interpello per il nuovo affidamento²⁹. Ciò starebbe a significare che la preclusione all'accesso è totale qualora la richiesta sia formulata da un soggetto terzo, quand'anche questi avesse a dimostrare la sussistenza di un interesse differenziato, alla stregua della legge generale sul procedimento. Accanto alle suesposte limitazioni afferenti alla legittimazione/interesse, maggiormente composita e articolata si presenta l'opera di perimetrazione della norma sul versante oggettivo. Difatti, oltre a individuare le fattispecie di differimento dell'accesso di cui al comma 2° e sempre facendo salve le regole più restrittive previste per gli appalti interamente segreti³⁰, la disposizione in esame prevede una serie di preclusioni al diritto di accesso *ratione materiae*. In particolare, al comma 5°, è riportata un'elencazione di diverse fattispecie, di cui tre di esclusione assoluta³¹, a fronte delle quali la trasparenza recede ed una di esclusione relativa³². Da tali fattispecie sembra evincersi la volontà, a livello legislativo, di far prevalere, nell'ambito delle ipotesi riconducibili alla disciplina di settore, le esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, salvo poi – come correttamente puntualizza il Consiglio

²⁸ Che, secondo un recente Consiglio di Stato qui più volte richiamato, non necessariamente andrebbero identificati «nei "concorrenti", salvo che non sia previsto come al comma 6» (si v. Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

²⁹ Come più volte chiarito dal Supremo Consesso amministrativo, la titolarità di un interesse differenziato e qualificato legittimante l'accesso ordinario deve necessariamente sussistere *ante* istanza oltre ad essere posto alla base della motivazione della stessa.

³⁰ Il riferimento è all'inciso contenuto in apertura del co. 5 della norma sopra citata.

³¹ Trattasi delle fattispecie meglio dettagliate alle lettere b), c) e d), di cui al comma 5 della disposizione in parola e riferentesi, rispettivamente, ai pareri legali preordinati alla difesa in giudizio e riguardanti una lite potenziale o in atto (lett. b), di cui si dirà avanti; le relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore (lett. c), costituenti come noto strumento di tutela degli interessi dell'Amministrazione nell'eventuale contenzioso che l'appaltatore intenda istaurare per il riconoscimento delle riserve e per il pagamento dell'opera (cfr. A.P. n. 11/07) ed infine le soluzioni tecniche ed i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da privativa intellettuale (lett. d).

³² Tale è l'ipotesi sancita alla lettera a), di diretta attuazione dell'art. 24, comma 6, lett. d) e del comma 7, primo periodo, l. n. 241/90 e riferibile ai casi di divulgazione di informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali e che sarà oggetto di dettagliata e approfondita trattazione più avanti.

di Stato - «*ripristinare la fisiologica dinamica dell'accesso a procedura conclusa*»³³. Su detto presupposto è imperniata anche l'ipotesi c.d. di esclusione relativa (*sub* lett. a), configurantesi al ricorrere di segreti tecnici e commerciali, i quali – come chiosa giustamente il Consiglio di Stato – non integrano tuttavia una presunzione assoluta e valevole *ex ante* di prevalenza dei motivi addotti a difesa del segreto³⁴. In questo caso difatti il legislatore delegato ha voluto che il “cedimento” delle garanzie di trasparenza e pubblicità dovesse subire un temperamento, di guisa che l'accesso alla documentazione di gara può (eccezionalmente) essere ammesso in risposta ad esigenze di «*difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*». Peraltro la norma, così delineata, corrobora la tesi di quanti sostengono che all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso convivano armonicamente due anime, di cui per l'appunto quella “difensiva” è costruita come fattispecie ostensiva autonoma, che «*trascende dalla dimensione partecipativa procedimentale e dalla logica della trasparenza della funzione amministrativa*»³⁵ ed è connotata, oltre che da una distinta funzionalizzazione, da un regime giuridico parzialmente diverso³⁶. Di tutto riflesso, il rinvio fatto dalla normativa di settore alla disciplina generale, contenuta agli artt. 22 e ss. della legge sul procedimento amministrativo, è da interpretarsi in senso restrittivo, dal momento che la legge n. 241 contempla un ventaglio ben più ampio di possibilità, consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente «*senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale*»³⁷.

6. L'accesso difensivo sull'incerto crinale tra istanze emulative/esplorative e interessi genuinamente difensivi: *quid iuris* in caso di segreti tecnici e commerciali della concorrente?

³³ Così, Consiglio di Stato, sez. III, 26.10.2018 n. 6083 in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Sul carattere relativo del divieto di accesso nella ipotesi *de qua*, si veda per tutte il recente Consiglio di Stato, Sez. V. n. 64 del 7 gennaio 2020.

³⁵ Si v. Consiglio di Stato, A.P., sent. 25 settembre 2020, n. 21.

³⁶ Diversamente dalla fattispecie c.d. “partecipativa”, l'istituto dell'accesso difensivo è giurisdizionalmente tutelato attraverso la specifica azione di cui all'art. 116 c.p.a.. Per un più ampio spunto di riflessione sul tema dell'accesso difensivo e relative differenze con quello partecipativo si rinvia a A. DE SIANO e F. LOMBARDI, *Riflessioni brevi sulla perdurante vitalità del diritto d'accesso documentale alla luce del suo rapporto con il potere istruttorio del G.O.* in www.amministrativamente.com, III, 2020, pp. 266 e ss.

³⁷ In questo senso, si vedano, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, nn. 3953/2018 e 4813/2017 e prima ancora la n. 6121, “antenata” delle prime due e risalente al 2008.

Tornando ad esaminare la concreta ed effettiva portata della clausola derogatrice contenuta all'art. 53, comma 6, essa non fa altro che traslare all'interno della cornice degli appalti pubblici l'istituto dell'accesso c.d. difensivo o difensionale³⁸, così denominato poiché preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale del suo proponente, realizzando quel necessario coordinamento tra testi normativi che, viceversa, difetta in relazione al successivo D.lgs. n. 97/2016³⁹. Nel mentre, è opportuno rammentare che il diritto in questione, come noto, ha trovato un suo "primordiale ingresso" nell'ordinamento giuridico in forza della previsione di cui all'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, a mente della quale: «*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*», laddove l'utilizzo dell'avverbio «*comunque*» denoterebbe l'intenzione del legislatore di non ridurre la sfera di applicazione del diritto *de quo* alla sola dimensione "partecipativa"⁴⁰. Tuttavia, soltanto di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è giunta a delimitare con esattezza i presupposti legittimanti le esigenze difensive dell'accedente. In proposito, la sentenza n. 4 del 18 marzo scorso⁴¹ ha fornito chiarimenti in risposta a due questioni di grande interesse adombrate dall'ordinanza di rimessione. La prima di esse, "lambita" solo incidentalmente in quanto logicamente prodromica rispetto alla seconda, involge il dibattuto tema afferente ai rapporti tra il rimedio dell'accesso documentale difensivo ed i metodi di acquisizione, in funzione probatoria, di documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione e conati dalle norme di fonte processual-civilistica (*i.e.* artt. 210, 211 e 213 c.p.c.). In merito a quest'ultimo aspetto, la Sezione remittente aveva ritenuto opportuno riagganciarsi alle conclusioni già rassegnate dalla

³⁸ Rispondente, come prima accennato, alla logica di «*non appiattare l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza*» cfr. Cons. di St., cit., 2020/21.

³⁹ La questione del mancato coordinamento tra le diverse tipologie di accesso è emersa con particolare forza tanto da sollevare un conflitto giurisprudenziale in merito all'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti pubblici. Sul punto, si v. tra gli altri INGNEGATTI S., *Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il punto della Plenaria in giurisprudenza italiana*, 2021, pp. 158 e ss.

⁴⁰ Valutazione che trae spunto dal ragionamento seguito dal citato Cds n. 21 del 25 settembre 2020, punto 9.1.

⁴¹ Cfr. Cons. St., A.P., 18 marzo 2021, n. 4 con commento a cura di E. PAPPONETTI, *Il diritto di accesso c.d. "difensivo" ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 presuppone il "collegamento" tra la "situazione legittimante l'accesso" ed il "documento" al quale è chiesto l'accesso* in *Appalti&Contratti*, 22 aprile 2021.

Plenaria in occasione della pronuncia n. 19/2020⁴², attingendo dalla ricostruzione in termini di complementarità del legame giuridico esistente tra i suddetti strumenti giuridici un utile supporto argomentativo per affermare che «*l'acquisizione della prova, per coerenza del sistema, debba seguire le stesse regole sostanziali, quale che sia la via scelta*»⁴³ e, quale logica conseguenza, sia l'amministrazione che il giudice dovrebbero operare lo stesso tipo di valutazione, ossia «*escludere la prova non consentita dalla legge sostanziale, e ammettere la prova rilevante, ovvero utile per l'accertamento della verità di quegli specifici fatti su cui verte la causa proposta o da proporre*»⁴⁴. È proprio a partire da consimili statuizioni che val la pena dare preliminarmente atto dell'esistenza di due contrapposti orientamenti in seno alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, mai compiutamente espressosi prima di allora mediante la formale enunciazione di un apposito principio di diritto. Orbene, in merito ai poteri di valutazione dell'istanza di accesso difensivo da parte dell'amministrazione o del G.A. nel giudizio in materia di accesso, ex art. 116 c.p.a. – posto che l'ostensione del contenuto di un documento amministrativo si rifà ad ogni modo ai canoni ermeneutici di immediatezza, concretezza, attualità e corrispondenza⁴⁵ ad una situazione giuridicamente tutelata – si segnala un primo indirizzo giurisprudenziale più estensivo⁴⁶ e propenso a declinare l'anzidetto requisito del nesso di strumentalità tra la situazione che si assume protetta (*rectius*, l'oggetto della *res controversa*) ed il documento di cui si invoca la conoscenza, in termini di "connessione" o anche di semplice attinenza o astratta pertinenza⁴⁷. A detto

⁴² Il riferimento è a Cons. di St., A.P., 25 settembre 2020, n. 19 - Pres. Patroni Griffi, Est. Lageder, che, sul punto, ha espresso conclusivamente il principio di diritto che di seguito si ripropone: «*l'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.*». La pronuncia *de qua* è da leggersi congiuntamente alle coeve e conformi sentenze nn. 20 e 21.

⁴³ Cfr. Cons. di St., A.P. 4/2021, cit., punto 11.

⁴⁴ *Id.*, punto 11.3.

⁴⁵ Ove il concetto di "corrispondenza" vale a circoscrivere «*esattamente l'interesse all'accesso agli atti in senso "corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata"*», così, A.P. 4/2021, citata, punto 17.

⁴⁶ Espresso dalle sentenze della sez. VI, 15 novembre 2018, n. 6444, e della sez. IV, 29 gennaio 2014 n. 461.

⁴⁷ In tal senso, vedasi in particolare il Cons. di St., sent. n. 461/2014, citata, dal cui tessuto argomentativo può chiaramente desumersi la conclusione per cui la legge «*non richiede per l'ostensibilità del documento la pendenza di un giudizio, o la dichiarazione di volerlo proporre, né a fortiori autorizza valutazioni in ordine alla concreta utilità del documento rispetto alle ragioni difensive dell'istante, non foss'altro perché spesso è la stessa amministrazione ad essere indicata quale responsabile della lesione della posizione giuridica che l'istante vuol tutelare, sicché lasciare*

filone se ne contrappone altro più rigoroso⁴⁸ e maggiormente in linea con i dettami suggeriti dall'Adunanza Plenaria in precedenti occasioni⁴⁹. Quest'ultimo, antitetico al primo, sembrerebbe invigorire il processo valutativo dell'istanza di accesso, al punto che la situazione legittimante l'accesso deve risultare tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivocabile il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione⁵⁰, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite. Volgendo lo sguardo verso quest'ultima soluzione interpretativa, il parametro della "stretta indispensabilità" assurge così a strumento principe di cui avvalersi nell'ottica di operare un concreto temperamento tra i contrapposti interessi testé ricordati. Date siffatte premesse, il Collegio – onde evitare una irragionevole dilatazione della portata derogatoria del comma 6° e, con essa, che vengano in certo modo "aggirate" le limitazioni fraposte all'accesso dal comma 5° – esclude recisamente che il diritto alla riservatezza aziendale del concorrente alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso possa assumere carattere recessivo rispetto alla tutela delle ragioni sottese alla difesa in giudizio degli interessi dell'istante, ogni qualvolta queste ultime appaiano suffragate da «*non meglio precisate esigenze probatorie e difensive*»⁵¹, portatrici di un interesse a ricorrere *ex art. 35 c.p.a.* meramente stereotipato e dai tratti nebulosi ed evanescenti. Ne consegue, ad ogni effetto, la necessità di espletare – a cura dell'amministrazione detentrica – un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta rispetto ad uno specifico giudizio e, in conseguenza, l'esperimento della necessaria prova c.d. di resistenza nei confronti dell'offerta della ricorrente, utile ad appurare la sussistenza del dedotto rapporto di strumentalità⁵². Detti requisiti non possono certamente dirsi assolti in tutte quelle ipotesi in cui il giudice amministrativo abbia già deliberato in senso negativo sulla impugnativa degli atti di gara. Tale è ad esempio il caso della sentenza di irricevibilità del ricorso, che, determinando una sorta di "frattura" tra l'istanza ostensiva e l'interesse (processuale) che dovrebbe sorreggerla,

all'amministrazione il sindacato sull'utilità ed efficacia del documento in ordine all'esito della causa, significherebbe dare ad una parte del giudizio il dominio della causa».

⁴⁸ cfr. Cons. St. Sez. IV, 14.5.2014, n. 2472 e Sez. VI, 15.3.2013, n. 1568.

⁴⁹ Una per tutte, Cons. di St., A.P., N. 20/2020.

⁵⁰ Esigenza che pare trovare riscontro, sul piano procedimentale, nel successivo art. 25, comma 2, della l. n. 241 del 1990, ai sensi del quale «*la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata*».

⁵¹ *Mutatis mutandis*, Cons. St., A.P., 18 marzo 2021, n. 4, punto 18.2.

⁵² T.A.R. Campania Salerno, Sez. II, 02/02/2021, n. 307.

comporterebbe in ogni caso l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, anche dell'azione *ex art. 116 c.p.a.*, essendo venuta meno la meritevolezza dell'esigenza conoscitiva che ne è alla base⁵³. Del pari, difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità della documentazione richiesta ai fini di giustizia in un caso in cui la parte accedente abbia manifestato la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale, mediante allegazione in termini puramente ipotetici o dubitativi della semplice eventualità della futura riedizione di una gara⁵⁴, ciò valendo ad integrare i caratteri di un accesso meramente esplorativo, quando non addirittura emulativo, ad informazioni riservate⁵⁵. Gli esiti cui è addivenuta la giurisprudenza in termini di modulazione del rapporto tra la tutela delle informazioni riservate da un lato e, da un altro, la difesa in giudizio degli interessi che innervano la posizione del concorrente nella procedura di affidamento hanno trovato una compiuta definizione da parte del Consiglio di Stato che, occupandosi del tema, ha riconosciuto che *«il discrimine tra interesse emulativo/esplorativo, insufficiente a giustificare la deroga all'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali della concorrente incorporati nella documentazione relativa all'offerta tecnica, ed interesse genuinamente difensivo, atto secundum legem a superare la suddetta barriera opposta dal legislatore al soddisfacimento dell'interesse ostensivo, coincide con l'avvenuta (o meno) instaurazione di un giudizio inerente agli atti della gara cui l'istanza di accesso si riferisce»*⁵⁶ e sempreché, come anticipato, il contesto processuale in cui si inserisce l'istanza ostensiva non sia destinato a risolversi con la complessiva reiezione della domanda.

7. La ripartizione dell'*onus probandi* tra accedente e aggiudicatario e la soluzione al conflitto di posizioni: *ubi maior minor cessat*.

Sotto un aspetto diverso ma speculare a quello sopra riproposto, resta inteso che, secondo la citata giurisprudenza e coerentemente con i principi generali del processo sottesi al 2697 c.c., l'onere della prova del suddetto nesso di

⁵³ Il caso pratico, illustrato a scopo puramente esemplificativo e chiarificatore delle statuizioni del Collegio, trae abbrivio dal piuttosto recente Cons. Stato, citato, n. 6083/2018. In tale vicenda, le censure formulate dal richiedente l'accesso, avendo questi impugnato l'esito della gara, quand'anche accolte e seguite dalla eventuale assegnazione dell'ulteriore e agognato punteggio, non gli avrebbero egualmente consentito di conseguire il primo posto in graduatoria.

⁵⁴ Così, Consiglio di Stato, sez. V, 10.03.2021 n. 2050.

⁵⁵ [Consiglio di Stato, sez. V, 07.01.2020 n. 64](#), punto 2.5.

⁵⁶ [Consiglio di Stato, sez. III, 13.07.2021 n. 5286](#).

strumentalità incomba unicamente sul soggetto che agisce e non può essere ribaltato sul soggetto opponente⁵⁷. Sempre sul versante dell'*onus probandi*, vi è da segnalare tuttavia un'altra corrente giurisprudenziale che adduce, quale prova a discarico del concorrente controinteressato, l'onere di allegare a sua volta «*motivata e comprovata dichiarazione*», ove questi intenda preservare il carattere (asseritamente) riservato e (generalmente) non divulgabile, per chiare ragioni di opportunità, dell'insieme delle componenti e dei beni essenziali di cui consta il bagaglio conoscitivo ed esperienziale dell'impresa. Trattasi, per definizione, di competenze, conoscenze e/o informazioni maturate ed acquisite nel corso dell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che confluiscono nel "saper fare" aziendale, concorrendo pertanto a definire e qualificare la specifica competitività qualitativa dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Detto "appesantimento" sul versante probatorio a carico del partecipante alla gara si rende necessario, secondo quest'ultimo indirizzo, ai fini del completo ed esauriente apprezzamento da parte della Stazione Appaltante dell'effettiva rilevanza delle argomentazioni addotte per sostenere l'operatività del regime di segretezza⁵⁸. Secondo questa tesi è lo stesso offerente che deduce l'esistenza di segreti industriali, e cui solo spetta valutare l'opportunità di non rendere ostensibili alcune informazioni che lo riguardano, a dover allegare e provare a sua volta le ragioni dell'opposizione – senza che ciò stravolga tuttavia il meccanismo incentrato sul 2697 c.c. – in caso contrario esponendosi al rischio di accoglimento dell'istanza di accesso presentata dal concorrente. Tale soluzione, confortata anche dal principio di vicinanza della prova per l'opponente⁵⁹ e che trova un appiglio testuale nell'art. 53, comma 5, lett. a), induce a ritenere che la ponderazione tra gli interessi confliggenti non possa ritenersi devoluta alla irrimediabile discrezionalità dell'amministrazione⁶⁰. Invero, ove quest'ultima fosse messa in condizione di enucleare sue proprie ed autonome ragioni di segretezza circa il contenuto dell'offerta tecnica o delle

⁵⁷ In particolare, con espresso riferimento alla esigenza di tutelare la conoscenza di procedimenti tecnici particolari, il Consiglio di Stato, nella sentenza 6083, cit., mette in evidenza che la suddetta inversione probatoria finirebbe per accollare a carico dell'operatore controinteressato l'onere di fornire spiegazioni sui dettagli della relativa offerta tecnica così da minare la prospettata necessaria riservatezza nei confronti delle imprese concorrenti del settore in merito ad informazioni che costituiscono i c.d. segreti di produzione.

⁵⁸ [Consiglio di Stato, sez. V, 01.07.2020 n. 4220](#), punti 7.5 e 7.6.

⁵⁹ Atteso che le ragioni a corredo della sua opposizione si trovano nella sua totale e unica disponibilità.

⁶⁰ Sul tema della discrezionalità amministrativa si segnala a il contributo offerto da V. MIRRA, *op. cit.*, pp. 175 e ss..

giustificazioni della anomalia, viene da sé che finirebbe per avvantaggiare ingiustificatamente la posizione del controinteressato. A ben vedere, il giudizio mirato a saggiare, secondo una logica di pesi e contrappesi, la prevalenza dell'una o dell'altra istanza è già insito a monte nella legge, potendo la singola stazione appaltante limitarsi ad una mera verifica in ordine alla sussistenza dei relativi presupposti. E così, cercando di tirare le fila del discorso, sul punto è utile chiarire che la legge sembra accordare prevalenza alle ragioni di segretezza aziendale addotte dall'offerente, a condizione che le stesse siano state presentate in maniera sufficientemente precisa e circostanziata. Di converso, la tutela dei segreti di carattere tecnico o commerciale può dirsi superata dalle esigenze difensive dell'accedente al cospetto della prova della correlazione strumentale tra l'accesso e la difesa in giudizio dei suoi interessi, accompagnata alla «*concreta, specifica e circostanziata valorizzazione di elementi fattuali o giuridici inerenti le modalità di regolare attuazione del rapporto negoziale e idonei a prefigurare, sia pure in termini di possibilità e non necessariamente di certezza o anche solo di probabilità, le condizioni di una vicenda risolutiva, per sé idonea a riattivare le chances di subentro o anche solo di rinnovazione della procedura evidenziale*»⁶¹.

In esito al continuo e delicato sforzo di bilanciamento tra i due estremi, lo scenario descritto, lungi dal tradursi nell'automatica prevalenza *in re ipsa* di un interesse su quello "antagonista", postula dunque un accurato vaglio in contraddittorio delle posizioni reciproche in grado di restituire un giudizio calibrato sulla scorta dei citati, rigorosi, criteri di legge e sottratto alla discrezionalità delle singole amministrazioni.

8. L'ipotesi escludente dei segreti professionali *sub. art. 53, comma 5, lett. b) incorporati nei pareri legali.*

Tra le ipotesi di esclusione del diritto di accesso e di ogni altra forma di divulgazione figurano anche i «*pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici*»⁶². Essa può a buon diritto assumersi quale ulteriore esempio paradigmatico dell'atteggiamento "prudenziale" mostrato dal nostro legislatore rispetto alla *vis* espansiva accordata alle ordinarie regole in materia di accesso. A questo proposito, la giurisprudenza suole ulteriormente distinguere

⁶¹ In questo senso, Consiglio di Stato, n. 2050, citato, punto 4.2.

⁶² Cfr. art. 53, comma 5°, lett. b), che riprende la medesima previsione contenuta all'art. 13, comma 5°, lett. c) del vecchio codice del 2006.

tra pareri legali endo-procedimentali amministrativi e pareri legali in funzione pre-contenziosa. Soltanto i primi, quali sintesi di strategia legale e delle condotte processualmente più convenienti per l'Amministrazione da assumere in una controversia giurisdizionale già instaurata o instauranda, sono suscettibili nel novero dei segreti che godono di una tutela qualificata *ex artt.* 622 c.p. (*rivelazione di segreto professionale*) e 200 c.p.p. e, come tali, sottratti all'accesso⁶³. Con riferimento alla seconda tipologia di pareri, ciò che ne renderebbe ostensibile il contenuto inerisce al fatto che la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico, di norma caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è in questo caso legata al procedimento ed al provvedimento amministrativo cui l'organo di consultazione partecipa dando un proprio contributo decisorio e costituisce pertanto uno degli elementi condizionanti la scelta dell'Amministrazione⁶⁴.

⁶³ In questo senso, si v. Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1761; *id.*, sez. VI, 13 ottobre 2003, n. 6200.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2004 n. 2163; Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003 n. 6200; Cons. St., ord., sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4798.

App, Privacy e minori. La tutela dei minori in internet tra autodeterminazione informativa e fruizione dei contenuti digitali

Di Pierpaolo ARGANELLI*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Nozione di minore in Internet. Normativa internazionale, Statunitense ed Italiana. **3.** Analisi e confronto delle social media *policies* in USA ed in Italia. **4.** Le App e il consenso prestato dal minore. **5.** Normativa e dottrina del comportamento dei minori sui social. **6.** Il complesso bilanciamento tra *policies* private e diritti fondamentali. **7.** Il ruolo dello Stato italiano e dell'Europa nella protezione dei dati dei minori. **8.** Prospettive regolatorie per le sfide in atto e che verranno.

ABSTRACT: The article will analyse the relationship between social networks world and minors. Starting from a comparative analysis between definitions of minor under International law, US and Italian legal systems, the article will show the complexity of balance between persons' fundamental rights. It will focus on minor as sensitive individual who needs to be protected more than how it is currently. The analysis of European privacy law under the new GDPR and of Italian constitutional principles like self-determination of individuals and of social networks policies will try to show the current situation and what are the future perspectives.

1. Introduzione.

I minori sono sempre più immersi nelle nuove tecnologie e negli strumenti di comunicazione ed informazione, comprendendone immediatamente l'utilizzo, ma non avendo sempre una sufficiente consapevolezza dei rischi e dei possibili effetti negativi che possono scaturire da un uso non attento ed incontrollato di questi strumenti¹. Al tempo stesso i *social media* e le *chat* stanno svolgendo un

* Dottorando di ricerca in "Diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo", Università degli Studi di Napoli Parthenope e Data Protection Officer.

¹ Sui rischi dovuti all'uso dei dati e della connettività in maniera impropria si ricorda: D. LUPTON e B. WILLIAMSON, *The Datafied Child: The Dataveillance of Children and Implications for Their Rights*, in *New Media & Society*, vol. 19, 2017, n. 5, pp. 780-794. Se si vuole approfondire il tema focalizzandosi sull'impatto nel lungo periodo di uno uso non attento dei social nella vita del minore si suggerisce un recente studio di G. BERMAN. e K. ALBRIGHT, *Children and the Data Cycle: Rights and Ethics in a Big Data World*, INNOCENTI Working Paper 2017, 5, Firenze, UNICEF Office of Research, 2017.

ruolo determinante nel vissuto di minori in formazione sia da un punto di vista educativo che personale. In particolare, i *social* rappresentano sovente il principale accesso all'informazione da parte dei minorenni, il che si traduce in una costante esposizione degli stessi alle più svariate pubblicità, a *fake news*, a comunicazioni, politiche e non, che inevitabilmente finiscono per influenzare la loro visione del mondo e la loro personalità².

Può considerarsi opinione condivisa che, nel mondo dei *social*, spesso i minori sono autori o vittime di comportamenti che nel mondo reale non sarebbero possibili³ e che la creazione di nuovi e più coinvolgenti *social network* e la presenza di poche⁴ grandi compagnie *high-tech*, spesso straniere, pongano a rischio la tutela dei dati dei minori ed il loro diritto ad autodeterminarsi⁵.

Il presente lavoro si svilupperà a partire dal concetto di minore nell'ordinamento italiano e statunitense⁶. Saranno analizzate le prospettive regolatorie nazionali ed europee in merito all'accesso, ai comportamenti ed in generale all'interazione con i *social networks* da parte del minore. Ci si soffermerà inoltre sulle *policies*⁷

² Per un excursus storico si rimanda a J. VAN DIJCK, *The Culture of Connectivity: A Critical History of Social Media*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Da osservare anche come l'attenzione è l'obiettivo dei gestori dei servizi on line vedi l'analisi di T. WU, *The Attention Merchants: The epic scramble to get inside our Heads*, New York, ALFRED A. KNOPF, 2016 e l'introduzione dell'articolo di G. PEDRAZZI: *Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy*, Informatica e diritto, XLIII annata, Vol. XXVI, 2017, n. 1-2, pp. 437-451.

³ Pensiamo ai c.d. "leoni da tastiera" ribattezzati anche come "haters". Gente che sui *social media* sfoga la propria rabbia repressa accumulata nel quotidiano comportandosi sui *social media* in modi spesso passibili di denuncia. Fra i molti si possono ricordare gli insulti a sfondo razziale rivolti alla senatrice Segre su Twitter, Facebook ecc., gli insulti a sfondo sessuale e non solo alle donne che avevano denunciato casi di stupro.

⁴ Vedi acquisizione da parte di Facebook prima di Instagram e poi di WhatsApp per miliardi di dollari fra i molti: per Instagram nel 2012: <https://st.ilssole24ore.com/art/tecnologie/2012-04-09/facebook-acquista-instagram-miliardo-193539.shtml?uuid=AbUbtaLF>, per WhatsApp nel 2014: <https://st.ilssole24ore.com/art/notizie/2014-02-19/facebook-compra-whatsapp-19-miliardi-dollari-231641.shtml?uuid=AB3q4lx>.

⁵ A tal fine si osservi il report Norwegian Consumer Council, *#WatchOut Analysis of Smartwatches for Children*, <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2017/10/watchout-rapport-october-2017.pdf>, 2017.

⁶ Si è deciso di scegliere gli USA in quanto le maggiori compagnie *high-tech* hanno la loro sede principale lì e di conseguenza le *policies* che disciplinano l'utilizzo dei loro *software* e delle loro *app* sono di estrazione giuridica nord-americana.

⁷ Nel corso di questo articolo saranno analizzate, infatti, le *policies* delle compagnie *social* appena citate e si vedrà come moltissimi minori e genitori non rispettino queste *policies* ed anzi le aggirino per i motivi più vari: convenzioni sociali, comodità, ignoranza ecc. Queste *policies*, in alcuni casi, cambiano da Paese a Paese. Questo aspetto sarà analizzato concentrandosi sulle diversità degli ordinamenti USA e Italia. Un confronto questo che mira a sottolineare come l'età dei ragazzi scelta dal paese determinerà poi lo sviluppo delle nuove generazioni. In relazione all'adozione di idonei ed effettivi strumenti di tutela, è importante anche identificare la percezione dei minori stessi rispetto ai rischi connessi all'utilizzo di *social media* cercando di capire se la volontà del legislatore

adottate per assicurare una maggiore protezione dei propri utenti che, tra gli altri, hanno anche l'obiettivo di "proteggere" in modo particolare i minori⁸.

2. Nozione di minore in Internet. Normativa internazionale, Statunitense ed Italiana.

A livello internazionale una prima definizione di minori si trova nella Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁹, la quale definisce il minore, art.1, come: "ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile"¹⁰.

Nella medesima Convenzione si rinviene anche la fissazione del principio del "superiore interesse", sancito dall'art. 3, in base al quale "in ogni legge, provvedimento, iniziativa pubblica o privata e in ogni situazione problematica, l'interesse del bambino/adolescente deve avere la priorità" e dall'art.16¹¹ che sancisce il diritto di ogni minore a non subire interferenze arbitrarie o illegali con riferimento alla vita privata, alla sua corrispondenza o al suo domicilio; è altresì riconosciuto il diritto del minore a non subire lesioni alla sua reputazione e al suo onore.

nazionale di riformare il diritto di voto, il diritto di guida et alter diminuendo l'età dai 18 ai 16 anni può coincidere con la necessità di maggior tutela in rete.

⁸ Questo a causa del *privacy paradox*. Il quale nella letteratura sociologica viene definito come "la tendenza per i soggetti più fragili e maggiormente esposti a conseguenze dannose a sottovalutare le controindicazioni e i pericoli in tema di privacy e a sottoutilizzare gli strumenti a disposizione" vedi fra i molti: A. THIENE, *I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale*, in "Annali online della Didattica e della Formazione Docente", vol. 9, 2017, n. 13, pp. 26-39; A. SPANGARO, *Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela*, Milano, Ipsoa, 2011, passim; A. THIENE, *L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, in "Studium iuris", 2012, n. 5, p. 528 ss.; C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei social networks*, "Rassegna di diritto civile", 2016, n. 4, p. 1324 ss. Si pensi ad esempio al limite di età per l'iscrizione ad un *social* e la necessaria autorizzazione dei genitori che rappresenta un aspetto critico con riferimento alla difficoltà di verificare la veridicità dell'autorizzazione.

⁹ *Convention on the Rights of the Child - CRC*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, e ratificata dall'Italia il 27 maggio 1991 con la legge n. 176

¹⁰ Tale Convenzione è stata ratificata da 196 Stati e rappresenta un testo giuridico di eccezionale importanza poiché riconosce, in forma coerente, tutti i minori del mondo come titolari di diritti civili, sociali, politici, culturali ed economici. È composta di 54 articoli e da tre Protocolli opzionali, concernenti i bambini in guerra, lo sfruttamento sessuale e le procedure di reclamo. La parte che più interessa ai fini di questo lavoro è la prima che enuncia i diritti di cui i minori sono titolari (artt.1-41).

¹¹ Si veda articolo 16: «1. *No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation.* 2. *The child has the right to the protection of the law against such interference or attacks*». Per ulteriore approfondimento in merito al contenuto della Convenzione si consulti: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

Strettamente collegato all'art.16 è poi l'art.17¹² il quale prevede il dovere da parte di ogni Stato di riconoscere l'importanza della funzione esercitata dai *mass-media*, in quanto mezzi idonei a garantire ma anche a ledere una sana crescita e una corretta formazione del minore stesso¹³. In quest'ultimo caso si parla anche di libertà del minore di autodeterminarsi, diritto fondamentale riconosciuto anche all'art.2 della nostra Costituzione¹⁴.

In USA ed in Italia sono definiti come "minori" tutti coloro che hanno meno di 18 anni¹⁵. In Italia, al compimento dei 18 anni il minore acquista la piena capacità di intendere e di volere e quindi di autodeterminarsi, diventando responsabile civilmente di tutte le sue scelte ed imputabile penalmente per le scelte sbagliate che potrebbe compiere. Il che per definizione negativa significa che prima dei 18 anni egli/ella è in formazione come persona.

Dal punto di vista civilistico, i genitori esercenti la potestà sono responsabili dei reati e degli illeciti commessi sia dal minore fra i 14 ed i 17 anni nei confronti di

¹² Si veda Articolo 17: «*States Parties recognize the important function performed by the mass media and shall ensure that the child has access to information and material from a diversity of national and international sources, especially those aimed at the promotion of his or her social, spiritual and moral well-being and physical and mental health. To this end, States Parties shall: (a) Encourage the mass media to disseminate information and material of social and cultural benefit to the child and in accordance with the spirit of article 29; (b) Encourage international co-operation in the production, exchange and dissemination of such information and material from a diversity of cultural, national and international sources; (c) Encourage the production and dissemination of children's books; (d) Encourage the mass media to have particular regard to the linguistic needs of the child who belongs to a minority group or who is indigenous; (e) Encourage the development of appropriate guidelines for the protection of the child from information and material injurious to his or her well-being, bearing in mind the provisions of articles 13 and 18*». Per ulteriore approfondimento in merito al contenuto della Convenzione si consulti: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

¹³ Gli Stati parti riconoscono l'importanza della funzione esercitata dai *mass media* e vigilano affinché il fanciullo possa accedere a una informazione e a materiali provenienti da fonti nazionali e internazionali varie, soprattutto se finalizzati a promuovere il suo benessere sociale, spirituale e morale nonché la sua salute fisica e mentale. A tal fine, gli Stati parti: incoraggiano i *mass media* a divulgare informazioni e materiali che hanno una utilità sociale e culturale per il fanciullo e corrispondono allo spirito dell'art. 29; incoraggiano la cooperazione internazionale in vista di produrre, di scambiare e di divulgare informazioni e materiali di questo tipo provenienti da varie fonti culturali, nazionali e internazionali; incoraggiano la produzione e la diffusione di libri per l'infanzia; incoraggiano i *mass media* a tenere conto in particolar modo delle esigenze linguistiche dei fanciulli autoctoni o appartenenti a un gruppo minoritario; favoriscono l'elaborazione di principi direttivi appropriati destinati a proteggere il fanciullo dalle informazioni e dai materiali che nuocciono al suo benessere in considerazione delle disposizioni degli artt. 13 e 18.

¹⁴ Si veda sul punto autorevole dottrina: A.PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, 2009

¹⁵ Si veda art. 97 e 98 c.p. il primo indica che il minore sotto i quattordici anni non è mai imputabile, il secondo che "è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto 14 anni ma non ancora i 18, se aveva capacità di intendere e di volere".

chiunque, minore e non, sia del minore fino ai 14 anni di età vista l'incapacità totale e la non imputabilità¹⁶.

Tuttavia, dal punto di vista penalistico, in merito alla nozione di minore nel panorama italiano, è necessario ricordare la differenza tra gli infra-diciottenni e gli infra-quattordicenni. Infatti, secondo il codice penale: "il minore di 14 anni che commette un reato non è punibile in quanto totalmente incapace di intendere e di volere" mentre "è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto 14 anni ma non ancora i 18, se aveva capacità di intendere e di volere"¹⁷. Di conseguenza, parlando di capacità di intendere e di volere un minore con un'età tra i 14 ed i 17 anni si può dire abbia una "capacità parziale"¹⁸ in quanto essa deve essere accertata e non è presunta come per gli adulti.

Negli Stati Uniti d'America, la nozione di minore e la regolamentazione delle relazioni familiari è affidata ad ogni stato federale¹⁹. La legge federale USA fornisce solo il "cappello" entro cui gli stati federali devono disciplinare le singole fattispecie appartenenti al diritto di famiglia. La legge federale americana e la sua interpretazione giurisprudenziale fornisce la seguente definizione: «*a person who does not have the legal rights of an adult. A minor is usually defined as someone who has not yet reached the age of majority. In most states, a person reaches majority and acquires all of the rights and responsibilities of an adult when he or she turns 18*».²⁰

¹⁶ Questo spesso al contrario di molti degli Stati in cui le compagnie *social* sono nate e dove hanno il loro quartier generale.

¹⁷ La dottrina e la giurisprudenza sono talmente numerose e univoche sul concetto di imputabilità che si può affermare che: per poter procedere penalmente nei confronti di un minore è necessario che questi sia imputabile, ovvero che sia stata valutata la capacità del minore per essere dichiarato responsabile di un reato ed essere sottoposto a una pena. In base a quanto detto nella nota precedente: ai sensi dell'art. 98 del c.p., per i minori dai 14 ai 17 anni la capacità di intendere e di volere in relazione al reato compiuto deve essere sempre accertata, mentre per gli adulti autori di reato è presunta

¹⁸ Fra i molti, in ordine cronologico la più recente decisione che afferma una "capacità parziale" è stata espressa dalla Corte di Cassazione penale con la sentenza n. 10478 del 2 marzo 2017.

¹⁹ Per un excursus storico si consiglia: J.V.CALVI e S.COLEMAN, *American Law and legal system*, 2005, Pearson Education, pag.305-326

²⁰ *Dictionary of Legal Terms: A-D.* (2011), in D. BATTEN, *Gale Encyclopedia of American Law*, 3rd edition, Vol. 14, Detroit, MI, USA, p. 14; *18 U.S.C. § 2256- Definitions*, consultabile al link: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>; *U.S. Legal, Age of Majority Law and Legal Definition* consultabile al link: <https://definitions.uslegal.com/a/age-of-majority/>.

Questa definizione è volutamente vaga in quanto ogni stato della federazione disciplina autonomamente i requisiti per accedere alla maggiore età²¹. La legge federale americana prima citata stabilisce inoltre che: «*Until a minor reaches the legal age of adulthood, he or she may not be responsible for his/her own actions (including the capacity to enter into a contract which is enforceable by the other party), for damages for negligence or intentional wrongs without a parent being liable, nor for punishment as an adult for a crime*»²².

In tutte le situazioni appena descritte i responsabili saranno quindi i genitori²³, i quali potranno incorrere in conseguenze sia penali, rimanendo ovviamente una responsabilità in capo al minore per i reati commessi, che civili. In alcuni casi, infatti, lo Stato avrà anche il diritto di togliere il minore dalla custodia²⁴ genitoriale. La *ratio* di questa procedura è tutelare l'interesse del minore e l'interesse pubblico alla sua educazione²⁵.

L'unica eccezione alla regola generale appena riportata è rappresentata dalla commissione di un crimine particolarmente grave commesso dal minore come ad esempio l'omicidio, lo stupro o la rapina a mano armata per i quali è possibile processare il minore avente almeno 13 anni come un adulto²⁶ e lo stesso minore sarà eventualmente condannabile alla pena capitale se di età maggiore di 16 anni²⁷. È importante anche porre l'attenzione su ciò che concerne altri diritti del minore come: «*the marriage with or without parental consent, driving,*

²¹ Per un approfondimento analitico si suggerisce di visitare il seguente link: https://www.law.cornell.edu/wex/table_emancipation dal quale si evince come: la maggior'età si raggiunge a 18 anni in 49 Stati, ad eccezione del Mississippi dove essa si acquisisce a 21 anni, dell'Alabama e del Nebraska dove si acquisisce a 19.

²² Vedi nota n.16

²³ Per un approfondimento sulla responsabilità genitoriale ed i suoi limiti negli Stati Uniti si legga ad esempio il seguente passo tratto da autorevole dottrina: " *The primary parental responsibilities toward children are twofold: 1. To provide the basic necessities of food, shelter, and clothing and 2. To provide care, control, supervision, education, and reasonable discipline*" J.V. CALVI e S. COLEMAN, *American Law and legal system*, 2005, Pearson Education, pag.324. La " *reasonable education*" è stata ed è ancora oggetto di dibattito nella dottrina americana in quanto viene a volte distortamente usata per difendere gli accusati di abuso minorile e maltrattamenti. Il senso di tale dettame federale è da ricercarsi piuttosto nel fatto che uno scappellotto se necessario è consentito, altre pratiche come picchiarlo pesantemente, rompergli un arto, ustionarlo ecc. no. Altri casi al riguardo: *Hunt vs Thompson* approfondito da S.P. BRECKINRIDGE, *the Family and the State*, University of Chicgo Press, 1934, p.242.

²⁴ Vedi PRINCE v. MASSACHUSSETS, 321 U.S. 158 (1944), pag.171: " *the family itself is not beyond regulation in the public interest*" .

²⁵ Vedi il caso scolastico: WISCONSIN vs YODER, 406 U.S.205 (1972). L'agenzia dei servizi sociali potrà infatti ottenerne la custodia temporaneamente (se i genitori si dimostreranno collaborativi) o permanentemente (fino al compimento della maggiore età).

²⁶ Vedi *Congressional Quarterly* 52, 11 (19 Marzo 1994): 672 e 52,34 (27 Agosto 1994): 2490.

²⁷ Vedi *Thompson vs Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988)

prosecution for crimes, the right to choose an abortion and liability for damages» anche se queste variano da Stato a Stato²⁸. I genitori o gli esercenti responsabilità genitoriale americani hanno il "*duty of care, support and supervision*"²⁹ del minore. Un'altra particolarità nell'ambito del diritto civile americano è che "*a contract, otherwise valid, entered into by a minor, cannot be disaffirmed because of the minor's minority if the contract is to pay the reasonable value of necessities*"³⁰.

3. Analisi e confronto delle social media policies in USA ed in Italia.

Com'è noto, ogni azienda ha le sue *policies* e strategie di mercato che mirano ad attrarre il maggior numero di consumatori³¹, a rinforzare l'immagine del *brand* ed in generale come fine ultimo a massimizzare i profitti magari sfruttando economie di scala e vantaggi comparati rispetto ad altri *competitors*. Tutto ciò è valido anche per le aziende che si occupano di *social networking*³².

Queste *policies* debbono necessariamente tener conto dei principi giuridici generali e delle leggi dei singoli Stati nei quali operano le norme in materia di tutela del pensiero ne rappresenta un esempio il minore.

²⁸ Ad esempio, per quanto concerne il matrimonio, il requisito dell'età minima è basato su una serie di fattori presi in considerazione in maniera diversa da ogni singolo stato federale. Questi fattori sono: biologici cioè legati a quando viene stabilita l'età della pubertà; tradizionali, legati quindi alle tradizioni culturali di ogni singolo stato utili per stabilire l'età minima per contrarre matrimonio; e legali cioè legati alle differenti *contract laws* previste.

²⁹ V. CALVI e S. COLEMAN, *American Law and legal system*, 2005, Pearson Education, pag.321

³⁰ Inoltre: «*The meaning of the term "necessaries" depends on the facts of the individual case. It depends on many things, including the particular circumstances of the minor, the actual need, and the use to which the purchased article is to be put. However, the common-law classification of necessities as including food, lodging, clothing, medicine, medical attention, and education is generally recognized to the extent such items are suited to the minor's social position and situation in life, even though such items are not absolutely needed*».

³¹ Il loro obiettivo generale e primario è quello di aumentare il numero di consumatori. Il motivo è semplice grazie all'iscrizione e all'utilizzo dell'utente la piattaforma *social* acquisisce informazioni dell'iscritto e grazie al consenso più o meno cosciente, vende le informazioni acquisite ad altre aziende; le quali grazie a tali informazioni possono meglio profilare il loro possibile cliente e quindi adottare strategie di *marketing* e di sfruttamento degli spazi pubblicitari del *social* in maniera più efficiente ed efficace. Ovviamente, tutto questo premesso, rientra nella libertà di iniziativa economica privata disciplinata in Italia dall'art.41 Cost., che garantisce l'autonomia di ciascun imprenditore nel dirigere la propria impresa. Appare pacifico affermare che il diritto e le sue declinazioni cambiano da Stato a Stato e che quindi questo adattamento delle *policies* ne sia naturale conseguenza.

³² È bene sottolineare come alcune grandi aziende *high-tech* che operano prevalentemente nel mondo *social*, ad esempio Facebook, abbiano diverse *policies* di iscrizione, e quindi di accesso al servizio da loro offerto, a seconda dello Stato o del Continente in cui operano la raccolta dei dati.

La Facebook Inc. ha acquisito Instagram nel 2012 e WhatsApp nel 2014 ed ha, tuttavia, applicato tre *policies* diverse³³. Nella propria *policy*, Facebook richiede all'utente di essere responsabile nella creazione del suo *account* senza però avere nessun metodo di verifica delle informazioni fornite dallo stesso e senza prevedere serie conseguenze in caso di violazione della *policy*. Queste lacune hanno permesso nel tempo la nascita di migliaia di profili falsi, doppi, tripli infrangendo le prime due richieste della *policy*. Inoltre, bisogna sottolineare come Facebook imponga un'età minima di 13 anni per iscriversi. In Instagram l'età minima per iscriversi è la stessa, al contrario per quanto riguarda WhatsApp l'età minima per iscriversi è 16 anni. Questa differenza fa sorgere alcuni interrogativi. Infatti, Facebook Inc, ponendo l'età minima a 13 anni, fa sì che anche utenti del tutto privi di capacità di intendere e di volere (quella parziale come detto si acquisisce a 14 anni ed è comunque sempre da dimostrare) possano sottoscrivere quello che nei fatti è un contratto di servizio che, come forma di pagamento, ha il consenso al trattamento dei propri dati³⁴. Inoltre, accetta di esporre un ragazzo tredicenne ad una serie di pubblicità e di informazioni, spesso non controllate, che sicuramente avranno un impatto sulla sua crescita ed autodeterminazione, e ledendo il diritto all'autodeterminazione dell'individuo³⁵ sancito dall'art.2 della Costituzione e dagli articoli 16 e 17 della

³³ In Italia consultando la *policy* di Facebook si legge al punto 1 della stessa: "Chi può usare Facebook: [...] l'utente è tenuto a: 1. usare lo stesso nome di cui si serve nella vita reale; fornire informazioni personali accurate; 2. creare un solo *account* (il proprio) e usare il proprio diario per scopi personali; 3. non condividere la propria *password*, non concedere l'accesso al proprio *account* Facebook ad altri o trasferire il proprio *account* ad altri (senza l'autorizzazione di Facebook). L'obiettivo è rendere Facebook disponibile a tutti, ma il suo uso è proibito a: utenti che hanno meno di 13 anni." La scelta di quest'età alla luce di quanto sopra riportato in termini di diritto penale americano ci deve far riflettere. Inoltre, la *policy* continua: "utenti condannati per violenza sessuale; utenti con *account* disabilitati in precedenza per violazione delle Condizioni o Normative di Facebook; utenti non autorizzati dalla legge applicabile a ricevere prodotti, servizi o software di Facebook". Consultabile al link: <https://it-it.facebook.com/legal/terms>

³⁴ Il che secondo quanto riportato dal Garante della Privacy e dal diritto italiano è lesivo della sua privacy. Infatti, è noto che, in teoria, l'Italia abbia fissato a 14 l'età minima per poter prestare validamente consenso ai servizi della società dell'informazione, Il comma 1 dell'art. 2-quinquies del novellato Codice Privacy ed introdotto dal D.Lgs. 101/2018 dispone: "In attuazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. Con riguardo a tali servizi, il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni, fondato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento, è lecito a condizione che sia prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale". Il perché Facebook Inc. non abbia modificato tale *policy* che fissa invece età minima a 13 anni quindi rimane un mistero.

³⁵ Sull'interazione uomo-macchina e sui riflessi che questa ha sui diritti all'autodeterminazione e all'identità personale dell'individuo la dottrina si sta interrogando da tempo. Il tema sarà poi ripreso nei paragrafi successivi. Tuttavia, senza avere velleità di completezza si vedano: L. AVITABILE, //

Convenzione ONU sopra citati. Facebook INC con questa *policy* accetta anche il rischio che l'infra-quattordicenne possa porre in essere comportamenti lesivi per sé stesso e per gli altri³⁶.

Un'altra questione su cui è importante riflettere è che sebbene un minore sia sotto la responsabilità dei genitori, gli stessi per ammissione e previsione delle *social policies* non possono in alcun modo avere accesso all'*account* del figlio/a senza il suo consenso³⁷. L'unico modo per ottemperare a quanto previsto dal GDPR³⁸ e successiva legge di recepimento è che il genitore o i genitori si iscrivano al *social* e prestino il loro consenso alla nascita del *social* del minore³⁹. Una ricerca del Monitor Minor del 2017 ha mostrato come sulle piattaforme social britanniche ed americane il 38% degli utenti siano bambini infra-quattordicenni con profili falsi⁴⁰. Questo dimostra come ipoteticamente i minori possano accedere ai social senza alcun controllo dei genitori o degli esercenti la responsabilità genitoriale che tuttavia rimangono gli unici responsabili delle azioni dei propri figli.

Diritto Davanti All'algorithm, in Rivista Italiana Per Le Scienze Giuridiche, 8, 2017, Pp. 315-327; L. CALIFANO, *Brevi Riflessioni Su Privacy e Costituzionalismo al tempo dei Big Data*, in federalismi.it, 9, 2017, Pp. 1-7; G. D'ACQUISTO –M. NALDI, *Big Data e Privacy by Design*, Torino, 2017; F. PIZZETTI, *Intelligenza Artificiale, Protezione dei Dati Personali e Regolazione*, Torino, 2017; F. PIZZETTI, *Privacy e il Diritto Europeo alla Protezione dei Dati Personali*, Torino, 2016; G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su Diritto e Tecnica*, in Diritto Dell'informazione e Dell'informatica, 4-5, 2012, P. 831 Ss.; G. RESTA, *Diritti della Personalità: problemi e prospettive*, in Diritto dell'informazione e Dell'informatica, 6, 2007, Pp. 1043-1071; G. RESTA, *Identità Personale e Identità Digitale*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 3, 2007, Pp. 511-531; V.ZENOVICH, *Informatica ed Evoluzione Del Diritto*, in Diritto Dell'informazione E Dell'informatica, 1, 2003, P. 89 ss; P.BENANTI, *Digital Age. Teoria del cambio d'epoca. Persona, famiglia e società*; Edizioni San Paolo, 2020.

³⁶ Si pensi ad esempio alla *datification* ed al cyber-bullismo entrambi fenomeni che saranno poi trattati nei paragrafi successivi.

³⁷ La *policy* recita come di seguito: "Posso accedere all'account Instagram di mio figlio adolescente? Comprendiamo le tue preoccupazioni sull'uso della nostra applicazione da parte di tuo figlio, ma purtroppo non possiamo fornirti l'accesso al suo *account* né intraprendere alcuna azione sull'*account* in seguito alle tue richieste. In generale, le leggi sulla privacy non ci consentono di fornire l'accesso non autorizzato a un *account* a una persona diversa dal titolare. Tieni presente che tutti gli utenti di età superiore ai 13 anni sono autorizzati ad avere un *account* e rientrano nell'ambito di questa normativa." Vedi nei *link* sottostanti:

<https://www.instagram.com/about/legal/terms/api/> e
[https://help.instagram.com/154475974694511/?helpref=hc_fnav&bc\[0\]=Centro%20assistenza%20di%20Instagram&bc\[1\]=Centro%20per%20la%20privacy%20e%20la%20sicurezza](https://help.instagram.com/154475974694511/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Centro%20assistenza%20di%20Instagram&bc[1]=Centro%20per%20la%20privacy%20e%20la%20sicurezza)

³⁸ Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati n.679/2016 UE

³⁹ Tuttavia, creare un profilo mentendo sull'età non è complesso e questo spesso è l'espedito più usato dai minori che vogliono tutelare la loro privacy dai genitori senza rendersi conto che tale tutela la stanno cedendo a terzi sconosciuti e senza tener conto dei rischi che comporta tale iscrizione.

⁴⁰ Si rimanda al rapporto presente su: <https://www.monitorminor.com>

4. Le App e il consenso prestato dal minore.

Tra gli strumenti preferiti dai minori per esprimere le loro idee, studiare, giocare ed in generale autodeterminarsi ci sono le *App*⁴¹.

Ogni *App* ha una propria *policy* di autoregolamentazione che in Europa trova oggi la propria interfaccia regolatoria nel Regolamento Europeo n.679 del 2016 (d'ora in poi GDPR). In particolare, l'art.40 lett.g del GDPR ha previsto espressamente la nascita di codici di condotta frutto dell'autoregolamentazione del settore in esame. Molti *social*, per avvicinarsi ai potenziali clienti minori, e non, hanno creato *App* scaricabili sugli smartphone spesso gratuitamente.

Le *App* presenti sul mercato necessitano del consenso digitale al trattamento dei propri dati personali come requisito necessario al funzionamento. Ove, infatti, l'utente decidesse di non prestare il consenso, accettando la *policy in toto*, non potrebbe usare l'*App* sul suo dispositivo.

⁴¹ Per *App* in generale si intende un *software* progettato prevalentemente per dispositivi mobili con funzioni limitate rispetto ad un *software* principale ma che consente all'utente in possesso del dispositivo mobile di collegarsi ad un *server* principale esterno o di essere egli stesso il *server*. Per una completa e dettagliata definizione e classificazioni delle *App* si cita: «A *mobile application*, most commonly referred to as an *app*, is a type of application software designed to run on a mobile device, such as a smartphone or tablet computer. Mobile applications frequently serve to provide users with similar services to those accessed on PCs. Apps are generally small, individual software units with limited function. [...] A mobile application also may be known as an *app*, *web app*, *online app*, *iPhone app* or *smartphone app*. Mobile applications are a move away from the integrated software systems generally found on PCs. [...] The simplest mobile apps take PC-based applications and port them to a mobile device. As mobile apps become more robust, this technique is somewhat lacking. A more sophisticated approach involves developing specifically for the mobile environment, taking advantage of both its limitations and advantages. [...] Apps are divided into two broad categories: *native apps* and *web apps*. *Native apps* are built for a specific mobile operating system, usually *iOS* or *Android*. *Native apps* enjoy better performance and a more finely-tuned user interface (*UI*), and usually need to pass a much stricter development and quality assurance process before they are released. *Web apps* are used in *HTML5* or *CSS* and require minimum device memory since they're run through a browser. The user is redirected on a specific web page, and all information is saved on a server-based database. *Web apps* require a stable connection to be use. There are several types of apps currently available. *Gaming apps*: The equivalent of computer video games, they are among the most popular types of apps. [...] *Productivity apps*: These focus on improving business efficiency by easing various tasks such as sending emails, tracking work progress, booking hotels, and much more. *Lifestyle and entertainment apps*: Increasingly popular, these encompass many aspects of personal lifestyle and socialization such as dating, communicating on social media, as well as sharing (and watching) videos. [...] Other app types include *mobile commerce (M-commerce) apps* used to purchase goods online [...], *travel apps* that help a traveler in many ways (booking tours and tickets, finding their way through maps and geolocation, travel diaries, etc.), and *utility apps* such as health apps and barcode scanners». Si veda il link: <https://www.techopedia.com/definition/2953/mobile-application-mobile-app>.

Al fine di poter meglio comprendere il consenso nel mondo digitale è bene partire da quanto previsto dall'art. 6, par. 1, lett. a) del GDPR⁴² da leggere necessariamente in combinato disposto con i Considerandi n. 32⁴³, 42⁴⁴, 43⁴⁵ e

⁴² Reg.UE n.679/2016 prevede che i trattamenti di dati basati sul consenso vengano disciplinati il quale recita: "l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità".

⁴³ Il considerando recita: «Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale. Ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto. Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. Il consenso dovrebbe applicarsi a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità. Qualora il trattamento abbia più finalità, il consenso dovrebbe essere prestato per tutte queste. Se il consenso dell'interessato è richiesto attraverso mezzi elettronici, la richiesta deve essere chiara, concisa e non interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso». Il consenso deve essere espresso mediante un atto positivo ed inequivocabile per essere legittimo.

⁴⁴ Il quale recita: «Per i trattamenti basati sul consenso dell'interessato, il titolare del trattamento dovrebbe essere in grado di dimostrare che l'interessato ha acconsentito al trattamento. In particolare, nel contesto di una dichiarazione scritta relativa a un'altra questione dovrebbero esistere garanzie che assicurino che l'interessato sia consapevole del fatto di esprimere un consenso e della misura in cui ciò avviene. In conformità della direttiva 93/13/CEE del Consiglio è opportuno prevedere una dichiarazione di consenso predisposta dal titolare del trattamento in una forma comprensibile e facilmente accessibile, che usi un linguaggio semplice e chiaro e non contenga clausole abusive. Ai fini di un consenso informato, l'interessato dovrebbe essere posto a conoscenza almeno dell'identità del titolare del trattamento e delle finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali. Il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio». Quindi il secondo requisito del consenso prestato è che esso deve essere consapevole.

⁴⁵ Il quale recita: «Per assicurare la libertà di espressione del consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato espresso liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica. Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione». Il terzo requisito del consenso per essere valido è che esso sia espresso liberamente senza costrizioni.

171⁴⁶del medesimo regolamento⁴⁷, che stabilisce cosa s'intende per consenso, le sue modalità di rilascio e le sue caratteristiche principali. Brevemente, possono sottolinearsi due aspetti: in primo luogo che il consenso debba essere liberamente prestato da un soggetto consapevole in modo positivo ed inequivocabile, in secondo luogo che il titolare del trattamento debba adoperarsi per accertare la validità di questo consenso tramite l'uso delle tecnologie disponibili.

Quanto appena ricordato è oggetto di una tutela rafforzata per quanto riguarda i minori. Infatti, l'art.8⁴⁸ del GDPR stabilisce al riguardo due soglie d'età.

La prima riguarda l'età minima, non derogabile, per utilizzare un *social* o un *app*, fissata a 13 anni. A tale età il minore avrà bisogno del consenso dell'esercente la responsabilità genitoriale per acconsentire al trattamento dei dati personali.

La seconda soglia d'età che viene fissata a 16 anni invece si riferisce alla prestazione di un valido consenso autonomo. Tuttavia, quest'ultima è una soglia derogabile in base alla normativa dei singoli stati membri⁴⁹.

È importante analizzare quanto previsto dall'articolo 8 al fine di comprendere al meglio come esso operi concretamente.

⁴⁶ Questo Considerando prevede che: «Il presente regolamento dovrebbe abrogare la direttiva 95/46/CE. [...]. Qualora il trattamento si basi sul consenso a norma della direttiva 95/46/CE, non occorre che l'interessato presti nuovamente il suo consenso, se questo è stato espresso secondo modalità conformi alle condizioni del presente regolamento, affinché il titolare del trattamento possa proseguire il trattamento in questione dopo la data di applicazione del presente regolamento. [...]». Quest'ultimo considerando relativamente al consenso sancisce che esso una volta espresso in maniera conforme, rimane nel tempo per consentire al titolare del trattamento di proseguire il trattamento dei dati.

⁴⁷ I quali chiariscono le modalità di acquisizione del consenso, delle qualità che questo consenso deve avere affinché il trattamento dei dati sia lecito.

⁴⁸ Denominato: "Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione". Il quale stabilisce: «1. Qualora si applichi l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Ove il minore abbia un'età inferiore ai 16 anni, tale trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. Gli Stati membri possono stabilire per legge un'età inferiore a tali fini purché non inferiore ai 13 anni. 2. Il titolare del trattamento si adopera in ogni modo ragionevole per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili. 3. Il paragrafo 1 non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore».

⁴⁹ Sul punto tornerò infra

Secondo autorevole dottrina l'operatività di tale disposizione è fortemente limitata⁵⁰ sotto vari punti di vista⁵¹. Al fine di avere un quadro normativo europeo completo, occorre sottolineare la delicatezza della questione del consenso prestato dal minore rifacendoci a quanto dichiarato nel Considerando n.38 del GDPR⁵².

Sebbene la protezione specifica del minore in *internet* venga spesso richiamata nella normativa sovranazionale, come nel Considerando 38, il legislatore europeo ha ritenuto corretto stabilire che il consenso al trattamento dei dati rilasciato dal minore sedicenne sia giuridicamente identico a quello prestato da un maggiorenne.

Inoltre, sorgono perplessità in merito al fatto che il Regolamento abbia rimesso agli Stati membri la decisione della soglia di età necessaria per esprimere il c.d. "consenso digitale"⁵³, ovvero, di stabilire la soglia di età a partire dalla quale il minore diviene autonomo nel prestare il consenso al trattamento dei propri dati necessari a poter usufruire dei servizi della società dell'informazione⁵⁴. Questa scelta del legislatore europeo rende *de facto* la normativa differente in ogni stato

⁵⁰ Sul punto si veda quanto scritto da autorevole dottrina: «[...] applicandosi soltanto ai trattamenti: a) di dati comuni, non quindi sensibili, giudiziari o genetici; b) basati sul consenso, ossia per i quali l'interessato debba manifestare il proprio assenso. Di conseguenza, se il trattamento risulta fondato su un altro presupposto, la norma non si applica; c) correlati all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione» di M.NEGRI, *Il consenso digitale del minore. La disciplina del GDPR e le scelte del legislatore italiano*, in *Cyberlaws*, 20 maggio 2019. Link: <https://www.cyberlaws.it/2019/consenso-digitale-minore/>. Ma si veda anche: G.FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli Editore, 2017, p. 167

⁵¹ Non si deve dimenticare come l'offerta del servizio *online* debba essere realizzata esclusivamente nei confronti di minori. Infatti, se un prestatore di tali servizi specifica di erogare il servizio esclusivamente a maggiorenni, tale servizio non è considerato offerto a un minore e quindi l'articolo 8 non troverebbe applicazione.

⁵² "I minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali. Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di *marketing* o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore. Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore."

⁵³ E.MAESTRI, *La tutela dei minori nell'età del consenso digitale. Un approccio gius-cibernetico*, AIAF, 2019; I.A.CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, Familia, 2018, F.1, pp.3-23

⁵⁴ Si ricorda che per "servizi della società dell'informazione" si deve intendere quanto sancito dall'art.1 par.1 della Direttiva 1535 del 2015 (cui rinvia l'art.4 par.25 del Regolamento): «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

dell'Unione e di conseguenza non assicura un'omogeneità ed un'armonia legislativa nel trattamento dei dati dei minori che invece sarebbe necessaria anche al fine di esperire rimedi e tutele del minore stesso⁵⁵.

L'Italia, come è noto, ha deciso di conservare una propria normativa in materia di riservatezza dei dati, integrativa del regolamento europeo (decreto legislativo n.101 del 2018). Tale decreto nel modificare l'art. 2-quinquies del Codice della privacy⁵⁶ ha fissato la soglia d'età a 14 anni⁵⁷, abbassando quindi quella suggerita dall'art.8 par.1 del GDPR⁵⁸. Ne deriva, come appare evidente, un'incongruenza tra l'età minima poter scaricare l'*app* e la possibilità di utilizzarla. Infatti, un minore con un'età inferiore ai 14 anni ha bisogno del consenso degli esercenti responsabilità genitoriale per scaricare un'*App* ma non per iscriversi ad un *social network*⁵⁹. Allo stesso modo, un minore con un'età pari a 14 anni che può, quindi, scaricare liberamente un'*App* senza il consenso dei genitori potrebbe trovarsi nella condizione di non poter usare tale *App*, prevedendo essa un'età minima di 16 anni⁶⁰ per l'iscrizione. Se poi consideriamo che nei casi citati entrambe le *App* sono molto popolari ed appartengono alla stessa compagnia questo rappresenta ancor di più un punto su cui riflettere.

Allo stesso modo il Codice della Privacy impone altresì che il titolare del trattamento rediga il proprio documento di acquisizione del consenso con "linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore" (Art.2 quinquies c.2) al fine di ottenere

⁵⁵ La soglia d'età per il valido consenso del minore mutando da paese a paese all'interno dell'Unione europea creerebbe problemi anche di trattamento dei dati della stessa *App* ove il minore viaggiando nell'area Schengen scaricasse sul proprio dispositivo un'*app* locale o visitasse un sito internet prestando il consenso al trattamento dei suoi dati. Si veda anche sul punto autorevole dottrina: G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR e Normativa Privacy*, Commentario, Ipsoa, 2018. In Europa, infatti, vige l'attuale situazione: Croazia, Germania, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Romania, Slovacchia, Ungheria hanno lasciato la soglia a 16 anni. Grecia, Repubblica Ceca, Slovenia, Francia l'hanno abbassata a 15 anni. Austria, Bulgaria, Cipro, Lituania ed Italia hanno fissato tale soglia a 14 anni. Belgio, Regno Unito, Spagna, Svezia, Inghilterra, Danimarca, Estonia, Latvia, Lettonia, Finlandia, Polonia, Portogallo a 13 anni. Si veda la ricostruzione operata da B. SAETTA, *Minori e protezione dati personali*, Settembre 2018 consultabile al link: <https://protezionedatipersonali.it/minori-e-protezione-dati-personali>.

⁵⁶ D.lgs. 196/2003, art.2 quinquies denominato: "Consenso del minore in relazione ai servizi della società dell'informazione".

⁵⁷ Vedi il comma 1. Questa decisione che può sembrarci quantomeno discutibile è stata dettata anche dal fatto che come previsto dall'art. 7, co. 2, legge n. 184 del 1983 in tema di adozione: il minore di 14 anni esprime un valido consenso all'adozione. Di medesimo avviso il parere del 22 maggio 2018 del Garante Privacy: "incoerente ammettere il quattordicenne a prestare il proprio consenso per essere adottato, ma non per iscriversi a un *social network*".

⁵⁸ 16 anni.

⁵⁹ Ad esempio: Facebook ha come soglia minima d'età per l'iscrizione 13 anni.

⁶⁰ WhatsApp ha come soglia minima 16 anni.

dallo stesso un consenso "significativo" in merito al trattamento dei suoi dati. Il Legislatore nazionale ha previsto un obbligo di condotta in capo al soggetto che tratta i dati del minore.

In accordo con tale previsione l'art. 166 del Codice Privacy prevede che la violazione dell'articolo 2-quinquies comporti l'applicazione di una sanzione amministrativa molto severa⁶¹.

Tuttavia, la norma lascia ampi margini di interpretazione e di conseguenza un'ampissima autonomia alle imprese *high-tech* nel definire in concreto gli standard della *policy* necessari per l'acquisizione di un consenso "significativo" del minore di anni 14. Sembra, quindi, estremamente difficile configurarne con certezza la violazione.

Se, quindi, è evidente che un'*App* per essere scaricata su un dispositivo debba richiedere preventivamente un valido consenso, è altrettanto evidente come una volta scaricata al primo accesso per funzionare venga richiesta spesso una registrazione nella quale è necessario accettare in toto la *policy* che autoregola l'uso dell'*App* pena la non possibilità di utilizzo. Questo ultimo passaggio rende *de facto* il creatore dell'*App* l'unico soggetto che può disciplinare ed eventualmente sanzionare il comportamento dell'utente durante l'utilizzo dell'*App* senza doversi giustificare né motivando eventuali sanzioni. Aziende private che sono tenute autonomamente a fare un *check and balance* dei diritti costituzionali degli utenti senza che lo Stato possa fare nulla⁶².

⁶¹ Sanzione che: "può giungere fino a 10 milioni di Euro o, per le imprese, fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo, nei casi più gravi"

⁶² Per comprendere la gravità della situazione, a parere di chi scrive è come se noi affidassimo un minore ad un istituto straniero il cui scopo non è la cura e la crescita del ragazzo come una persona con diritti e doveri ma come il consumatore ideale. Senza considerare che secondo autorevole dottrina - vedi C. BISTOLFI, *L'età del "consenso digitale" e il delicato rapporto tra minori e sicurezza online*, in www.ictsecuritymagazine.com, 8 novembre 2017 - "negli Stati Uniti il *Children's Online Privacy Protection Act* fissa l'età del consenso digitale a 13 anni. A questo punto, i service provider con sede negli USA - la maggioranza - potrebbero escludere la fetta di utenti europei di età compresa tra i 13 e i 15 anni, per evitare di dover sviluppare sistemi di verifica del consenso genitoriale, o, peggio, potrebbero interrompere la fruizione del servizio nei Paesi non allineati alla soglia dei 13 anni, con evidente pregiudizio alla libertà di informazione e di accesso alla rete").

Concorde L. BOLOGNINI e C. BISTOLFI in *L'età del consenso digitale - Privacy e minori on line, riflessioni sugli impatti dell'art. 8 del Regolamento 2016/679 (UE)*, 7 marzo 2017, p. 11. e ripreso in *Il consenso digitale del minore. La disciplina del GDPR e le scelte del legislatore italiano*, Cyberlaws, Maggio 2019, di M.NEGRI: "semplici attività come mandare *e-mail*, caricare contenuti sulle piattaforme di *sharing*, condurre ricerche o acquistare prodotti *online* potrebbero essere compromesse, creando un *digital divide* che penalizzerebbe i ragazzi europei sprovvisti di una legge nazionale che fissi a 13 anni l'età del consenso digitale rispetto ai coetanei americani"

A conferma delle perplessità appena rilevate, nel 2016 la Commissione europea ha pubblicato un importante Rapporto mirante ad approfondire il comportamento dei minori *online*⁶³ relativamente alle pratiche di regolamentazione vigenti nel panorama europeo, nel quale è stato evidenziato che nella maggior parte degli Stati membri lo schema prevalente è quello della autoregolamentazione, mentre la co-regolamentazione è prevista solo in pochissimi paesi.

Inoltre, dall'analisi effettuata dalla Commissione è emerso che la *self-regulation*⁶⁴ «non dà sufficienti garanzie di protezione dei minori, in quanto, alla luce delle evidenze empiriche raccolte, non permette al bambino/adolescente una facile identificazione dei contenuti commerciali e dell'intento persuasivo dei relativi messaggi»⁶⁵.

Nello studio sono stati indicati due possibili cambiamenti utili a poter introdurre miglioramenti nella tutela della privacy dei minori.

In primo luogo, il ricorso a schemi di co-regolamentazione, in secondo luogo, ed in subordine, prevedere un maggiore empowerment dei minori⁶⁶. A valle di quanto analizzato nel rapporto tra minori ed *app* in merito al consenso una soluzione prospettata da alcuni⁶⁷ potrebbe essere la c.d. *enforced self-*

⁶³ Nello specifico, tra i 6 e i 12 anni, dal titolo: *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behaviour*.

⁶⁴ Prevista all'art.40 lett.g del GDPR e confermata nel Considerando n.77 come *best practice*.

⁶⁵ A conferma di tale affermazione si veda ad ultimo esempio il giudizio del Garante privacy in merito al caso TikTok disponibile ai link: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524224>; <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9533424>

⁶⁶ Si noti qui il fatto che il rafforzamento delle capacità di comprensione dei codici di condotta è legato ai direttamente minori non ai loro genitori. Per ciò che concerne le misure di *empowerment*, le prescrizioni di cui all'art. 2-quinquies, comma 2 del Codice Privacy introducono una serie di obblighi molto significativi in capo al titolare del trattamento dei dati del minore, tesi a "rendere significativo il consenso". Come, ad esempio, stabilire un obbligo di *information disclosure*, ossia un obbligo informativo a carico del titolare del trattamento, al quale è obbligato a: «redigere le informazioni e comunicazioni relative al trattamento» che riguardano il minore. La ratio della norma si riferisce ad una semplificazione del linguaggio per il minore obbligando quindi il titolare ad adottare: a. un tipo di linguaggio chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, e b. alla modalità di espressione dell'informazione, facilmente accessibile e comprensibile».

⁶⁷ Si ritiene necessario citare tra i molti e senza pretesa di completezza: T.MILOSEVIC, B.O'NEILL, E.STAKSRUD, *Narratives of Industry Responses to Cyberbullying: Perspectives on Self-regulation from and About the Industry*. in: H.VANDEBOSCH e L.GREEN, *Narratives in Research and Interventions on Cyberbullying among Young People*. Springer, Cham, 2019. W. JACQUI, *Social media: end self-regulation, say MPs in report on children's health*, BMJ, 2019; pp.364 : 1486. K.A. ERDMANN e S. HERTEL, *Self-regulation and co-regulation in early childhood development, assessment and supporting factors*. Metacognition Learning 14, pp.229–238 (2019), <https://doi.org/10.1007/s11409-019-09211-w>.

*regulation*⁶⁸. In base ad essa, i codici di condotta dovrebbero essere elaborati mediante negoziazioni con i soggetti interessati⁶⁹ in un approccio *bottom-up*. Gli impegni assunti a tutela dei minori da parte dei titolari e responsabili del trattamento in esito a tale procedimento potrebbero essere resi vincolanti con poteri sanzionatori attribuiti all'autorità di controllo⁷⁰. Tutto ciò al fine di assicurare ai minori una tutela ad oggi rimessa completamente alla valutazione delle compagnie private⁷¹.

5. Normativa, dottrina e del comportamento dei minori sui social.

Autorevole dottrina⁷² ha evidenziato i rischi di una società sempre connessa per l'individuo. Ovviamente, per i minori questi rischi aumentano ed è proprio per questo motivo che la nostra Costituzione all'art.31 c.2 prevede che lo Stato: "protegge l'infanzia e la gioventù favorendo gli istituti necessari a tale scopo"⁷³. Articolo questo che va letto unitamente al principio di inviolabilità dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. ed al principio di uguaglianza sostanziale art.

⁶⁸ Una forma di *co-regulation*. Per approfondimento sull'*enforced self-regulation* si rimanda a: J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*. Michigan Law Review, vol. 80, no. 7, 1982, pp. 1466–1507.; D.A. HYTHA, J.D. ARONSON e A.ENG, *Technology Innovation and the Rebirth of Self-Regulation: How The Internet of Things, Cloud Computing, Blockchain, and Artificial Intelligence Solve Big Problems Managing Environmental Regulation and Resources*. *International Journal of Communication*, [S.l.], v. 13, p. 5, oct. 2019. N.D. WOODS, *The Limitations of Meta-regulation*, *Journal of Public Administration Research and Theory*, Vol. 29, 1, January 2019, pp. 152–155.

⁶⁹ L'industria *high tech*, le piattaforme digitali, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, le persone di minore età stesse, il Garante per la protezione dei dati personali e l'Agcom

⁷⁰ Concorde a questa ipotesi si pone in modo molto deciso il Consiglio d'Europa nella Raccomandazione sopra menzionata. nei punti 67 e 68, 77 e 100.

⁷¹ Se ciò è vero in generale alcuni dubbi si acuiscono se queste *App* hanno lo scopo di raccogliere e gestire dati medici di minori. Vedi ad esempio il dibattito suscitato dall'*App* Immuni al tempo del Covid-19 e le perplessità espresse dal il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir) il 14 maggio 2020 ed il parere espresso il 29 Aprile 2020 dal Garante Privacy nel Parere sulla proposta normativa per la previsione di una applicazione volta al tracciamento dei contagi da Covid-19, registro dei provvedimenti n. 79.

⁷² S. RODOTÀ, *Tecnopolitica, la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, 1997, p. 151: "Siamo passati a un mondo di informazioni condivise con una pluralità di soggetti, dove il riferimento al valore in sé della persona e alla sua dignità diviene secondario rispetto alla trasformazione dell'informazione in merce".

⁷³ Il secondo comma dell'art. 31 Cost. recita che la Repubblica «protegge [...] la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo». Per autorevole dottrina a sostegno della connessione fra art.31 e comunicazione si veda L. CASSETTI, Art. 31, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

3, c. 2 Cost. al fine di spingere il legislatore ad adottare una disciplina volta a garantire gli interessi dei minori anche nel settore dei *media*⁷⁴.

Il periodo dell'adolescenza è sicuramente un periodo delicato in cui l'individuo va a formare la sua identità e la sua personalità che poi sarà alla base della sua evoluzione futura tramite l'espressività e la socializzazione⁷⁵. È pacifico affermare per tale motivo che i giovani, in questa fascia d'età, debbano essere particolarmente tutelati dal momento che, come già sottolineato, i *social* presentano la possibilità di una loro libera e volontaria iscrizione; spesso, senza che essi si rendano conto di entrare in una "piazza" virtuale⁷⁶. Piazza che per

⁷⁴ Per un approfondimento sul tema si lascia ad autorevole dottrina il compito di meglio far comprendere i concetti appena espressi. In particolare ci si riferisce a: F.DONATI, *La tutela dei minori nella direttiva 2018/1808*, Medialaws; l. 176/1991 ha ratificato la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 il cui art. 3 sancisce che "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse del fanciullo deve essere una considerazione preminente". Dall'art. 16 della medesima Convenzione in cui viene stabilito che "nessun fanciullo sarà oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione. Il fanciullo ha diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti". M.C. MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI, *La tutela internazionale dei diritti umani, Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, 232 ss.

⁷⁵ A tal riguardo vedi le teorie di psicologia dello sviluppo elaborate da Meltzer ed Erikson. Quest'ultimo in particolare sviluppa una teoria della personalità che integra in una prospettiva globale e unitaria le tappe dello sviluppo psicosessuale con i momenti pregnanti, nella storia dell'individuo, del processo di socializzazione. Erikson non pone l'accento sull'ES e sulla corrispondenza tra stati evolutivi e zone erogene, come nella concezione freudiana, ma sulle funzioni dell'Io-linguaggio, pensiero, azione, gioco e sulle tappe del processo di socializzazione. Questa prospettiva considera la persona non solo inserita nel nucleo familiare, ma anche nel contesto sociale e induce a considerare l'influenza che la situazione storico- culturale propria di una società esercita sull'individuo. Vedi link: <https://elementidipsicologia.wordpress.com/2013/12/18/lo-sviluppo-dellidentita-personale-erikson/> e R.GILLIBRAND, V.LAM, V.L.O'DONNELL et al., *Psicologia dello Sviluppo*, Pearson, 2019.

⁷⁶ C'è anche chi considera Facebook un possibile attore del servizio pubblico d'istruzione C. Giannikas, *Facebook in tertiary education: The impact of social media in e-Learning*, Journal of University Teaching & Learning Practice, 2020. L'A. nel suo elaborato dimostra che: "The majority of the responses indicated that Facebook was more accessible and user-friendly for discussions and knowledge-sharing in an e-learning context. Students' familiarity with Facebook and its user-friendly interactive features made discussion activities more effective." In merito all'accesso a Facebook come diritto costituzionale si veda la decisione della Suprema corte USA nel caso *Packingham v. North Carolina*.

sua natura intrinseca è accessibile e può essere utilizzata da chiunque⁷⁷, rientrando a pieno titolo nei mezzi di diffusione del pensiero⁷⁸.

Tutto ciò premesso, in dottrina alcuni⁷⁹ sostengono che «il periodo dell'adolescenza enfatizzi il ruolo delle tecnologie rispetto al processo di autodeterminazione», altri⁸⁰ che «in questa fase della crescita e dello sviluppo la tecnologia consente di attivare nuovi percorsi di ricerca e di esplorazione identitaria»⁸¹.

Si sta quindi assistendo allo sviluppo di una generazione in cui la doppia identità (virtuale e reale) si sta lentamente trasformando in un'unica identità virtuale. In

⁷⁷ Ad esempio: in questo, Facebook, come ogni altro *social*, si presenta come una grande piazza e luogo di socializzazione, tant'è che, come da sentenza della Cassazione Penale Sez. I del 12 settembre 2014 n. 37596, Facebook può essere considerato come un "luogo aperto al pubblico". nel quale si applicano regole contenute nelle *policies* delle piattaforme private che disciplinano dando un proprio contenuto, principi costituzionali quali libertà di manifestazione del pensiero, della segretezza della corrispondenza e di autodeterminazione sanciti rispettivamente dagli articoli 21, 15 e 2 della Costituzione. Si noti che per luogo aperto al pubblico si deve intendere: "qualsiasi luogo fisicamente separato dall'esterno, l'accesso al quale è regolato dalla parte di coloro che ne abbiano la disponibilità, che possono consentire l'accesso stesso in via del tutto libera ovvero a determinate condizioni" F. GAMBINI, Art. 17, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di in S. BARTOLI e R. BIN, Padova, 2008, p.140. Sul punto anche altra autorevole dottrina: A.PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, 2009.

⁷⁸ A livello sovranazionale è importante ricordare come il diritto all'informazione e alla comunicazione sia riconducibile alla libertà di espressione ai sensi del primo comma dell'art. 10 della Convenzione di Roma del 1950 e che esso costituisce "un interesse fondamentale della persona umana". Allo stesso modo la libertà di espressione, sempre al livello sovranazionale, è altresì tutelata dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre del 2000. Tale diritto trova un limite invalicabile nella tutela della dignità della persona specie se minore di età. La Suprema Corte con sentenza 5 sett. 2006/19069 ha infatti affermato la necessità di tutela del minore nell'ambito del mondo della comunicazione: "i minori essendo soggetti deboli necessitano di apposita tutela, non avendo ancora raggiunto un'adeguata maturità ed essendo ancora in corso il processo relativo alla loro formazione".

⁷⁹ M.MARTONI, *Datificazione dei nativi digitali. Una prima ricognizione e alcune brevi note sull'educazione alla cittadinanza digitale*, federalismi.it, 08/01/2020.

⁸⁰ A. GUARINI, S. M. E. NICOLETTI, F. ROGA et al., *Internet e social: i ragazzi raccontano le possibilità e i rischi della rete*.

⁸¹ Queste affermazioni sono suffragate da studi scientifici che dimostrano lo stretto legame tra social e sviluppo della personalità dell'adolescente. Secondo lo studio di Schimt et al. Condotta nel 2008 "li aiutano a far capire chi sono" (richiamato in A. GUARINI, S. M. E. NICOLETTI, F. ROGA et al., *Internet e social: i ragazzi raccontano le possibilità e i rischi della rete*, cit., p. 61). Da queste teorie dottrinali e filosofiche è nata la nozione di *networked self*, cioè la proiezione virtuale della propria identità o di una molteplicità delle stesse. Essa, nel caso del minore, è generata in parte da quanto immesso direttamente dal singolo, in parte da quanto inserito da soggetti diversi ma collegati a quest'ultimo. K.C. MONTGOMERY, *Youth and Surveillance in the Facebook Era: Policy Interventions and Social Implications*, in *Telecommunications Policy*, vol. 39, 2015, n. 9, pp. 771-786.

una società dell'apparenza spesso la personalità dominante non sarà quella reale ma quella virtuale.

Questo fenomeno, che viene messo in luce ancora di più grazie alla *datafication*⁸², rappresenta uno dei rischi maggiori per i minori in quanto soggetti spesso inconsapevoli dei propri diritti e doveri⁸³.

Un altro rischio che corrono i nativi digitali è legato ad un fenomeno tristemente in ascesa, il cyber-bullismo⁸⁴. Il problema maggiore è che dal punto di vista

⁸² La *datafication*, o datificazione, si definisce come: il processo che permette la trasformazione delle attività umane in dati digitali rappresentati da sequenze di numeri. La datificazione ha avuto origine con la nascita dei primi *social network* e si sta rafforzando nei giorni nostri. Essa rappresenta qualcosa che non ha precedenti, la mole di dati, Anche detti *Big Data*, raccolti da utenti più o meno consapevoli ha di per sé un valore economico maggiore di ogni altro bene conosciuto. Si veda fra i molti: A. VAN 'T SPIJKER, *The New Oil: Using Innovative Business Models to turn Data Into Profit*; D. BUCKINGHAM, *Data is the new oil*; e CLIVE HUMBY, il quale ha affermato: "Data is the New Oil", February 9th 2019: «Data is the new oil. It's valuable, but if unrefined it cannot really be used. It has to be changed into gas, plastic, chemicals, etc to create a valuable entity that drives profitable activity; so must data be broken down, analyzed for it to have value». Per un approfondimento sulla nozione di datificazione si vedano fra i molti: V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridicizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2017, pp. 641 ss.; J. E. MAI, *Big Data Privacy: The Datafication of Personal Information*, in *The Information Society*, 32, 3, 2016, pp. 192-199; J. VAN DIJCK, *Datafication, Dataism and Dataveillance: Big Data between Scientific Paradigm and Ideology*, in *Surveillance and Society*, 12, 2, 2014, pp. 197-208. Il governo britannico è stato il primo a suddividere le fonti dalle quali vengono attinti questi dati. Nel report: *Who knows what about me?* vengono distinti: i dati concessi direttamente c.d. *given directly* (necessari per l'iscrizione), i dati c.d. *given off* che sono tutti quei dati acquisiti dal *social* tramite *cookies* e attività online e questi includono anche i *metadata*, ad ultimo gli *inferred data*. Le aziende dell'*high-tech* e proprietarie dei *social* ricavano dai dati *given off* e dai *meta-data*, gli *inferred data*. Infatti, i *metadata* provengono dall'utilizzo in senso stretto dell'*app* o del *social* quindi il postare una foto geolocalizzandola, oppure il tempo passato *online* sul *social* ecc. mentre gli *inferred data* provengono da un'analisi dei *given off* e dei *given directly*. L'analisi viene fatta generalmente tramite *machine learning* e grazie ad Intelligenze Artificiali sempre più in grado di profilare l'utente automaticamente. Si Veda: *Children Commissioner's Office, Who knows what about me?*, 2018, p. 6 nota 9 e si veda: il report dell'Information Commissioner's Office (UK), *Big data, Artificial Intelligence, Machine Learning and Data Protection*, pubblicato il 4 settembre 2017.

⁸³ Si veda sul punto lo studio fatto dall'autorità inglese sul rischio nel lungo termine della *datafication* di un minore: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/>.

La datificazione che sta avvenendo potrebbe anche pregiudicare l'entrata nel mondo del lavoro degli attuali adolescenti in quanto la richiesta di accesso al proprio profilo *social* per valutare l'idoneità del candidato al posto offerto. Quest'ipotesi che può sembrare inverosimile è già una realtà negli USA; dove al fine di richiedere visti temporanei viene richiesto dal *Department of Homeland Security* (DHS). Il DHS chiede: sulla propria piattaforma di dare il consenso per l'accesso da parte dell'Autorità al proprio profilo *social* giustificando questa richiesta con lo scopo di valutare al meglio l'idoneità dell'individuo ad entrare nel paese.

⁸⁴ Per la definizione offerta dal legislatore nazionale vedi: L. n. 71 del 2017 definisce cyber-bullismo: "qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione,

penale il cyberbullo infra-quattordicenne è sempre non imputabile e per le condotte perpetrate da un minore tra i 14 ed i 18 anni va dimostrata la sua piena capacità. In ogni caso le pene previste sono inadeguate così come i rimedi possibili previsti dalla legge⁸⁵.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la velocità di diffusione sui *social* è altissima ed una volta che un contenuto è in rete può essere bloccato solo dopo ore e a volte solo tramite provvedimento giudiziario, che però elimina o meglio oscura il contenuto solo sul nostro territorio nazionale⁸⁶. Il diritto all'oblio che può sicuramente essere esercitato al momento presenta ancora molte lacune tecniche. Per ciò che concerne la responsabilità civile delle azioni del cyber-bullo minore i genitori o tutori avendo la responsabilità genitoriale art.2048 codice civile sono gli unici responsabili⁸⁷.

diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo". Per un approfondimento sul tema si rinvia a P.ARGANELLI, *Il Cyber-bullismo: un nuovo fenomeno in ascesa*, Rivista online Diritto Mercato e Tecnologia, www.dimt.it, 2017.

⁸⁵ L'unica eccezione a quanto appena affermato è rappresentata dai casi in cui il cyberbullismo è legato a reato più grave. La Cassazione penale sez. V, 27/04/2017, n.28623, stabilì che: "È configurabile il reato di stalking in caso di bullismo".

⁸⁶ Volendo fare un esempio se venisse pubblicato un video su un *social* ritraente la vittima del cyber-bullo occorrerebbero ore prima che il post possa essere rimosso, in queste ore il video potrebbe diventare virale e sconfinare il territorio rimanendo *de facto* in rete per sempre. Si veda tra le altre la sentenza: "Google-Vivi down" Cass. pen. sent. n. 5107/13.

⁸⁷ La giurisprudenza sul punto è numerosa, qui l'autore ritiene opportuno citare quanto sancito dalla Cassazione civile sez. III, 10/09/2019, n.22541: «l'età ed il contesto in cui si è verificato il fatto illecito del minore non escludono né attenuano la responsabilità che l'art. 2048 c.c. pone a carico dei genitori, i quali, proprio in ragione di tali fattori, hanno l'onere di impartire ai figli l'educazione necessaria per non recare danni a terzi nella loro vita di relazione, nonché di vigilare sul fatto che l'educazione impartita sia adeguata al carattere e alle attitudini del minore, dovendo rispondere delle carenze educative cui l'illecito commesso dal figlio sia riconducibile». Si veda anche quanto sancito dal Tribunale minorenni di Caltanissetta, 10/07/2018 la quale ha affermato che i genitori sono responsabili civilmente anche in caso di divulgazione di foto intime da parte del minore e procedimento ex art. 333 c.c. avverso i genitori. Consultabile in *Diritto di Famiglia e delle Persone (Il)* 2019, 2, I, 668. La sentenza può leggersi anche in ilfamiliarista.it, con nota di C. RAVERA, *Minori e internet: quando i genitori devono vigilare*. Per un approfondimento in tema di divulgazione di foto personali intime da parte di minori, si veda M. BIANCA, A. GAMBINO, R. MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi sui social networks*, Milano, 2016; M. MONTANARI, *La responsabilità delle piattaforme online (Il caso Rosanna Cantone)*, in *Dir. inf.*, 2017, 254 ss.; V. VENTURA, *Non può dirsi "utilizzato" il minore che diffonda il proprio autoscatto a carattere pornografico*, in *Ilpenalista.it*, 2016; M. ALOVISIO, *Il selfie: la cessione online di materiale pedopornografico prodotto dal minore stesso*, in *Dir. giust.*, 2016, 42 ss. In senso conforme alla massima, in giurisprudenza, Cass. 5 settembre 2006 n. 19069, in *Dir. giust.*, 2006, 36, con nota di San Giorgio; Trib. Teramo 16 gennaio 2012 n. 18, in *Dejure.it*.

6. Il complesso bilanciamento tra policies private e diritti fondamentali.

Le scelte operate dai vari *social media* riguardo alle *policies* si scontrano spesso con i diritti e le tutele costituzionali dei cittadini del paese in cui il *social network* opera. Ogni paese europeo, infatti, come visto in precedenza, stabilisce un'età valida per prestare il consenso per scaricare le *App* e per utilizzarle e prevede tutele giuridiche diverse. Questo crea lacune nella tutela dei diritti degli individui che la giurisprudenza talvolta cerca di colmare.

Si pensi, ad esempio, come già accennato in precedenza alla *datification* rispetto al diritto alla tutela dell'identità personale e al diritto all'oblio⁸⁸.

The *right to be forgotten* sancito anche nel recente GDPR e relativa legge di recepimento del maggio 2018 è fondamentale per assicurare ai cittadini il rispetto dei diritti inviolabili previsti dall'art.2 della Costituzione; in quanto, come attentamente sostenuto:

Sulle responsabilità penali della divulgazione di fotografie intime, v. Cass. pen. 26 settembre 2018 n. 1923, in Dir. giust., 17 gennaio 2019; GIP La Spezia 30 giugno 2016 n. 971, in Dejure.it; Cass. pen. 26 marzo 2013 n. 19033, in CED Cass. pen., 2013; Cass. pen. 5 febbraio 2009 n. 10085 in Dejure.it; Cass. pen. 15 febbraio 2008 n. 14230 in Dejure.it. Con riguardo alla necessità di "educazione ai *social media*", si veda il recente contributo di V. GHENO e B. MASTROIANNI, *Tienilo acceso*, Milano, 2018. Ad ultimo si ritiene importante citare il Tribunale Sulmona, 09/04/2018, secondo cui devono ritenersi civilmente responsabili, ex art. 2048, comma 1, c.c., i genitori di soggetti minorenni che diffondano, utilizzando mezzi telematici (WhatsApp, Facebook, etc.), fotografie contenenti l'immagine nuda di una coetanea e siffatta diffusione avvenga senza il consenso dell'interessata, in quanto è ad essi ascrivibile la colpa in vigilando ed in educando. In quest'ultimo caso secondo il Tribunale di Sulmona afferma che: «la responsabilità parentale può essere esclusa, ai sensi del comma 3 dell'art. 2048 c.c., soltanto qualora i genitori dimostrino di non aver potuto impedire il fatto, dovendosi con ciò intendere che gli stessi abbiano integralmente adempiuto al dovere di educare la prole attraverso lo sviluppo nella stessa di una adeguata capacità critica e di discernimento. La circostanza che al momento della commissione dell'illecito la fotografia in oggetto fosse già diffusa all'interno della comunità di appartenenza del soggetto fotografato e che ciò fosse dovuto, tra l'altro, alla condotta disinibita tenuta dal soggetto stesso, attenua la responsabilità civile, ma non la esclude, configurandosi in capo alla persona ritratta, ed ai genitori della stessa, un danno non patrimoniale consistente nella lesione di una pluralità di interessi costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla riservatezza, alla reputazione, all'onore, all'immagine, all'invulnerabilità della corrispondenza». Ad ultimo è necessario citare per completezza le sentenze pronunciate dalla Cassazione civile sez. VI, 04/10/2019, n.24907 e Cassazione civile sez. III, 19/02/2014, n.3964 le quali, allargando ulteriormente il campo della responsabilità civile dei genitori verso la condotta dei figli, affermano che la responsabilità dei genitori è da attribuirsi anche per quei fatti legati alla condotta del minore avente una maturità che ne permetterebbe l'accertamento della piena capacità di intendere e di volere. Il tipo di esperienza che l'adolescente può fare in un *social* è quindi molteplice.

⁸⁸ Per approfondire il tema del diritto all'oblio si suggerisce: D. MESSINA, *Il diritto all'oblio tra vecchie e nuove forme di comunicazione e di espressione*, in Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia, Anno VI, n. 3, 2016.

«il carattere tendenzialmente imperituro dei dati immessi in rete e la crescente compenetrazione tra dimensione virtuale e vita reale ha, infatti, irrimediabilmente modificato il percorso evolutivo della personalità dei consociati, rendendo necessaria l'individuazione di nuove forme di tutela dell'identità della persona»⁸⁹.

Certamente questi dati presenti nei *social* rimangono finché il proprietario stesso non decida di cancellarli. Fino all'emanazione della sentenza *Google-Spain*⁹⁰ e successivamente con l'entrata in vigore del GDPR questo risultava altamente complesso se non impossibile⁹¹. Il nuovo GDPR grazie all'introduzione del diritto all'oblio permette di chiudere l'*account*, cancellare tutti i propri dati e salvarli offline sul proprio dispositivo. Sfortunatamente anche questo istituto così prezioso per difendere i propri diritti incontra una serie di limiti⁹² territoriali e temporali.

È opportuno sottolineare come ad oggi le *policies* applicando algoritmi più o meno complessi influenzino durante l'utilizzo dell'App i diritti fondamentali dei minori, i quali non possono far altro se non rinunciarvi in tutto o in parte per utilizzare tale App.

7. Il ruolo dello Stato italiano e dell'Europa nella protezione dei dati dei minori.

Nel panorama normativo appena descritto, se è vero che il nuovo Regolamento Europeo 679/2016, gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E e

⁸⁹ D.MESSINA, *Diritto all'oblio e limite territoriale europeo: la sentenza della Corte di Giustizia UE C-507/17 del 24 settembre 2019*, De Iustitia, 2019. La *datification* è un fenomeno che colpirà maggiormente i nativi digitali ma è evidente come anche adesso riguardi un gran numero di utenti. Facebook, ad esempio, ripropone nel tempo "i ricordi degli utenti" a distanza di anni, utenti che un po' per mancanza di voglia, un po' per incapacità tecnica non sono in grado di gestire i dati pubblicati negli anni ed archiviati prontamente a fini commerciali.

⁹⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea (CGCE), Causa C-131/12: GOOGLE SPAIN SL e GOOGLE INC. contro L'AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS E MARIO COSTEJA GONZÁLEZ.

⁹¹ Pensiamo ad una coppia che stando insieme per anni pubblica centinaia di foto, ad un certo punto si lasciano, i profili di entrambi dovrebbero essere ripuliti da ognuno per anni ed anni indietro nel tempo. Foto per foto, video per video, post per post. Una mole di lavoro notevole con la spada di Damocle che in caso si dimentichi uno dei post si possa incorrere in un'azione da parte dell'ex partner. Infatti, se alcuni ricordi possono essere piacevoli altri possono non esserlo ed anzi ledere l'immagine o la reputazione del soggetto stesso o di altri a lui associati all'epoca.

⁹² Per approfondire i limiti del diritto all'oblio si rimanda ad autorevole dottrina: D. MESSINA, *Il diritto all'oblio tra vecchie e nuove forme di comunicazione e di espressione*, in Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia, Anno VI, n. 3, 2016. D.MESSINA, *Diritto all'oblio e limite territoriale europeo: la sentenza della Corte di Giustizia UE C-507/17 del 24 settembre 2019*, De Iustitia, 2019, ISSN 24215414.

le recenti decisioni della Corte di Giustizia⁹³ hanno "blindato" il diritto di ogni individuo a far rispettare la propria *privacy*, e a poter gestire i propri dati archiviati sui social media in senso teorico, è pur vero che da un punto di vista programmatico, viste le policies dei vari *social* è complesso far rispettare i propri diritti e molto spesso si può raggiungere l'obiettivo solo con delle azioni legali che se per le *high-tech companies* non sono particolarmente dispendiose mentre lo possono diventare per un singolo cittadino.

Tuttavia, sembra essersi rafforzato recentemente il ruolo dei tribunali nello spazio europeo nella tutela dei diritti dei cittadini. Si veda a tal proposito la recente sentenza della Corte di Giustizia Europea sez. III, 03/10/2019, n.18, la quale stabilisce che il *provider*, al fine di tutelare i diritti della vittima sanciti dall'art.18 della Direttiva del 08/06/2000 N. 31, è obbligato ad operare un filtraggio globale e specifico di contenuti equivalenti⁹⁴. Questa sentenza è di notevole interesse anche per quanti minori vittime di cyber-bullismo possono tramite una sentenza nazionale assicurarsi che i suoi effetti siano globali e grazie al prefiltraggio possano essere definitivi. Al contrario si rischierebbe un aggiramento delle sentenze dei tribunali nazionali ed una grave mancanza di tutela delle vittime che si troverebbero sempre a dover fare nuove azioni al fine di tutelare i propri diritti⁹⁵. Ad ultimo, sempre a livello europeo, l'art.10 della direttiva U.E. 2018/1808 ha introdotto il nuovo art.6bis c.2 della Direttiva SMAV il quale ha stabilito per le nuove piattaforme di diffusione dei contenuti audiovisivi (esempio i *social media*) il divieto di utilizzare per scopi commerciali i dati personali dei minori raccolti o altrimenti generali dai fornitori di servizi.

⁹³ Vedi Corte di Giustizia 131/12

⁹⁴ La sentenza, infatti, fornisce un'interpretazione estensiva dell'art.15 par.1 della Direttiva 08/06/2000 - N. 31, il quale stabilisce che i singoli tribunali nazionali possono: «1.ordinare a un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione di siffatte informazioni; 2.ordinare a un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, purché la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione siano limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento d'illiceità e che contiene gli elementi specificati nell'ingiunzione e le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non siano tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto; e 3. ordinare a un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni oggetto dell'ingiunzione o di bloccare l'accesso alle medesime a livello mondiale, nell'ambito del diritto internazionale pertinente».

⁹⁵ Per un approfondimento della sentenza si veda: D. BIANCHI, *Diritto & Giustizia*, fasc.179, 2019, pag. 3, note a sentenza.

Si può affermare che sia le Corti italiane che quelle europee stanno costantemente lavorando per tutelare i diritti dei minori ed i loro dati, è giusto sottolineare il ruolo dello Stato italiano nel contrastare tali fenomeni grazie a progetti che mirano a divulgare le *best practices* e quindi la prevenzione dei fenomeni di cyber-bullismo, furto d'identità e illeciti a danni o causati da minori. Questo avviene grazie a progetti nazionali, regionali e locali che coinvolgono reti di scuole di diversa estrazione socioculturale e portano degli esperti privati, esponenti delle forze dell'ordine e della magistratura a svolgere conferenze e lezioni sui temi relativi ai diritti dei cittadini ed a quelli dei minori in Internet⁹⁶.

8. Prospettive regolatorie per le sfide in atto e che verranno.

Nei precedenti paragrafi si è cercato di analizzare senza pretesa di completezza l'uso dei *social network* e delle *App* da parte di soggetti minori ed il ruolo che gli stessi nuovi *media* giocano nella loro crescita e formazione. Dall'analisi si può desumere che al momento, per ognuno degli aspetti analizzati, l'attuale normativa presenta una o più perplessità: lacune, difficoltà applicative, non comprensione dei cittadini sia maggiorenni che minorenni dei diritti e dei doveri espressi nella piazza virtuale della rete, bilanciamento tra le norme costituzionali lasciate alla libera interpretazione di soggetti privati ecc.: tutte problematiche evidenziate da tempo e conosciute nelle sedi istituzionali⁹⁷.

⁹⁶ Si pensi ad esempio fra i molti progetti realizzati dall'ente ANCEI Formazione e Ricerca www.ancei.org negli ultimi 5 anni grazie ai fondi del Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca, delle varie Regioni e della Presidenza del Consiglio dei Ministri: al progetto del 2018 "70 anni di Costituzione: i valori di cittadinanza, legalità e democrazia nei giovani dell'era 3.0." realizzato in partenariato con l'Istituto Via Gramsci di Valmontone oppure nello stesso anno il progetto: "La Carta dei diritti in alternanza scuola-lavoro: uno strumento di qualificazione dei percorsi, un'opportunità per il futuro degli studenti" realizzato in partenariato con l'Istituto Paolo Baffi di Fiumicino. Nel 2017 il progetto "Giovani Cittadini Protagonisti: Percorsi Educativi sulla Legalità e sulla Cittadinanza Attiva per Gli Adulti Di Domani" realizzato con l'Istituto Galilei di Roma; il progetto: "Cultura della Legalità per un'educazione efficace giovani cittadini" realizzato con Istituto Vespucci di Roma; il progetto: "Educazione al rispetto, stop alla Violenza Sessuale e di genere, al bullismo ed al cyberbullismo" realizzato con Istituto Paritario Maria Consolatrice di Roma; il progetto "R.I.V.A. Rete Integrata contro ogni Violenza, lontano dagli stereotipi per il rispetto reciproco" con Istituto Paritario Bonifacio VIII e Comune di Anagni. Nel 2015, il progetto "Promozione della cultura scientifica e valorizzazione del sistema di trasferimento tecnologico" in partenariato con gli istituti scolastici: ITAS Garibaldi di Roma, IIS Pertini di Genzano (RM), Liceo Scientifico Avogadro di Torino, Liceo Scientifico Maria Consolatrice Milano, Liceo Scientifico Internazionale Leoniano di Anagni (FR), IISS "Giordano" di Venafrò (IS), Liceo Scientifico Vailati di Genzano (RM) ed in collaborazione con il Università "La Sapienza" di Roma, facoltà di Ingegneria, Dipartimento DICEA.

⁹⁷ Si fa riferimento al IV Rapporto di aggiornamento 2007-2008, p.48-49, elaborato dal gruppo di Lavoro per la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, il quale già all'epoca sollevò il problema nel merito riguardante "la sicurezza per gli utenti più piccoli, poiché sono tra i

La pluralità dei legislatori e la loro interrelazione con il carattere sovranazionale delle imprese *high tech* rende impossibile un'univocità informativa⁹⁸ nonostante le numerose richieste pervenute in tal senso⁹⁹.

Tuttavia, è opinione condivisa che per affrontare e risolvere le questioni di cui si è dato conto nel presente lavoro occorra l'emanazione da parte del legislatore nazionale e/o europeo di una nuova normativa di riferimento che consenta da un lato una maggiore regolazione dei fenomeni che vedono come soggetti i minori nel mondo dei *social network* a sostituzione del quadro di *soft law* e dall'altro di colmare quelle "zone grigie" causate dalle differenze di tutela del minore nei vari paesi europei conseguenti ad una disomogeneità normativa attualmente presente.

Da troppo tempo la rete e le piattaforme digitali da essa nate non sono state oggetto di opportuna regolamentazione sovranazionale ma al contrario sono

principali fruitori e produttori di contenuti" (audiovisivi) e con riguardo ai *social network*, in cui il Gruppo di lavoro evidenziò come, sebbene questi consentano la piena libertà di espressione e comunicazione emergono comportamenti preoccupanti quali: "una scarsa attenzione ai propri dati personali e la propensione ad incontrare – non accompagnati– offline, persone conosciute in rete".

⁹⁸ A seguito del rapporto in nota precedente, il Parlamento italiano elaborò la proposta di un "Codice Unico Minori e Media" che includesse maggiori tutele per i minori non solo legate ai contenuti audiovisivi presenti sui "vecchi" canali di informazione e comunicazione ma anche e soprattutto su quelli nuovi dei *social*. La proposta purtroppo non fu mai trasformata in legge.

⁹⁹ Significativi a tal proposito sono i numerosi rapporti del Gruppo di Lavoro per la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza che hanno richiesto al legislatore di fornire le autorità pubbliche di "adeguati strumenti sanzionatori di monitoraggio rispetto a TV, videogiochi, internet e cellulari". Per approfondimenti si suggeriscono: il II Rapporto supplementare 2009, ad p. 56; l'VIII Rapporto di Aggiornamento 2014-2015, ad p. 62.; il IX Rapporto di Aggiornamento 2015-2016, ad p. 71 ed ultimo in ordine cronologico il III Rapporto supplementare 2017, ad p. 74.

state lasciate all'autoregolamentazione pura (c.d. *self-regulation*¹⁰⁰) con tutte le conseguenze¹⁰¹ descritte¹⁰².

Se le notizie importanti, fondamentali per un paese, devono passarvi quasi obbligatoriamente per essere diffuse è evidente che quel *social network* svolge un servizio pubblico di informazione e come tale dovrebbe essere regolato.

Secondo alcuni¹⁰³ una possibile soluzione intermedia, in attesa del legislatore nazionale, pur prospettata da molti, potrebbe essere quella di passare da una *self-regulation* ad una *co-regulation*¹⁰⁴.

¹⁰⁰ In tal senso possiamo vedere quanto previsto all'art.40 par.2 lett.g del GDPR: «Le associazioni e gli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o responsabili del trattamento possono elaborare i codici di condotta, modificarli o prorogarli, allo scopo di precisare l'applicazione del presente regolamento [...] relativamente a [...] l'informazione fornita e la protezione del minore e le modalità con cui è ottenuto il consenso dei titolari della responsabilità genitoriale sul minore». In altre parole, il GDPR ed il relativo *Working Party* hanno dimostrato di essere favorevoli ai codici di condotta scelti da parte delle industrie e quindi ai mezzi di autoregolamentazione. Tuttavia, l'adozione di un codice di condotta è facoltativa per l'azienda e la responsabilità rimane in capo al genitore/esercitante patria potestà. Infatti, gli articoli 58 par.2, 83 par.2 lett.j e 83 par.4 del GDPR stabiliscono che in caso di violazioni di cui all'art.8 il possedere un codice di condotta rappresenta "uno degli elementi da tenere in considerazione" nel decidere l'ammontare della sanzione amministrativa."

¹⁰¹ Si veda infra per approfondire i risultati dello studio svolto dalla commissione europea nel 2016 dal quale si evidenzia che negli stati europei che hanno adottato il modello della *self-regulation* i minori sono sostanzialmente meno tutelati: Commissione Europea, *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behaviour*, 2016 consultabile al link: https://ec.europa.eu/info/publications/study-impact-marketing-through-social-media-online-games-and-mobile-applications-childrensbehaviour_en.

¹⁰² Senza contare che gli standard dei codici di condotta adottati dai *social*, a cui il minore presta il consenso per l'utilizzo dell'*app* o del *software*, sono a discrezione dell'azienda con l'unico limite di essere comprensibili al fine di assicurare al minore di comprenderne il contenuto.

¹⁰³ F. DI PORTO, in *La libertà di espressione del minore e il diritto all'accesso ai mezzi di comunicazione e alla riservatezza*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza – conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, 2019, pag.230 e ss.

¹⁰⁴ Per una definizione di *co-regulation* si vedano tra i molti autorevoli: I. AYRES e J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, Oxford, 1994; R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2012, p. 146). Essi la definiscono come "la definizione delle regole da parte delle associazioni dell'industria con qualche forma di controllo o ratifica da parte del soggetto pubblico: concretamente una *self-regulation* con in aggiunta il controllo più o meno permeante ed invasivo del Governo o del Parlamento. Alcuni, come la Prof.ssa F. DI PORTO, in *La libertà di espressione del minore e il diritto all'accesso ai mezzi di comunicazione e alla riservatezza*, nov.2019, pag.230 suggerisco di utilizzare un modello c.d. "*enforced-self-regulation*" come "esempio di *co-regulation* che prevede il coinvolgimento del soggetto pubblico non tanto (o meglio, non solo) nella fase di definizione delle regole, ma soprattutto in quella di attuazione delle stesse.". La *co-regulation* viene anche appoggiata dallo studio della Commissione Europea del 2016 precedentemente citato, in quanto essa garantisce un maggior *empowerment* dei minori rendendo la loro awareness e capacità di gestione dei dati più attenta e migliore.

Questa evoluzione si rende necessaria vista la sempre maggiore personalizzazione dei servizi dell'informazione, resa possibile dal continuo progresso tecnologico che ha dato vita al *machine learning* e all'intelligenza artificiale per la raccolta e lo sfruttamento dei dati. La *co-regulation* potrebbe portare a *policies* più comprensibili per un minore e soggette in caso di violazione ad un più facile processo di accertamento e sanzione da parte dell'autorità pubblica di controllo¹⁰⁵.

Se è vero che i *big data* sono il nuovo petrolio, il favorire la nascita di un *social network* europeo i cui dati raccolti vengano archiviati in Europa permetterebbe sia di risolvere i problemi relativi alla tutela dei dati personali in vita e superando la territorialità dei giudizi e dei provvedimenti nazionali, la loro applicabilità, la velocità di risposta della piattaforma ed inoltre consentirebbe l'adeguamento delle *policies* alla normativa europea e di rafforzare l'economia europea.

Se questa può sembrare un'idea troppo radicale, l'alternativa più plausibile è una riforma sostanziale della direttiva europea 31/2000/CE sull'*e-commerce* che modifichi la responsabilità delle piattaforme rispetto ai contenuti in esse immesse dagli utenti così come avvenuto recentemente con la direttiva UE 2018/1808 in materia di servizi media audiovisivi che hanno esteso la tutela del minore, riservata precedentemente alla TV, ai servizi erogati anche su *internet*.

In questo modo, forse, si potrebbero spingere le piattaforme dei *social networks* ad eliminare tutta una serie di problematiche nel loro stesso interesse al fine di evitare possibili azioni legali degli utenti.

In conclusione, vista la situazione attuale, un primo passo dovrebbe essere fatto dagli stati nazionali e tra questi quello italiano per disciplinare la materia limitando l'autoregolazione e favorendo la co-regolazione al fine di giungere ad un codice unico in materia di minori ed *internet* come prospettato nel IV Rapporto di aggiornamento 2007-2008, elaborato dal gruppo di Lavoro per la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza¹⁰⁶. Questo tipo di

¹⁰⁵ Se infatti esse fossero frutto di negoziazione con tutti gli *stakeholders*, gli impegni assunti a tutela dei minori da parte dei titolari e responsabili del trattamento in esito a tale procedimento potrebbero essere resi vincolanti con decisione regolatoria. Di conseguenza, le autorità di controllo quali Agcom, Garante Privacy e Garante Adolescenza potrebbero avere dei veri poteri sanzionatori nel caso di violazione degli impegni volontariamente assunti. Concorde con questo sistema fu il Consiglio d'Europa nella Raccomandazione ai punti 67 e 68, 77 e 100: *Committee of Ministers of the Council of Europe, Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment* (CM/Rec(2018)7), del 4 luglio 2018, consultabile al link: www.coe.int/en/web/children/the-digital-environment.

¹⁰⁶ Il quale parlava di "Codice Unico Minori e Media", per un approfondimento sul contenuto del rapporto si veda infra. Si noti che il "codice di autoregolamentazione Tv e Minori" del 2002 ebbe inizialmente la forma di atto privato, fu poi recepito e trasformato con la legge di sistema n.112/04,

fonte, infatti, consentirebbe l'applicazione dei principi costituzionali direttamente da parte del legislatore nazionale e non da enti privati in regime di autoregolamentazione pura.

La nuova sfida del diritto contemporaneo è aperta.

trasfusa nel Testo Unico di cui al Decreto legislativo n.177/05, e successivamente modificato dal D.lgs n.44/10. Il Codice è divenuto vincolante per tutte le emittenti a prescindere dalla sottoscrizione dello stesso e dalla tipologia di piattaforma utilizzata. Esso rappresenta un esempio di come un codice di autoregolamentazione privato possa essere trasformato in legge per garantire equamente e uniformemente i diritti dei minori. Da notare che nel 2019 è stato proposto un D.D.L.: "Norme per la tutela dei minori che accedono alla rete internet e istituzione del registro dei provider aderenti al codice di autoregolamentazione Internet e minori", XVIII Legislatura, in Atti parlamentari del Senato della Repubblica n.1329, che si pone l'obiettivo di riformare ulteriormente il sistema.

Rischio di credito e clausola di doppia indicizzazione del mutuo

Di Antonio CILENTO *

SOMMARIO: **1.** Nullità della clausola di doppia indicizzazione. **2.** Trasparenza, informazione ed educazione: termini distinti e complementari del rapporto nella logica del governo del rischio. **3.** (In)certezza delle prestazioni e meritevolezza degli interessi

ABSTRACT: The consolidated opinion regarding loan contracts indexed to the Swiss franc, requires the intermediary to carry out the calculation of the early repayment of the loan, applying the contractual indexation ratio for the calculation of the residual capital without practicing the double conversion provided for by the null contractual clause.

1. Nullità della clausola di doppia indicizzazione.

Il problema del conteggio di estinzione anticipata dei mutui indicizzati a una valuta estera è stato più volte affrontato in sede giurisdizionale¹, stabilendo che la clausola che prevede il meccanismo della doppia indicizzazione in valuta straniera ed euro nelle ipotesi di estinzione anticipata del mutuo è passibile di nullità in base all'art. 34, comma 2, del Codice del consumo, sussistendo profili di scarsa chiarezza o comprensibilità delle operazioni relative alla conversione. Sul punto, l'orientamento consolidato in giurisprudenza afferma la nullità della clausola contrattuale che non descriva in maniera sufficientemente chiara il procedimento della doppia valuta ai fini dell'estinzione. Minoritaria risulta, quindi, la tesi che ravvisa un profilo di violazione della buona fede *in executivis* nella mancata tempestiva informazione da parte dell'intermediario al mutuatario sull'effettiva entità della rivalutazione in base al tasso di cambio convenzionale². In tema di individuazione dei parametri di valutazione del giudizio di abusività/nullità, il solco è abbondantemente tracciato da quell'opinione che sostiene la necessità che i comportamenti delle parti contraenti siano conformi

* Professore Associato di Diritto Privato all'Università degli Studi di Napoli Parthenope.

¹ Da ultimo, cfr. Cass. 31 agosto 2021, n. 23655 in www.dirittobancario.it, con nota di B. CAMPAGNA; ABF Milano 19.11.2020.

² ABF, Collegio di coordinamento, 20 novembre 2014, n. 7727.

alla regola della correttezza e che le clausole contrattuali attuino concretamente il criterio della trasparenza. È opinione ormai diffusa che la prospettiva della valutazione debba rifuggire da impostazioni formalistiche, per le quali sarebbe sufficiente ai fini dell'esclusione della natura abusiva della clausola una corrispondenza astratta al meccanismo della indicizzazione. Occorre, invece, consentire al consumatore di valutare le conseguenze economiche di clausole del genere sui suoi obblighi finanziari, poiché non la semplice lettura di tali clausole ma l'illustrazione puntuale dei rischi costituisce un essenziale parametro di valutazione dell'abusività della clausola³.

Sullo sfondo del dibattuto tema relativo alle conseguenze della violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari⁴, in merito al quale si discorre di superamento del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento⁵ si rileva, in assenza di chiarezza e comprensibilità delle clausole, la violazione dell'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE (e, quindi, con l'art. 34, 2° comma, del Codice del consumo), e si richiama correttamente quanto stabilito in materia di mutui indicizzati in valuta estera dalla Corte di giustizia, secondo la quale «l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere formulata in modo chiaro e comprensibile obbliga gli istituti finanziari a fornire ai mutuatari informazioni sufficienti a consentire a questi ultimi di adottare le proprie decisioni con prudenza e piena cognizione di causa.

A tal riguardo, siffatto requisito implica che una clausola relativa al rischio di cambio sia compresa dal consumatore sia sul piano formale e grammaticale, ma anche per quanto riguarda la sua portata concreta, nel senso che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, possa non soltanto essere consapevole della possibilità di deprezzamento della valuta nazionale rispetto alla valuta estera in cui il mutuo

³ Sottolinea il rischio per il consumatore derivante dalla scarsa effettività degli obblighi informativi S. BELLETTATO, *Obblighi informativi del finanziatore e misure di tutela del consumatore: la disciplina attuativa della Direttiva n. 2014/17/UE*, in *Studium Iuris*, 2017, n. 3, 292 ss. Criticamente, sugli orientamenti della giurisprudenza europea, S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di giustizia da Arpad Kasler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1258 ss.

⁴ CASS. S.U., 19.12.2007, nn. 26724 e 26725.

⁵ Si esprime contro l'asserita non interferenza tra regole di condotta e regole di validità, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, passim. Sul punto sia consentito rinviare anche a A. CILENTO, *I doveri di informazione del consulente finanziario tra regole di validità e regole di responsabilità*, Napoli, 2017, 68 ss.

è stato espresso, ma anche valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari»; pertanto, «il carattere abusivo di una clausola contrattuale non chiara che fa gravare il rischio di cambio sul mutuatario e che non riproduce disposizioni legislative può essere oggetto di un controllo giurisdizionale⁶».

Analogamente, integrerebbe una violazione del principio di trasparenza quell'assetto contrattuale, quale quello del caso di specie, che fosse redatto modo non chiaro e comprensibile, nella parte in cui il cliente non viene informato che il piano di ammortamento costruito sulla base del tasso iniziale è solo indicativo, essendo soggetto a cambiamenti nel tempo per effetto dei conguagli dovuti all'indicizzazione finanziaria e valutaria; il che implica che si impedisce al consumatore di comprendere e valutare, sulla base di criteri precisi ed intellegibili, le conseguenze economiche che derivano dalle clausole e di assumere le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa e, di conseguenza, fare delle scelte consapevoli e corrette⁷.

2. Trasparenza, informazione ed educazione: termini distinti e complementari del rapporto nella logica del governo del rischio.

La Corte di giustizia afferma che oggetto dell'attività informativa dall'intermediario al mutuatario consiste nella circostanza che quest'ultimo, sottoscrivendo un contratto di mutuo in una valuta estera, si espone a un rischio di cambio potenzialmente difficile da sostenere in caso di deprezzamento della moneta nella quale percepisce i propri redditi rispetto alla valuta estera in cui il mutuo è concesso; pertanto, si introduce una componente aleatoria accessoria all'obbligazione di rimborso⁸, tanto che si è affermato che l'accordo di parametrizzazione di un mutuo al franco svizzero introdurrebbe «quantomeno una scheggia di aleatorietà»⁹. Il rischio non può essere governato senza l'illustrazione

⁶ CORTE GIUST. UE, 20.09.2018, causa C-51/17, con nota di G. TARANTINO, *Chiarezza e trasparenza nei contratti bancari: verba volant, scripta manent (?)*, in Giustiziacivile.com, 2019, 8; CORTE GIUST. UE, 20.09.2017, causa C-186/16, in Foro amm., 2017, 9, 1780.

⁷ CORTE GIUST. UE, 20.09.2017, causa C-186/16.

⁸ La prima sentenza italiana che afferma l'invalidità delle clausole di indicizzazione al franco svizzero nei mutui bancari destinati ai consumatori è emanata da Trib. Roma, 3 gennaio 2017, in Nuova giuri. civ. comm., 2017, II, 1153 ss., con nota di A. DALMARTELLO, *Trasparenza dei mutui in valuta estera*.

⁹ M. F. CAMPAGNA, *Il credito strutturato. Rischio e autonomia privata nei contratti di credito*, Milano, 2020, p. 69.

puntuale delle possibili variazioni dei tassi di cambio e i rischi inerenti alla sottoscrizione di un mutuo in valuta estera¹⁰.

È noto che il processo informativo è garanzia della trasparenza del mercato e la trasparenza rappresenta il rimedio adeguato alla tutela del contraente debole e della stabilità del mercato, sul presupposto che il contraente consapevole compia scelte razionali. Tuttavia, gli assunti della corrispondenza tra l'essere informati e l'agire consapevole da un lato, e della sufficienza della trasparenza ai fini della stabilità del mercato, dall'altro, non appaiono universalmente condivisi, poiché informazione e trasparenza coesistono ma non coincidono, rappresentando termini necessari di un più ampio e complesso contesto giuridico ed economico nel quale il riequilibrio delle posizioni contrattuali e la correttezza del mercato assurgono al rango di obiettivi cui tendere sistematicamente. Ciò in quanto non sempre vi è un rapporto direttamente proporzionale tra la quantità di informazioni fornite e l'aumento della consapevolezza del cliente: la troppa informazione rischia di produrre disinformazione a causa della difficoltà del cliente di selezionare i dati, sintetizzarli, catalogarli e, infine, comprenderli, poiché un'informazione sovrabbondante rende impossibile discernere quel che è importante da qual che non lo è¹¹.

Contribuiscono a far emergere i profili critici del sistema informativo predisposto sia il moltiplicarsi delle fonti delle informazioni, che si realizza parallelamente alla frammentazione dei mercati, sia la diffusione di strumenti finanziari complessi. Quest'ultima implica la interconnessione tra diversi segmenti del mercato, produce una commistione anche delle relative informazioni e, di conseguenza, aumenta il rischio dell'incomprensibilità, rendendo più difficile l'espressione di un consenso informato; sul punto verrebbe in rilievo, più che la comunicazione di informazioni, un rapporto fondato sulla fiducia, soprattutto se si accede alla tesi

¹⁰ Tra le sentenze che maggiormente evidenziano i rischi per il consumatore derivanti dalla mancata esplicazione del funzionamento del tasso di cambio, si segnalano Corte giustizia 30 aprile 2014 Kasler/OTP Jelzalogbank Zrt, C-26/13; Corte giustizia 20 settembre 2017, Andriuc C—186/13.

¹¹ L'autonomia della trasparenza da altre clausole generali nella contrattazione bancaria viene sottolineata, tra gli altri da G. DE NOVA, *Due annotazioni in tema di trasparenza bancaria*, in Riv. dir. priv., 2014, 1, 7 ss.; G. FANCIARESI, *Gli obblighi informativi dell'intermediario finanziario tra nullità e responsabilità*, in Corr. giur., 2017, 11, 1370 ss.; P. GRIECO, *La violazione degli obblighi informativi nell'intermediazione finanziaria tra disciplina civilistica e regolamentare*, in Resp. civ. prev. 2017, 4, 1266 ss.; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in Banca, borsa e tit. cred., 1997, I, 101 ss.; P. SIRENA, *Responsabilità precontrattuale e obblighi informativi*, a cura di Frediani e Santoro, *L'attuazione della direttiva Mi-FID*, Giuffrè, 101 ss.

in base alla quale la volontà del cliente non può mai definirsi pienamente consapevole, essendo la sua percezione influenzata fortemente dalla descrizione operata dalla controparte più avveduta, consulente o intermediario. Questi potrebbe essere considerato alla stregua di un ausiliario nell'operazione, tenuto all'adempimento dei suoi doveri di ufficio di diritto privato, piuttosto che di controparte contrattuale. La rappresentazione della misura del rischio ad opera del consulente, che indica un principio di trasparenza sul e del rischio, induce o meno il cliente a prestare il consenso a una scelta razionale. Infine, la produzione e la trasmissione di informazioni non avvengono a costo zero, e si risolvono in un aumento del prezzo del servizio che grava sul cliente finale. Oltre al costo finale del servizio dovrebbe, poi, essere tenuto in considerazione il costo globale per l'intero ordinamento teso a garantire e assicurare la trasparenza del mercato. È evidente, in ogni caso, che il processo informativo risulta tanto più efficiente quanto più è modulato in base alle caratteristiche del relativo destinatario: l'attenzione al profilo del cliente quale momento di tutela dell'integrità del mercato, peraltro, è espressamente riconosciuta anche dal d.lgs. n. 141 del 2010 con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2008/48/CE relativa al credito al consumo. Quest'ultima prescrive, infatti, in capo al finanziatore l'obbligo di valutare preventivamente il merito creditizio del consumatore e ciò al fine di contenere l'accesso al credito evitando situazioni di sovraindebitamento.

Viene, dunque, introdotto nell'ordinamento italiano il principio di «prestito responsabile» declinato dal considerando n. 26 della direttiva in base al quale: «gli Stati membri dovrebbero adottare misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio». Û

Si pensi, inoltre, all'art. 24 della Direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari nonché all'art. 17 della Direttiva 2016/97/UE sulla distribuzione assicurativa che impongono agli operatori economici il rispetto dei canoni di onestà, imparzialità e professionalità per un'effettiva tutela dell'interesse dei clienti.

Se da un lato, dunque, appare chiara la tendenza del legislatore europeo a responsabilizzare il soggetto debole del rapporto contrattuale anche attraverso una sua adeguata profilatura, dall'altro deve darsi conto dell'evoluzione del concetto di informazione, declinato dapprima nella mera trasparenza e successivamente nella effettiva comprensibilità. Della difficoltà di comprensione da parte del cliente delle informazioni ricevute è ben conscio, infatti, il legislatore europeo che, anche e soprattutto con la direttiva 2014/17/UE sui contratti di

credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, ha imposto agli Stati membri l'obbligo di promuovere misure volte a favorire l'educazione finanziaria del consumatore. L'educazione del consumatore si pone, quindi, quale antecedente logico necessario affinché gli obblighi informativi possano dirsi realmente efficaci.

Si tratta, dunque, da un lato, di tentare di dotare la parte debole del bagaglio di conoscenze necessario a comprendere il significato delle molteplici informazioni che gli vengono fornite, dall'altro di comprendere le esigenze del cliente.

In questo senso, l'educazione si distingue nettamente dagli obblighi informativi, poiché si colloca in un momento antecedente allo specifico rapporto contrattuale tra le parti e compete non alla parte professionale del rapporto – sulla quale gravano piuttosto gli obblighi informativi – ma alle istituzioni complessivamente considerate¹².

In molti contratti può scorgersi una lacuna nella conformazione al prospetto informativo europeo standardizzato, con riguardo sia all'indicazione dell'importo massimo che il consumatore potrebbe essere tenuto a corrispondere sia all'esempio illustrativo sull'ammontare del mutuo in seguito alla svalutazione rispetto alla valuta del credito.

Emerge sul punto la necessità di spiegare il rischio di cambio nel suo concreto funzionamento in base alle indicazioni della Corte di giustizia secondo le quali l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali non può limitarsi al carattere comprensibile sul piano formale ma deve essere interpretato in modo estensivo. I requisiti della chiarezza e della comprensibilità delle clausole devono essere intesi nel senso che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce la clausola nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole di modo che il consumatore sia posto in condizione di valutare le conseguenze economiche sulla base di criteri precisamente intellegibili. Il che richiama quanto stabilito dall'art. 120-septies del Testo Unico Bancario, basato sulla centralità delle informazioni relative alla situazione economica del mutuatario e fonda l'attività di erogazione del credito su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi emergenti nel corso del rapporto di credito.

¹² Nel senso che l'educazione del consumatore si pone quale antecedente logico necessario affinché gli obblighi informativi possano dirsi realmente efficaci, si esprime F. P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. imp.*, 2015, 1423 ss.

3.(In)certezza delle prestazioni e meritevolezza degli interessi.

Il tema si inserisce, dunque, in un crocevia problematico rappresentato da due rischi ontologicamente connessi ai contratti di credito: l'uno riguardante il denaro e relativo alla rilevanza nominale della moneta e, segnatamente al rischio di cambio; l'altro attinente al tempo e cioè alle dinamiche dell'estinzione anticipata del finanziamento.

Si tratta di rischi strutturalmente collegati alla conclusione di un contratto di credito e collocati logicamente e giuridicamente nel momento della predisposizione dell'assetto di interessi; come tali essi possono essere governabili a condizione che siano dedotti nel contratto espressamente ed in modo chiaro, in modo da consentire all'autonomia privata di incidere correttamente sul rischio. L'operazione economica in concreto realizzata può essere alterata sensibilmente ove la variazione del tasso di cambio comporti un effetto asimmetrico nel rapporto, a causa dell'impatto distorsivo prodotto dalla clausola di doppia indicizzazione sulla certezza dell'entità ovvero della misurazione delle prestazioni al momento dell'inadempimento, posto che vi è un'incidenza sul valore prestazioni, in ragione dell'oscillazione tasso di cambio.

A voler individuare utili riferimenti normativi, si può affermare che non si tratta di un'ipotesi non prevista, e tantomeno illecita: l'art. 1278 c.c. stabilisce che se la somma dovuta è determinata in una moneta non avente corso legale nello Stato, il debitore ha facoltà di pagare in moneta legale, al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per il pagamento. Ne deriva, in caso di esercizio di tale facoltà, la determinazione del corso di cambio in moneta avente corso legale al momento della scadenza della obbligazione e invece che con riferimento al momento in cui l'obbligazione è sorta.

Inoltre, l'art. 120-quaterdecies del TUB stabilisce che «se il credito è denominato in una valuta estera, il consumatore ha il diritto di convertire in qualsiasi momento la valuta in cui è denominato il contratto in una delle seguenti valute: a) la valuta in cui è denominata la parte principale del suo reddito o in cui egli detiene le attività con le quali dovrà rimborsare il finanziamento, come indicato al momento della più recente valutazione del merito creditizio condotta in relazione al contratto di credito;

b) la valuta avente corso legale nello Stato membro dell'Unione europea in cui il consumatore aveva la residenza al momento della conclusione del contratto o ha la residenza al momento della richiesta di conversione».

Il problema, quindi, non attiene alla liceità ma al controllo di meritevolezza della

clausola che introduce un'incertezza nella determinazione della prestazione con un effetto potenzialmente pregiudizievole dell'equilibrio contrattuale, di là dalle lacune informative¹³. In questo quadro, in capo all'intermediario grava l'obbligo di svolgere il conteggio dell'anticipata estinzione del finanziamento, applicando per il calcolo del capitale residuo il rapporto di indicizzazione contrattuale senza praticare la duplice conversione prevista dalla clausola contrattuale nulla.

Sembra, invece, doversi escludere la qualificazione del contratto di mutuo indicizzato come prodotto finanziario derivato assorbito dal contratto¹⁴ mediante la presenza della clausola che ne determina la nullità¹⁵. Il risultato è, infatti, dovuto alla compromissione dell'equilibrio dell'assetto di interessi, e ciò non perché si è in presenza di una deviazione della causa verso la natura di prodotto finanziario ma in quanto l'operazione si presenta eccessivamente rischiosa per il consumatore, il quale non è messo in condizione di apprezzare il funzionamento e le conseguenze del meccanismo della doppia indicizzazione.

Peraltro, la giustificazione funzionale dei prodotti finanziari è stata ricercata di volta in volta nella gestione del rischio di credito ovvero nella stabilità del mercato finanziario: anche in questo caso, tuttavia, il discorso non può arrestarsi alla liceità delle operazioni, dovendosi spingere a verificare se gli interessi possono essere collocati in un quadro funzionale meritevole. Nell'attuale mercato del credito, tale valutazione investe il rapporto responsabile e fiduciario tra intermediario e cliente¹⁶ ed involge la tutela del diritto costituzionale del risparmio finalizzato all'acquisto del bene – casa.

¹³ Sull'esigenza dell'equilibrio delle posizioni contrattuali, alla luce del controllo di meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti, P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 547 ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 429. Nella prospettiva della c.d. causa concreta, seguita dalla decisione, A. M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1205 ss.

¹⁴ Approfondisce l'incidenza delle clausole di parametrizzazione del rischio sulla misura delle prestazioni nonché sulla relativa potenzialità di colorare di aleatorietà la causa del contratto, si veda ampiamente M. F. CAMPAGNA, p. 234.

¹⁵ Cfr. G. SATTA, *Sulle tormentate clausole del mutuo indicizzato al franco svizzero*, in *Dir. giust.*, 2021, p. 7 ss.

¹⁶ La ricerca della giustificazione funzionale dei prodotti finanziari derivati è oggetto dell'attenzione di R. DI RAIMO, *Fisiologia e patologie della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in CORTESE e SARTORI, *Finanza derivata, mercati e investitori*, ETS, 2010, 33 ss.; V. PICCININI, *La trasparenza nella distribuzione di strumenti finanziari derivati ed il problema della efficacia delle regole informative*, in *Contr. impr.*, 2010, 499 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 133 ss.

La tratta di esseri umani: lo stato dell'arte della disciplina di contrasto, nella prospettiva interna e comparata e prospettive di miglioramento

Di Vincenzo DI TERLIZZI *

SOMMARIO: **1.** Introduzione storica della tratta di esseri umani. **2.** La dimensione attuale del fenomeno della tratta. **3.** L'importanza del formante internazionale: la predisposizione di strategie condivise per l'eradicazione del fenomeno. **4.** La disciplina italiana di contrasto alla tratta di esseri umani: l'art. 601 c.p. **5.** La prospettiva tedesca: la disciplina del § 232 StGB. **6.** Riflessioni conclusive.

ABSTRACT: The author focuses on the characteristics of the contrast regulations of the criminal phenomenon of human trafficking, that sinks the roots in an ancient time but is still extremely actual. In fact, despite contrasting actions against these phenomena, several supranational criminal organisations continue to exploit the situations of need which afflict some individuals who live in socially and economically disadvantaged regions. These people, moved by desperation, leave their native countries to undertake "journeys of hope", which should lead them to a better life but, throw them in the maws of the same criminal organisations that helped them to reach the "promise land", continuing a vicious circle made of illegality, exploitation, and suffering.

1. Introduzione storica della tratta di esseri umani.

Il fenomeno della tratta di persone, sebbene sia estremamente attuale al giorno d'oggi¹, affonda le sue radici molto indietro nel tempo e risulta essere legato, nella sua genesi, al fenomeno della schiavitù; infatti, la tratta risulta originare dall'influsso esercitato sulla schiavitù dall'incremento dei commerci e dall'evoluzione delle vie di comunicazione.

Fin dalla sua comparsa, la tratta ha occupato un posto preponderante nell'economia delle società antiche, grazie ai numerosi impieghi che gli schiavi

* Dottorando di ricerca in Diritto Penale presso l'Università di Foggia.

¹ La relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 2020 ci fornisce un quadro vivo, seppur parziale, della portata del fenomeno in oggetto, il quale presenta un profitto annuo globale di 29,4 miliardi di euro (2,7 miliardi nel contesto europeo). In tal senso, vedi <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0661>.

potevano ricoprire ed al fatto che questi costituivano la forza lavoro più economica. Per tali ragioni, la prima messa in discussione di tale istituto si ebbe nel XVIII secolo, per via delle tendenze abolizionistiche nei possedimenti europei nelle Americhe².

Fino al sopraggiungere di tale momento, il fenomeno della schiavitù – e correlativamente la tratta di persone – hanno continuato ad evolversi quasi ininterrottamente, salvo un breve periodo in cui sono stati messi in discussione (ci si riferisce all'età moderna, periodo in cui tali fenomeni sono passati in secondo piano rispetto al fenomeno della servitù della gleba).

Ad ogni modo, la tratta assunse le fattezze che oggi la contraddistinguono nell'avamposto portoghese di Madeira, un'isola a largo del Marocco che venne occupata nel 1419 e che divenne un sito di produzione della canna da zucchero (prodotto molto costoso e richiesto al tempo).

Tale fenomeno assunse dimensioni mastodontiche perché la coltivazione della canna da zucchero richiedeva un gran numero di braccia, ma l'Europa non era nella condizione di poterle fornire, a causa di una mai superata crisi demografica indotta da epidemie e carestie.

Per via dell'alta incidenza positiva sull'economia del tempo delle piantagioni americane, vi fu una rapida crescita delle spedizioni di schiavi verso l'altra sponda dell'Atlantico e vista l'importanza del fenomeno in oggetto, ben presto questo cominciò ad essere disciplinato minuziosamente.

Infatti, nel 1518 venne istituito il c.d. *asiento de negros*: una forma di licenza che attribuiva il monopolio per il trasporto e la vendita di schiavi verso le colonie, avverso il corrispettivo di una tassa relativa al numero di schiavi sbarcati. La messa fuori legge di coloro i quali non si attenevano alle previsioni enunciate da tale disposizione, provocò un'ascesa rapida dei portoghesi in tale settore³; tuttavia, col tempo questo monopolio cominciò a vacillare, siccome le strutture istituzionali del Portogallo non resistettero all'urto del tempo e alla concorrenza dei mercanti clandestini.

Fu così che nel Seicento Inghilterra, Olanda e Francia sferrarono il colpo di grazia attraverso la costruzione di colonie nelle isole americane e la creazione del

² Sul tema, vedi R. BLACKBURN, *Il crogiolo americano. Schiavitù, emancipazione e diritti umani*, Torino, Einaudi, 2021, passim.

³ Il successo riscontrato dai portoghesi nell'ambito della tratta è dovuto ad un intenso lavoro di ricerca ed approfondimento, portato avanti attingendo da tutto lo scibile possibile ai tempi; nel XV secolo i portoghesi fecero delle scoperte così importanti da dare vita ad una "rivoluzione marittima".

sistema triangolare⁴, che massimizzava i profitti della tratta. Il fatto che le navi viaggiassero sempre cariche e che il commercio fosse estremamente redditizio fece sì che questo sistema si ergesse sugli altri⁵.

Tuttavia, il ricorso alla manodopera schiavile non fosse – almeno inizialmente – collegato a forme di razzismo; infatti, fu nelle colonie inglesi che si cominciò ad assistere ad una concezione della schiavitù connotata da tale componente. In tal senso, si diffusero leggi e consuetudini⁶ che sancirono la separazione degli uomini bianchi dai neri, sulla base di una paventata “superiorità” dei primi.

Lo sviluppo della tratta toccò picchi spaventosi verso la metà del Settecento (per via dell’aumento della domanda di zucchero) ed in questo contesto si assiste all’entrata nel settore delle maggiori potenze europee ed a una progressiva liberalizzazione, dopo una fase iniziale dove il mercato era in mano a compagnie statali.

Tuttavia, i risvolti negativi legati al fenomeno della tratta non mancavano ed emersero con forza, incrinando la stabilità di quella che, fino ad allora, costituiva una vera e propria istituzione.

I primi segnali della nascita di un mutato quadro di pensiero sorsero nel nord America, durante la Rivoluzione americana; in tale contesto, la schiavitù si contrapponeva nettamente ai valori che avevano dato impulso allo scontro finalizzato ad ottenere l’indipendenza dall’Inghilterra.

Tuttavia, si decise di pretermettere il problema dell’emancipazione degli schiavi e di concentrarsi sull’abolizione della tratta di esseri umani, in quanto il primo obiettivo risultava più complesso.

⁴ Il sistema c.d. triangolare si basava su una triplice linea di commercio che era in tal modo articolata: verso l’Africa viaggiavano delle merci (acquavite, armi, tabacco, ecc...), verso le colonie americane viaggiavano gli schiavi, i quali venivano poi scambiati con i prodotti pregiati provenienti dalle piantagioni, che sarebbero poi stati destinati all’Europa.

⁵ Il sistema schiavistico ebbe un enorme successo nelle Americhe per via dell’ampio margine di guadagno che contraddistingueva le attività ivi attuate: infatti, sia la Spagna (orientata verso la conquista dell’America centrale e meridionale) che il Portogallo (fautore della capitalizzazione della produzione di zucchero nel Brasile del XVII secolo) dimostrarono di avere bisogno di manodopera schiavile per trarre guadagni dalle attività delle piantagioni. Per maggiore chiarezza vedi A. ACCARDO, *Il racconto della schiavitù negli Stati Uniti d’America*, Roma, Bulzoni Editore, 1996, passim e T. D., MORRIS, *Southern Slavery and the Law, 1619-1860*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1999, passim.

⁶ Tra le leggi e le consuetudini che hanno disposto in tal senso, indicativa è la disposizione del 1936 con la quale il governatore delle Barbados sancì che – a differenza degli europei – tutti i lavoratori africani o nativi (compresi i figli di questi, salvo diversa previsione del contratto di lavoro) avrebbero dovuto essere trattati come schiavi; nel giro di pochi anni, disposizioni simili emersero quasi ovunque nel contesto americano. Sul tema, vedi E. E., BAPTIST, *The Half Has Never Been Told: Slavery and the Making of American Capitalism*, New York, Basic Books, 2016, pp. 210 – 280.

In seguito alla proclamazione dell'indipendenza dall'Inghilterra, sebbene gli Stati del nord limitarono la tratta, nelle Antille e nel sud-est della federazione americana continuarono sovente a registrarsi sbarchi di schiavi provenienti dall'Africa.

Dopo una repentina accelerata nel contrasto alla tratta, si ebbe una brusca frenata dovuta ad interessi economici che trascendevano sì le ideologie, ma che non riuscirono a mettere fine ad un processo ormai inarrestabile. Infatti, qualche anno dopo il movimento antischiavista si espanse in diverse aree del mondo, sferrando un fendente fatale a quel sistema produttivo a tratti ineluttabile.

In tal senso, nel 1806 una risoluzione promanata dal Parlamento inglese esortò il governo ad intraprendere un'azione efficace per giungere all'abolizione della tratta africana ed il 2 marzo 1807 il governo americano – su iniziativa del presidente Thomas Jefferson – sancì la proibizione della tratta a partire dal 1° gennaio dell'anno seguente⁷.

Di riflesso, il 25 marzo 1807 in Inghilterra venne approvato lo *Slave Trade Act*, una legge che vietava la tratta nei luoghi ed alle persone sottoposte alla giurisdizione della Corona. In seguito, la previsione punitiva si espanse considerando come reato anche l'ipotesi in cui la tratta fosse perpetrata da stranieri e attuando delle azioni positive, per far sì che anche gli altri Stati evitassero di praticarla.

Nonostante l'inversione di rotta della politica inglese nei confronti della tratta degli schiavi abbia costituito un momento spartiacque, si registrò nel continente americano ancora per molto tempo il permanere di sistemi produttivi basati sulla schiavitù. Infatti, per poter assistere alla fine del sistema schiavistico all'interno dei territori americani amministrati dalla corona britannica bisogna attendere l'anno 1833, mentre ulteriori passi in avanti verso l'eliminazione della schiavitù si ebbero con la seconda e definitiva abolizione nell'ambito delle colonie francesi e con la fine della tratta araba, avvenuta nella fine dell'Ottocento.

Dopo tutte queste vicissitudini, sono distinguibili due posizioni quasi opposte: quelle dei Paesi che beneficiarono della tratta e quella del continente africano, severamente depauperato sia di risorse che di uomini.

Riguardo a quest'ultimo, la messa al bando della tratta ha lasciato un'eredità di problemi in ambito economico, sociale e culturale; infatti, le importazioni di merci dall'Europa causarono il blocco dello sviluppo della produzione manifatturiera

⁷ Nonostante le previsioni del 1808 che vietavano la tratta, vi furono all'incirca 50.000 unità di schiavi condotti illegalmente negli Stati Uniti, soprattutto per il fatto che la parte spagnola della Florida ed il Texas non erano ancora parte dell'Unione.

africana e il trasferimento di individui nel Vecchio Continente privò l’Africa di molta manodopera; inoltre, le razzie e le violenze ivi perpetrate causarono una situazione di insicurezza che inibì molte attività produttive e fornì una sorta di “giustificazione” al movimento imperialista europeo.

Inoltre, giunta la fine della tratta, la figura degli africani si arricchì di connotazioni negative, essendo questi percepiti come i veri fautori del movimento schiavista. A tal proposito, in occasione della Conferenza di Berlino (tenutasi tra il 1884 ed il 1885) gli europei manifestarono la loro volontà di portare la “civiltà” nel continente africano, visto come un luogo connotato da pratiche riprovevoli, come il cannibalismo e, appunto, la schiavitù. Per portare avanti questo “nobile” scopo, le grandi potenze che avevano dominato la scena durante il periodo della tratta atlantica ed altre nazioni emergenti (come l’Italia) si spinsero nella c.d. corsa all’Africa⁸, colonizzandone quasi la totalità.

Da ciò si può agevolmente dedurre che la fine di schiavitù e tratta non corrispose ad un superamento della supposta “superiorità” degli uomini bianchi, la quale sopravvisse e si evolse. Nelle Americhe, in particolare, questo fenomeno diede vita al razzismo scientifico⁹ il quale arrivò a postulare una sorta di “giustificazione” dello sfruttamento degli schiavi nelle Americhe, basato su criteri gerarchici determinati da presunti indici misurabili scientificamente.

La piaga della schiavitù risulta essere oggi ampiamente presente in diverse aree del mondo, sebbene con connotati in parte differenti. In questi scenari, caratterizzati da povertà e disperazione, persone di sesso ed età differente vengono adescati al fine di includerli in un circolo vizioso, caratterizzato da sfruttamento e violenza. Per far sì che ciò avvenga, varie organizzazioni criminali offrono la prospettiva di una vita migliore, proponendo viaggi della speranza che si trasformano, sovente, in un vero e proprio inferno. Infatti, dopo aver pagato

⁸ Questo termine indica un fenomeno noto anche come “spartizione dell’Africa”, consistente nell’aumento esponenziale delle rivendicazioni avanzate dalle potenze europee sui territori del continente africano durante il periodo del c.d. nuovo imperialismo (tra gli anni Ottanta dell’Ottocento e lo scoppio del primo conflitto mondiale), nel quale nacquero gli Stati coloniali in Africa nel quadro di una situazione ampiamente sperequata, data dal vantaggio militare ed economico delle potenze europee.

⁹ Tale pseudo-scienza, conosciuta anche con il nome di antropologia razziale o razzismo pseudoscientifico si concreta nello studio di argomenti tesi a sostenere o giustificare con una base scientifica alcune tesi razziali, quali l’inferiorità o la superiorità di alcuni soggetti a discapito di altri. Tale “metodo” si è diffuso nel XVII secolo, per poi scomparire alla fine del secondo conflitto mondiale. Nonostante il razzismo scientifico sia stato ampiamente utilizzato per diverso tempo, a partire dagli anni Cinquanta del Novecento ha ricevuto un sempre più progressivo discredito, cadendo nell’obsolescenza.

Per un quadro più ampio, vedi S. J., GOULD, *Intelligenza e pregiudizio. Le pretese scientifiche del razzismo*, Roma, Editori Riuniti, 1985, passim.

a peso d'oro per intraprendere un'avventura ai limiti della sopravvivenza, i "fortunati" giunti a destinazione si trovano di fronte ad una prospettiva ampiamente diversa da ciò che è stato loro presentato.

Negli ultimi anni, dato anche l'influsso esercitato su questo fenomeno da una società sempre più globalizzata ed interconnessa¹⁰, l'opinione pubblica e l'operato dei legislatori hanno dedicato un'attenzione sempre crescente a queste nuove forme di schiavitù.

Tuttavia, sebbene vi sia questa forte azione da parte diversi attori nazionali ed internazionali tesa a combattere il più possibile tale fenomeno, questo continua ad imperversare. Prendendo atto di questa situazione, vengono continuamente profusi nuovi sforzi sul piano legislativo, allo scopo di colpire in modo sempre più efficace le organizzazioni criminali in questione, le fitte reti internazionali che compongono e gli individui che si celano dietro di esse.

2. La dimensione attuale del fenomeno della tratta.

Ai giorni nostri, la tratta di persone si sostanzia in un fenomeno patologico, connotato da una dimensione internazionale; infatti, i principali "attori" in tale ambito si identificano in organizzazioni criminali transnazionali¹¹.

Oltre alla suddetta caratura internazionale, un altro aspetto caratteristico di tale fenomeno consiste nell'ingente quantità delle vittime coinvolte; infatti, secondo quanto riportato da diversi studi¹², il numero di persone trafficate annualmente si attesta intorno al milione di unità (cifra che si stima essere a ribasso rispetto al dato reale).

Per via dell'ingente portata lesiva di tale fenomeno, i legislatori nazionali hanno predisposto apposite regolamentazioni al fine di poterlo contrastare e, in un'ottica più ampia, prevenire.

¹⁰ Nell'era della globalizzazione, le nuove forme di schiavitù rivestono un ruolo preminente all'interno delle organizzazioni criminali, per i lauti guadagni ad esse conseguenti. Infatti, il forte divario tra Paesi poveri e Paesi ricchi rende inevitabile un massiccio movimento migratorio che, per via dell'ingente numero di persone coinvolte e la limitatezza della capacità d'accoglienza dei paesi di destinazione, sfocia in pratiche clandestine. Per un quadro più ampio, vedi K., BALES, *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Milano, Feltrinelli, 2002, passim.

¹¹ Per maggiore chiarezza, vedi F., CARCHEDI, *La tratta di esseri umani*. Alcuni aspetti delle principali forme di sfruttamento, Brescia, Liberedizioni, 2012, passim.

¹² Per un quadro più ampio, vedi: https://temi.camera.it/leg18/post/pl18_la_tratta_di_esseri_umani_statistiche.html e <https://www.state.gov/reports/2021-trafficking-in-persons-report/italy/>.

Nello specifico, la tratta di esseri umani si biforca in due fattispecie profondamente diverse (seppur sovente confuse tra loro), ossia: la fattispecie di *smuggling* e quella di *trafficking*.

In primo luogo, la fattispecie di *smuggling* è definita dal diritto internazionale come la causazione dell'ingresso illegale¹³ di una persona nel territorio di uno Stato al fine di ottenere, in maniera diretta o indiretta, un vantaggio finanziario o materiale. Tale fattispecie si verifica a seguito di una richiesta espressa da parte dei soggetti intenzionati a migrare ed è seguita dal pagamento di somme di danaro. Una volta raggiunta la destinazione concordata, nella migliore delle eventualità, il rapporto tra i soggetti attivi della fattispecie in parola ed i soggetti passivi giunge al termine.

D'altro canto, la fattispecie di *trafficking* assume connotati marcatamente diversi rispetto alla prima fattispecie e si caratterizza per un disvalore decisamente più elevato; tale fattispecie è definita come il reclutamento, trasporto, trasferimento, occultamento o ricezione di esseri umani, attraverso minacce, uso della forza o altre forme di coercizione, ovvero attraverso rapimenti, inganni, raggiri o abuso di potere, con l'intento di realizzare una situazione di sfruttamento.

La "situazione di sfruttamento" di cui sopra si configura attraverso diversi tipi di fattispecie (tipiche e non), ossia: lo sfruttamento della prostituzione (o altre forme di sfruttamento sessuale), lo sfruttamento lavorativo, la riduzione in servitù, schiavitù o pratiche simili alla schiavitù ovvero la rimozione di organi. Qualora allo scopo di sfruttamento vengano attuate le pratiche appena indicate nei confronti di una vittima di tratta, l'eventuale consenso espresso risulterà essere irrilevante.

Inoltre, una previsione *ad hoc* (particolarmente repressiva) è prevista qualora le condotte di reclutamento, trasporto, trasferimento, occultamento o ricezione vengano a configurarsi nei confronti di soggetti infradiciottenni¹⁴. Infatti, per via della loro particolare vulnerabilità e fragilità non è necessaria la presenza dei mezzi indicati in precedenza, per configurare la fattispecie di *trafficking*. Tale

¹³ Con il termine "ingresso illegale", ai sensi dell'3 lett. b) del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale ed il traffico di migranti via terra, mare ed aria si indica l'atto di attraversare i confini di un Paese, senza adempiere ai requisiti necessari, previsti per l'entrata nel Paese in questione legalmente.

¹⁴ Sul tema, vedi M., DOTTRIDGE, *Kids as commodities? Child trafficking and what to do about it*, Ginevra, International Federation Terre des Hommes, 2004, passim e M., MELROSE, J. J., PEARCE, (a cura di), *Critical perspectives on child sexual exploitation and related trafficking*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 20 – 98.

fattispecie si identifica nella tratta di esseri umani come comunemente intesa¹⁵ e, nello specifico, si esplica attraverso l'adescamento delle vittime, le quali vengono in seguito private dei loro documenti d'identità per poi essere ridotte in schiavitù¹⁶.

In base a quanto detto, possiamo individuare tre differenze cardine tra queste due fattispecie, ossia: il consenso, lo sfruttamento e la transnazionalità.

Per quanto riguarda la prima differenza, i soggetti ricadenti nella fattispecie di *smuggling* esprimono il loro consenso ad essere assoggettati al trasporto, mentre le vittime di *trafficking* o non hanno espresso il loro consenso ad essere trasportate oppure – qualora il consenso ci sia stato – questo è stato loro carpito attraverso false promesse, al fine ultimo di sottoporle a sfruttamento.

Per quanto riguarda lo sfruttamento, la fattispecie di *smuggling* termina nel momento in cui si giunge a destinazione, mentre nella fattispecie di *trafficking* le vittime vengono sfruttate una volta giunte a destinazione ovvero nel corso del viaggio.

Infine, circa la transnazionalità, bisogna notare che nella fattispecie di *smuggling* si verifica in ogni caso il superamento dei confini nazionali, mentre la fattispecie di *trafficking* viene a configurarsi in maniera indipendente dal fatto che le vittime provengono da altri Stati ovvero siano trasportate all'interno dei confini di un medesimo Stato.

Tuttavia, nonostante sul piano teorico ci siano delle differenze che consentono di tracciare in maniera chiara i contorni delle due fattispecie, nella realtà fattuale la distinzione non è sempre netta come appare. Infatti, vi sono casi in cui, sebbene i soggetti passivi realizzino quei comportamenti che sanciscono la verifica della fattispecie di *smuggling*, questi si vedono poi coinvolti in una situazione di sfruttamento tipica della fattispecie di *trafficking*.

In altri casi, gli abusi perpetrati durante il viaggio sui soggetti trasportati fanno sì che non si configuri la fattispecie di *smuggling*, bensì quella di *trafficking*,

¹⁵ Diversi studi statistici si occupano di monitorare l'andamento del fenomeno per poter fornire una congrua risposta in ottica di contrasto ma, soprattutto, di prevenzione di questi fenomeni patologici. In tale ambito, assume particolare importanza il *Global report on trafficking persons*, il quale analizza il fenomeno della tratta di persone a livello globale. L'edizione del 2018 del documento in oggetto mostra un dato molto rilevante e dall'interpretazione duplice, consistente nell'aumento del numero delle vittime di tratta di persone. Questo dato, infatti, sebbene possa essere inizialmente interpretato come rappresentativo di un aumento dell'incidenza della fattispecie delittuosa, può essere caratterizzato altresì da contorni molto più rosei, consistenti in una migliore capacità di analisi e riconoscimento delle vittime di tratta; a sostegno di questa interpretazione, vi è un corrispondente aumento delle condanne per i trafficanti di esseri umani.

¹⁶ Per maggiore chiarezza, vedi A. A., ARONOWITZ, *Human trafficking, human misery: the global trade in human beings*, Plymouth, The Scarecrow Press, 2013, pp. 1 – 55.

tuttavia, affinché ciò avvenga risulta essere necessario che l'abuso persegua una finalità di sfruttamento (l'esporre le vittime di *smuggling* ad un grave pericolo per via del viaggio in imbarcazioni sovraffollate non configura tale finalità¹⁷). Sebbene possa sembrare una differenza di poca importanza, una collocazione erronea dei soggetti attivi nella fattispecie di *trafficking* anziché in quella di *smuggling* porta ad ignorare il motivo per cui i migranti sono spinti a lasciare i loro Paesi d'origine¹⁸. In questo modo, i governi degli Stati d'arrivo giungono sovente alla conclusione per cui l'applicazione della legge risulti essere più importante di assicurare protezione ai richiedenti asilo.

3. L'importanza del formante internazionale: la predisposizione di strategie condivise per l'eradicazione del fenomeno.

Le discipline di contrasto alla tratta delineate nei singoli ordinamenti degli Stati europei risultano essere il frutto della ricezione della normativa europea e dell'adozione delle diverse convenzioni internazionali sul tema. In aggiunta all'ambito strettamente repressivo, anche la disciplina di tutela extra-penale reca una forte connotazione in tal senso e risente quindi dell'influsso di tali formanti. Pertanto, al fine di comprendere le esperienze nazionali non ci si può esimere dall'analisi dei fattori che ne hanno determinato la conformazione.

In prima battuta, bisogna considerare che la tratta di esseri umani configura sia un crimine contemplato dal diritto internazionale penale che una violazione di molteplici diritti umani fondamentali, contemplati da diverse disposizioni internazionali (sia pattizie che consuetudinarie)¹⁹.

¹⁷ A tal proposito, alcune vivide testimonianze di tale turpe fenomeno sono riportate dalla ONG Human Rights Watch, la quale racconta di come vi siano casi in cui i migranti pagano per affrontare il viaggio, ma vengono poi trasferiti ai trafficanti che li imprigionano e li torturano al fine di richiedere un riscatto per riottenere la libertà e proseguire verso la meta. Per maggiore chiarezza, vedi Human Rights Watch, *Pushed Back, Pushed Around, Italy's Forced return of boat Migrants and Asylum Seekers in Libya, Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers*, 2009, pp. 55-57 e Human Rights Watch, *"I Wanted to Lie Down and Die" Trafficking and Torture of Eritrean in Sudan and Egypt*, 2014, pp. I, II, III, 31-41.

¹⁸ Tra i motivi che ingenerano un bisogno tale di fuggire dalla propria terra, a discapito dei pericoli che il viaggio stesso comporta, vi è la guerra. Infatti, il fenomeno bellico è collegato con la tratta da un doppio filo conduttore, configurandosi in maniera sia diretta che indiretta: per quanto riguarda il collegamento nella sua accezione diretta, il fenomeno della tratta diviene una vera e propria parte costitutiva dell'evolversi delle ostilità; mentre, per quanto riguarda il collegamento indiretto vi è una situazione di sfruttamento della difficile situazione in cui versano le vittime da parte dei trafficanti. Per maggiore chiarezza, vedi UNODC, *Countering trafficking in persons in conflict situations*, 2018, pp. 26 – 28.

¹⁹ Per avere un'idea (seppur non completa) della portata del disvalore recato dal fenomeno in parola, ci si riferisce alla violazione, tra le altre, di previsioni contenute nei seguenti documenti internazionali: il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (adottato il 16 dicembre 1966),

Infatti, le vittime di tale fenomeno sono sovente destinatarie di abusi (fisici e psicologici) i quali si estrinsecano in un ampio raggio di trattamenti disumani o degradanti, se non addirittura nella tortura e, sovente, conducono alla morte. In aggiunta agli abusi di cui si è appena discusso, la tratta si intreccia spesso con la riduzione in schiavitù, assumendo sfumature intricate e di difficile interpretazione²⁰. Per tale motivo, anche la risposta fornita risulta essere differente in relazione agli strumenti internazionali presi in analisi: alcuni vietano la riduzione in schiavitù o servitù e la identificano in presenza del fenomeno di tratta, mentre altri si limitano a ribadire il divieto di tali fattispecie ovvero vietano la tratta degli schiavi.

È interessante notare di come la comunità internazionale abbia predisposto i primi strumenti di contrasto alla schiavitù nei primi decenni del Novecento, periodo in cui si registrava ancora la presenza, in diversi ordinamenti, della schiavitù intesa come istituto giuridico²¹.

In tale contesto, per contrastare sia le situazioni in cui la schiavitù era basata su dei presupposti di legge che quelle in cui i suddetti non sussistevano, l'ordinamento internazionale cominciò a farsi sentire, per il tramite della storica Convenzione sulla schiavitù del 1926²². Tale Convenzione, all'interno dell'art. 1 individua la schiavitù come "lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano i poteri tipici del diritto di proprietà o taluni di essi"; in tal modo, essa ha sancito la definizione dell'ulteriore condizione di sottoposizione ad uno "stato assimilabile alla servitù", presente altresì negli strumenti posteriori alla Convenzione del '26. Tuttavia, la definizione di stato servile non è così elastica da ricomprendere tutte le condotte in cui si sostanzia la fattispecie in analisi; infatti, la riduzione in tale stato presuppone una compromissione seria della capacità di autodeterminazione della vittima, tale da impedirle altresì di attuare forme di ribellione nei confronti dei suoi aguzzini.

la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (adottata il 4 novembre 1950), la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (adottata il 27 giugno 1981) e la Convenzione americana sui diritti umani (adottata il 22 novembre 1969).

²⁰ Per maggiore chiarezza sull'argomento, vedi S., SCARPA, *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford, Oxford University Press, 2008, passim.

²¹ L'istituto giuridico della schiavitù consentiva, in presenza di condizioni determinate dalla legge, che un determinato soggetto fosse destinatario di una *capitis deminutio*, a vantaggio di un dominus.

²² Già nel corso dei negoziati tenutisi in occasione della Convenzione sulla tratta del 1926 emerse il bisogno di condannare tutte le situazioni che comportano la reificazione della vittima (condizione individuata in uno stato di completo annullamento della capacità di autodeterminazione dei soggetti passivi delle fattispecie in analisi).

Negli ultimi anni, tuttavia, si è diffusa una tendenza all'equiparazione della schiavitù alla servitù, attraverso un'interpretazione particolarmente ampia delle norme in oggetto scaturita da una decisione della Corte di Strasburgo nel corso del c.d. caso Rantsev²³.

Dopo la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso in analisi, permane ancora una netta distinzione tra schiavitù e servitù (condizioni di assoggettamento pieno) e tratta (mirante alla realizzazione dell'assoggettamento pieno di cui alle fattispecie prima menzionate). Tuttavia, la lettura data dalla Corte non lede l'art. 4 CEDU, in quanto statuisce che la tratta di persone provochi una profonda lesione del bene giuridico della vita, tutelato dall'articolo sopracitato²⁴.

Sebbene tale impostazione abbia dato origine ad alcune critiche provenienti dalla dottrina²⁵, il fatto di far discendere la violazione dei diritti umani dalla tratta fa sì che scaturiscano per gli Stati degli obblighi (consuetudinari e pattizi), diretti alla prevenzione ed al contrasto della tratta ed alla protezione delle vittime²⁶.

In relazione al contrasto alla tratta, anche qui gli sforzi internazionali hanno fatto la loro comparsa agli albori del Novecento, attraverso la predisposizione di una serie di convenzioni internazionali²⁷; i documenti in parola erano diretti a

²³ All'interno del c.d. caso Rantsev, la Corte di Strasburgo fu chiamata a pronunciarsi su di un ricorso presentato da parte del padre di una giovane russa, giunta a Cipro per ragioni lavorative (nello specifico, possedeva un visto per artisti grazie al quale avrebbe dovuto lavorare in un cabaret) e ritrovata morta misteriosamente circa un mese dopo il suo arrivo. La vittima in questione era stata molto probabilmente implicata nella tratta di persone al fine di sfruttamento sessuale; tuttavia, non era ancora sottoposta ad un assoggettamento pieno nei confronti dei suoi aguzzini.

²⁴ In tal senso, la Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso Rantsev statuisce che la tratta di esseri umani reca il medesimo potenziale lesivo del bene giuridico della vita della schiavitù, servitù e del lavoro forzato, identificandosi come "*modern form of the old worldwide slave trade*"; per maggiore chiarezza, vedi la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo "Rantsev c. Cipro e Russia" del 7 gennaio 2010.

²⁵ Secondo alcuni studiosi, nel caso Rantsev la Corte di Strasburgo ha inserito una fattispecie nuova, attraverso un'interpretazione che si pone in netto contrasto rispetto all'art. 4 CEDU, ledendo in tale prospettiva la certezza del diritto.

²⁶ Sul tema, vedi G., CAGGIANO, (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 310 – 335 e D., PERUZZO, *Vittime di tratta e protezione internazionale: una storia ancora tutta da scrivere, in Africa e Mediterraneo*, trimestrale Iscos di cultura, politica, economia, società, 2013, pp. 48 – 51.

²⁷ Nel novero delle convenzioni in parola, vi sono: l'Accordo internazionale per la soppressione della tratta delle bianche (1904), la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche (1910), la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei minori (1921), la Convenzione internazionale per la repressione della tratta di donne adulte (1933), la Convenzione per la tratta di esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione altrui (1950)

contrastare il fenomeno, qualora fosse teso allo sfruttamento sessuale di alcune categorie considerate particolarmente fragili, ossia le donne ed i bambini.

La repressione di tale fenomeno, denominato "tratta delle bianche"²⁸, ha costituito il punto di partenza per lo sviluppo di un'intensa attività di contrasto che, col tempo, non ha mai smesso di evolversi. Infatti, la tratta ha smesso di atteggiarsi come quasi esclusivamente finalizzata allo sfruttamento sessuale, insinuandosi in settori ulteriori e parimenti redditizi; infatti, le organizzazioni criminali di carattere transnazionale hanno sviluppato fitte ramificazioni, costruendo una "macchina dello sfruttamento" di dimensioni mastodontiche. Tale realtà, che si presenta a noi come tristemente attuale, risulta essere caratterizzata dallo sfruttamento di un ingente numero di vittime e dal continuo inserimento in diversi ambiti²⁹.

Per rispondere al continuo mutamento del fenomeno in analisi, la normativa internazionale si è adeguata e, nell'art. 3 lettera a) del Protocollo di Palermo sulla tratta, ha fornito una definizione del fenomeno estremamente ampia al fine di reggere il passo, per quanto possibile, dei diversi mutamenti che si susseguono.

In tal senso, il Protocollo sulla tratta contenuto nella Convenzione di Palermo fornisce una nozione della tratta segnatamente elastica, per includere le varie sfumature del fenomeno e, in aggiunta, predispone una disciplina specifica indirizzata ai minori infradiciottenni in ragione della loro elevata fragilità, che naturalmente sfocia in un'elevata vulnerabilità nei confronti degli aguzzini.

Inoltre, ai sensi di tale Protocollo non rileva il modo in cui è avvenuto l'attraversamento dei confini dello Stato, risultando preponderante la tutela delle vittime di tratta. In tale elemento si apprezza la linea di confine che separa i due protocolli contenuti nella Convenzione di Palermo: il Protocollo sulla Tratta ed il Protocollo per combattere il traffico di migranti via terra mare ed aria (sebbene siano contenuti nella medesima convenzione, il secondo mira maggiormente a salvaguardare la Sovranità dello Stato rispetto ai diritti della vittima³⁰).

²⁸ Tale appellativo deriva dalle caratteristiche del fenomeno in parola, il quale consisteva nello sfruttamento sessuale di donne bianche in Stati diversi da quello d'origine.

²⁹ Accanto alla classica vocazione della tratta come diretta allo sfruttamento sessuale la tratta ha cominciato a lambire ambiti ulteriori (lavori domestici, sfruttamento lavorativo, per mendicare, per ricavarne organi da destinare al mercato nero, ecc...). In tal senso, vedi V., CASTELLI, (a cura di), *Punto e a capo sulla tratta: uno studio sulle forme di sfruttamento di esseri umani in Italia e sul sistema di interventi a tutela delle vittime*, Milano, Franco Angeli, 2014, pp. 40 – 68.

³⁰ Per un Quadro più ampio, vedi A. P., SCHMID, E., BOLAND, *The rule of law in the global village, issues of sovereignty and universality: symposium on the occasion of the signing of the UN*

Tuttavia, nonostante la Convenzione di Palermo presenti un quadro generale particolarmente ampio delle condotte perseguite, questa reca altresì il difetto di delimitare (eccessivamente) il suo ambito di applicazione con riferimento ai casi in cui risulti essere operante un'organizzazione criminale di carattere transnazionale³¹.

Però, secondo l'UNODC la previsione incriminatrice contenuta nella previsione dell'art. 5 del Protocollo di Palermo deve essere applicata altresì nei casi in cui la tratta riveste una dimensione essenzialmente interna ed è portata avanti senza il coinvolgimento di organizzazioni criminali³².

Per quanto riguarda invece le norme nate in seno all'Unione europea, queste sono state parimenti decisive nel contrasto alla tratta di esseri umani, soprattutto per l'adeguamento delle legislazioni interne degli Stati membri³³. Inoltre, le norme in oggetto (secondo quanto si evince sia dall'art. 2 della Convenzione di Varsavia del 2005, che dalla Direttiva 2011/36 dell'Unione europea) mostrano chiaramente di voler predisporre una maggiore tutela per le vittime.

Infatti, sebbene tali norme riprendano pedissequamente la definizione del fenomeno fornita dal Protocollo di Palermo sulla tratta, esse si applicano altresì qualora la fattispecie in parola non coinvolga organizzazioni criminali ovvero qualora sia svolta senza oltrepassare i confini dello Stato³⁴.

Nel loro complesso, le norme di matrice internazionale miranti a contrastare il fenomeno della tratta possono essere suddivise in norme di *hard law* e norme di *soft law*.

Convention against transnational organised crime, Palermo, Italy, 12-14 December 2000, Milano, ISPAC, 2001, passim.

³¹ Sul tema, vedi L., CORAZZA, et al., *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti: asilo, minori, welfare*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, pp. 20 – 85.

³² Per maggiore chiarezza, vedi United Nation Office for Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially woman and children, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime*, Vienna, 2004, p. 258.

³³ Per maggiore chiarezza, vedi V., MILITELLO, et al., *Traffico di migranti e tratta di esseri umani: studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'Unione Europea*, Caltanissetta, Paruzzo, 2019, passim.

³⁴ Per maggiore chiarezza, si sottolinea che nel contesto mondiale le misure di contrasto alla tratta di esseri umani non si limitano a quelle analizzate nel presente lavoro.

In particolare, si segnala la presenza di numerose misure analoghe, riscontrate sia nell'ambito della Convenzione interamericana sulla tratta internazionale di minori (emanata dall'Organizzazione degli Stati Americani e recante una nozione parecchio estesa della tratta di persone) che nel documento redatto dall'Associazione Sud-Asiatica per la cooperazione regionale (tale strumento, tuttavia, risulta avere un campo di applicazione limitato, in quanto mirante all'esclusiva tutela delle donne e delle bambine vittime di prostituzione).

Le norme di *hard law* consistono nel novero delle disposizioni che esplicano un'efficacia di tipo vincolante nei confronti dei loro destinatari. D'altro canto, le seconde provengono dagli organi delle organizzazioni internazionali impegnate nella lotta alla tratta³⁵ e non recano alcuna efficacia vincolante; tuttavia, benché non vincolanti, esse costituiscono un valido strumento per l'interpretazione delle norme del primo tipo e per favorire la nascita di consuetudini internazionali.

I due tipi di norme enumerati poco sopra (*hard law e soft law*) sono orientati al perseguimento di quattro finalità, ossia prevenzione e repressione della tratta, protezione delle vittime e coordinamento della risposta degli Stati.

In tale prospettiva risulta essere altresì nettamente schierata la disciplina della Convenzione di Varsavia; infatti, questa spinge affinché gli Stati aderenti istituiscano un organo di coordinamento nazionale, al fine di incanalare proficuamente gli sforzi degli attori impegnati nella lotta alla tratta negli ordinamenti interni (art. 29 par. 2)³⁶.

4. La disciplina italiana di contrasto alla tratta di esseri umani: l'art. 601 c.p.

La disciplina italiana relativa al delitto di tratta di persone trova la sua collocazione all'interno dell'art. 601 c.p. il quale è stato oggetto di diverse modifiche nel tempo, dirette ad armonizzare l'ordinamento italiano con le disposizioni internazionali di contrasto alle nuove forme di schiavitù.

Le disposizioni internazionali in questione hanno prodotto un forte mutamento della concezione di tratta imperante verso la fine dell'Ottocento, la quale identificava superficialmente tale fenomeno nel traffico di donne al fine di sfruttamento sessuale.

Procedendo per gradi, la previsione esplicita del delitto di tratta all'interno dell'ordinamento italiano si è avuta nel corso della XIV Legislatura³⁷, attraverso l'entrata in vigore della storica Legge 11 agosto 2003 n. 228.

³⁵ In tal senso si è soliti far riferimento, tra le altre norme, principalmente alle seguenti: le raccomandazioni dell'Alto commissariato delle Nazioni unite per i diritti umani, le raccomandazioni del Rappresentante speciale e coordinatore per la lotta alla tratta di esseri umani presso l'OSCE e le raccomandazioni del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

³⁶ Per maggiore chiarezza sull'argomento, tra gli altri, vedi A. T., GALLAGHER, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, passim.

³⁷ La XIV legislatura della Repubblica Italiana ha coperto l'arco temporale ricompreso tra il 30 maggio 2001 ed il 27 aprile 2006.

La legge in oggetto, intitolata "Misure contro la tratta di persone" ha infatti apportato, tra le altre cose³⁸, significative modifiche alle fattispecie che già trattavano la riduzione in schiavitù, id est gli artt. 600, 601 e 602 c.p. I mutamenti in parola erano quantomeno auspicabili, per il fatto che i delitti contro la libertà individuale contenuti nella Sezione I (dei delitti contro la personalità individuale) del Capo III (dei delitti contro la libertà individuale) del Codice penale si dimostravano sempre più inadeguati allo scopo di contrastare la reificazione ed il traffico di esseri umani³⁹; per risolvere tali problematiche, la riforma del 2003 ha prodotto un forte inasprimento delle sanzioni⁴⁰. Tra le innovazioni introdotte vi era altresì un'opportuna precisazione del relativo iter procedurale, la quale ha risolto alcune ambiguità che in precedenza lo caratterizzavano.

In seguito, nel corso della XVI Legislatura si ebbe la ratifica della Convenzione di Varsavia per il tramite della L. n. 108/2010, che ha ulteriormente migliorato la disciplina della tratta. Tuttavia, grazie all'azione avutasi ad opera della L. n. 228/2003, l'ordinamento italiano non ha necessitato di riforme particolarmente incisive e la novella si è quindi limitata ad una revisione della disciplina delle circostanze aggravanti. Infatti, la riforma è consistita nell'abrogazione delle aggravanti ad effetto speciale previste dalla novella del 2003 negli artt. 600, 601 e 602 del Codice penale. Recando tutte la medesima formula⁴¹, tali aggravanti si applicavano qualora i fatti previsti dagli articoli in oggetto fossero stati realizzati a danno di minori (infradiciottenni), e fossero diretti allo sfruttamento

³⁸ La riforma del 2003 ha agito in via collaterale su altri aspetti riguardanti il diritto penale e non solo. Infatti, per quanto riguarda il primo vi è stata una modifica del delitto di cui all'art. 416 bis c.p.: in tal senso, qualora il fine perseguito dall'associazione a delinquere sia ricompreso nelle fattispecie in analisi, è comminata a promotori, costitutori ed organizzatori una pena detentiva dai 5 ai 15 anni, mentre per i meri partecipanti la pena viene innalzata dai 4 ai 9 anni.

Inoltre, sul versante extra-penale vi è la previsione delle c.d. sanzioni pecuniarie per quote nei confronti delle persone giuridiche, qualora i soggetti che rappresentano le suddette o che ricoprono in queste degli incarichi apicali, commettano taluno di delitti previsti dagli artt. 600 – 604 c.p. Tali sanzioni – previste dal d.lgs. n. 231/2001 – si concretano in sanzioni amministrative e possono comportare, nelle eventualità più nefaste, un'interdizione dell'attività istituzionale esplicita dall'ente, sia in termini provvisori che (in *extrema ratio*) definitivi.

³⁹ Sul tema, tra gli altri, vedi G., CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice penale: contributo all'interpretazione della L. 11 agosto 2003, n. 228*, Padova, CEDAM, 2005, pp. 60 – 82.

⁴⁰ Per approfondire il quadro di riferimento, vedi S., APRILE, *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, Padova, CEDAM, 2006, passim.

⁴¹ Per maggiore chiarezza, si riporta la formula precedentemente recata dalle circostanze aggravanti in esame (ora abrogate) la quale recitava: "La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi".

della prostituzione o alla sottoposizione della vittima al prelievo d'organi. In seguito all'abrogazione delle aggravanti di cui sopra, la novella del 2010 ha introdotto nel Codice penale l'art. 602 ter, il quale reca la disciplina delle circostanze aggravanti per i delitti di cui agli artt. 600 – 602 c.p.

Infine, nel 2014 è stata attuata la Direttiva 2011/36 dell'Unione europea, attraverso il d.lgs. n. 24/2014, il quale ha integrato e razionalizzato gli artt. 600 – 601 c.p.⁴².

Per quanto riguarda l'art. 601 c.p., sono state implementate le situazioni che integrano la tratta ed è stata eliminata una circostanza aggravante ad effetto speciale inserita dalla novella del 2003 e che si attivava qualora il delitto fosse stato commesso a danno di infradiciottenni; inoltre, sul piano extra-penale, la riforma del 2014 ha dedicato un'attenzione particolare ai diritti delle vittime di tratta.

Al termine delle modifiche compiute ad opera dalle novelle sopra elencate, la fattispecie di cui all'art. 601 c.p., rubricata "Tratta di persone" risulta essere ampiamente modificata rispetto ai suoi tratti caratteristici che le erano stati attribuiti dal legislatore del '30.

Tali modifiche si rendevano necessarie in considerazione della fisionomia originaria della fattispecie, la quale puniva in modo semplice e sbrigativo la tratta di persone, identificata in una "condizione analoga alla schiavitù". Per comprendere la portata ambigua del testo previgente, basti pensare che gli interpreti erano soliti riferirsi alla Convenzione di Ginevra del 1926 al fine di evitare le possibili interpretazioni arbitrarie che sovente scaturivano dalla lacunosità del dettato normativo⁴³. Una tale modalità d'interpretazione, oltre a non essere rispondente alle innovazioni provenienti dal contesto internazionale, risultava altresì lesiva del principio di tassatività.

⁴² Sul tema, vedi G., CERAMI, *Commento alle modifiche apportate al Codice penale dal d.lgs. 4 marzo 2014 n. 24 di attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie: organo dell'Unione forense per la tutela dei diritti dell'uomo*, 2014, pp. 597 – 640 e A., MADEO, *Il D.Legisl. 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della Direttiva 2011/36/CE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Studium iuris: rivista per la formazione nelle professioni giuridiche*, 2014, pp. 1105 – 1112.

⁴³ Secondo la definizione riportata dall'art. 1 co. 2 della Convenzione di Ginevra, la tratta consiste in: "qualunque atto di cattura, di acquisto o di cessione d'un individuo allo scopo di ridurlo in schiavitù; qualunque atto di acquisto di uno schiavo per venderlo o per cambiarlo; qualunque atto di cessione mediante vendita o cambio di uno schiavo acquistato per essere venduto o cambiato, così come, in generale, qualunque atto di commercio o di trasporto di schiavi".

In seguito alle summenzionate modifiche, il legislatore italiano ha racchiuso nella medesima fattispecie e punito con la medesima previsione sanzionatoria condotte diverse, accomunate dal fine dello sfruttamento delle vittime.

Qui di seguito si riporta l'odierna formulazione della fattispecie in parola, la quale recita quanto segue: "È punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi⁴⁴.

Alla stessa pena soggiace chiunque, anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma, realizza le condotte ivi previste nei confronti di persona minore di età.

La pena per il comandante o l'ufficiale della nave nazionale o straniera, che commette alcuno dei fatti previsti dal primo o dal secondo comma o vi concorre, è aumentata fino a un terzo.

Il componente dell'equipaggio di nave nazionale o straniera destinata, prima della partenza o in corso di navigazione, alla tratta è punito, ancorché non sia stato compiuto alcun fatto previsto dal primo o dal secondo comma o di commercio di schiavi, con la reclusione da tre a dieci anni".

Le modifiche apportate nel tempo sono state così forti da modificare il bene giuridico tutelato dalla norma, il quale si identifica nella dignità umana e non più nello status libertatis della persona. Nonostante ciò, la sede nella quale la norma in questione è collocata continua ad essere il Titolo XII del libro II del Codice penale, precisamente la Sezione I del Capo III. Tale collocazione dimostra il ruolo centrale a cui assurge nel nostro ordinamento la tutela dell'essere umano, per ottemperare alla quale sono duramente condannate tutte quelle condotte che reificano la vittima.

⁴⁴ L'aggiunta delle c.d. modalità tipiche di coazione all'interno del secondo periodo dell'art. 601 co. 1 c.p. è stata apportata al fine di tutelare maggiormente le vittime delle c.d. nuove forme di schiavitù; sul tema, vedi E., CICONTE, P., ROMANI, *Le nuove schiavitù. Il traffico degli esseri umani nell'Italia del XXI secolo*, Roma, Editori riuniti, 2002, passim.

Passando all'analisi della struttura dettagliata dell'art. 601 c.p., i commi 1 e 2 individuano dei reati comuni, mentre i commi 3 e 4 riproducono i vecchi artt. 1152 e 1153 del codice della navigazione (oggi abrogati) e costituiscono rispettivamente: una circostanza aggravante ad effetto comune del delitto di tratta (basata sul possesso di qualifiche soggettive specifiche⁴⁵) ed una fattispecie autonoma che si atteggia come reato proprio ed è ed estesa alla totalità dei membri dell'equipaggio della nave⁴⁶.

La maggiore minuzia si riscontra altresì in relazione alla definizione del soggetto passivo del delitto di tratta, il quale viene disciplinato tenendo conto dello stato specifico in cui questi versa. Infatti, per le vittime di schiavitù e servitù la disciplina specifica è contenuta nel primo periodo del co. 1; mentre, nel secondo periodo del predetto comma è contenuta una disciplina più generale, estensibile ad un numero indefinito di soggetti passivi. Infine, il co. 2 dell'art. 601 c.p. – in ragione della peculiarità delle vittime – dedica una disciplina specifica per i minori vittime di tratta.

Sviluppando tali indicazioni di massima è possibile delineare nell'art. 601 c.p. tre fattispecie astratte, segnatamente differenti tra loro.

Nel primo periodo del comma 1 viene punito "chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600"⁴⁷.

L'elemento soggettivo richiesto al fine della configurazione della fattispecie in parola è il dolo generico, siccome l'art. 601 c.p. null'altro richiede in aggiunta a quanto stabilito.

Tuttavia, qualora il soggetto attivo riduca la vittima di tratta in uno stato di schiavitù o servitù, questi risponderà della fattispecie di cui all'art. 600 c.p., e non del delitto di tratta di persone; ciò è dovuto al fatto che l'art. 601 co. 1 c.p. punisce unicamente il compimento delle condotte configuranti la tratta, qualora siano attuate nei confronti di chi già versa in stato di schiavitù o servitù.

⁴⁵ In tal modo, il soggetto attivo viene individuato come "il comandante o l'ufficiale della nave nazionale o straniera".

⁴⁶ Tale fattispecie si applica solo qualora la tratta di persone dei soggetti presenti a bordo della nave non sia ancora giunta al momento consumativo.

⁴⁷ In maniera molto sintetica, si ricorda brevemente di come l'art. 600 c.p. definisca la condizione di schiavitù come una situazione corrispondente all'esercizio su di una persona di poteri corrispondenti a quelli esercitati su di una *res* da parte del legittimo proprietario (enumerati all'art. 832 c.c.) e la condizione di servitù come quello stato di soggezione continuativa esercitato su di una persona, dal quale deriva la costrizione al compimento di specifiche attività illecite.

In forza delle disposizioni previgenti, si aveva l'applicazione della fattispecie di tratta in alternativa a quella di cui all'art. 602 c.p. qualora vi fosse una struttura imprenditoriale a sostegno degli atti illeciti; tuttavia, oggi è venuta meno la differenza sanzionatoria tra gli artt. 601 e 602 c.p. e, quindi, l'imprenditorialità non assurge più ad elemento per la qualificazione della fattispecie di tratta.

Tuttavia, proprio a causa della possibilità di configurare la fattispecie in parola anche in relazione al traffico di un solo individuo è sorto un ulteriore problema, dato dal possibile concorso di reati qualora ci si trovi al cospetto più vittime, in tal senso la dottrina è divisa.

Secondo alcuni autori, tra cui la Peccioli⁴⁸, qualora vi siano più vittime sussiste una pluralità di reati, rispettivamente in concorso formale o in reato continuato, in relazione alla specifica condotta illecita.

Secondo altri, tra cui il Mantovani⁴⁹, il dato numerico relativo alle vittime diventa non rilevante, qualora ci si trovi d'avanti ad una condotta attuata in un singolo contesto storico.

Nel secondo periodo del comma 1 si delinea una fattispecie che riprende pedissequamente gli orientamenti espressi a livello sovranazionale sulla lotta alla tratta di esseri umani⁵⁰; tale norma si ancora su tre indicatori per tutelare le vittime di tratta (l'utilizzo di strumenti costruttivi, induttivi o il pagamento di somme di denaro al soggetto che esercita l'autorità sulla vittima).

Come è agevole notare, la differenza più consistente tra la fattispecie di cui al secondo periodo del comma 1 e quella del primo periodo risiede nell'elemento soggettivo del reato, il quale risulta qui essere costituito dal dolo specifico.

Infine, il comma 2 dell'art. 601 c.p. punisce la tratta di persone qualora il soggetto passivo della condotta sia un minore (infradiciottenne); in tal caso – in ragione della particolare vulnerabilità della vittima – la previsione si applica altresì in assenza delle modalità di coercizione di cui al comma 1.

Analizzando criticamente la struttura della fattispecie di tratta di persone, si possono evincere chiaramente i meriti dei vari legislatori; infatti, questi hanno

⁴⁸ Per un quadro più ampio in relazione all'opinione citata, vedi A., PECCIOLI, *Giro di vite contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone*, in *Diritto penale e processo*, 2004 p. 103 ss.

⁴⁹ Per approfondire il tema, vedi F., MANTOVANI, *Diritto penale parte speciale - Delitti contro la persona*, Padova, CEDAM, 2019, op. cit., p. 283 ss.

⁵⁰ Sul tema, vedi P., DEGANI, C., PIVIDORI, *Attività criminali forzate e scenari della tratta di persone nel quadro degli attuali fenomeni migratori: Questioni di diritti umani e risposte di policy*, Padova, Padova University Press, 2016, pp. 100 – 130 e P., SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2014, passim.

plasmato una fattispecie dettagliata, ma altresì particolarmente estesa, in ottemperanza delle indicazioni giunte dall'ambito internazionale.

A tal fine, è stata delineata una fattispecie che spicca per la sua rigidità, attributo che risulta chiaramente da diversi indici (l'elevato quadro sanzionatorio, la disciplina delle circostanze aggravanti, la peculiare regolamentazione del tentativo, ecc...).

Considerando quanto detto, è interessante il dato per cui vi sia una scarsissima previsione circa le circostanze attenuanti; infatti, l'unica attenuante prevista dal Codice penale è stata inserita dall'art. 4, della L. 1° ottobre 2012, n. 172 e si sostanzia nell'art. 600 septies 1, che prescrive la diminuzione della pena da un terzo alla metà in presenza di determinate circostanze⁵¹.

Infine, merita attenzione una peculiarità storica (seppur solo formale) del nostro ordinamento, consistente nella distinzione tra la fattispecie tratta di persone e quella di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁵². La distinzione in parola porta alla disciplina delle due materie in sedi diverse, siccome il bene giuridico del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina viene individuato – ex art. 12 TUIMM – nel potere dello Stato di regolare i flussi migratori e la gestione dei propri confini. Da questo elemento discende un diverso "ruolo" del soggetto che si accinge a migrare, il quale da vittima diviene un "semplice oggetto del reato" (sempre qualora vi sia stato inizialmente il consenso di questi).

Inoltre, il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (a differenza di quello di tratta) è caratterizzato dall'internazionalità. Questa differenza formale viene meno nella prassi, dove i fenomeni si sovrappongono attraverso circostanze aggravanti previste dall'ordinamento interno.

Tuttavia, a sostegno della marcata separazione di cui sopra, permane altresì l'opinione di diversi giudici, i quali escludono che si verifichi una confusione tra le due figure di reato per via del diverso bene giuridico da queste tutelato.

⁵¹ La previsione in oggetto recita quanto segue: "La pena per i delitti di cui alla presente sezione è diminuita da un terzo fino alla metà nei confronti del concorrente che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti". L'attenuante in parola era disciplinata già all'interno del vecchio art. 600 sexies c.p., dal quale differisce in ragione della diminuzione delle condotte rilevanti, all'interno delle quali non vi è più il riferimento alla mera collaborazione alle indagini, espunta dal nuovo testo risultante dalla riforma.

⁵² Per un quadro più ampio, vedi V., MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 2018, p. 86 ss.

5. La prospettiva tedesca: la disciplina del § 232 StGB.

Al pari della disciplina italiana del delitto di tratta, anche in Germania le corrispondenti previsioni hanno risentito fortemente dell'influsso esercitato dai vari strumenti sovranazionali in materia.

Infatti, all'interno del Codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*, abbreviato StGB) la disciplina del delitto di tratta (denominato *Menschenhandel*) è contenuta all'interno del § 232, a sua volta collocato nel Titolo 18 che contiene i c.d. reati contro la libertà personale⁵³.

Ebbene, nel novero di tali reati la previsione di cui al § 232 si distingue in quanto è stata oggetto di numerosi interventi di riforma, i quali ne hanno radicalmente modificato l'assetto⁵⁴.

In primo luogo, si segnala l'azione della riforma del 2005 che ha reintrodotto nel sistema tedesco tre previsioni, le quali erano state oggetto di espunzione sette anni prima, ad opera della Legge n. 38/1998⁵⁵. Le fattispecie reintrodotte, le quali sono state incardinate nei §§ 232, 233 e 233a sono ricomparse nel panorama penale tedesco per mezzo degli strumenti internazionali, i quali hanno imposto agli Stati il rafforzamento e l'armonizzazione delle fattispecie interne⁵⁶.

In seguito, si è avuta un'ulteriore riforma del § 232 StGB, data dal recepimento della Direttiva 2011/36 dell'Unione europea. Tale riforma – risalente al 2016 – ha mutato in maniera radicale la fisionomia della fattispecie in analisi, ripercorrendo i tratti caratteristici della direttiva di cui sopra.

⁵³ Tali reati, indicati in tedesco come "*Straftaten gegen die persönliche Freiheit*" corrispondono alle fattispecie contenute all'interno dei §§ 232 – 242 StGB.

⁵⁴ Infatti, le fattispecie contenute all'interno del titolo in parola sono rimaste sostanzialmente immutate rispetto alla loro versione originaria (contenuta all'interno del Codice penale tedesco del 1871). Per un quadro più ampio, vedi W., JOECKS, C., JÄGER, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 13. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2021, § 232.

⁵⁵ La legge n. 38/1998 aveva abrogato parte dei reati in parola (allora contenuti nel titolo 13°) attraverso una modifica dei §§ 180b e 181 StGB. Per maggiore chiarezza, si segnala di come i reati in parola fossero stati a loro volta introdotti nel 1973, per mezzo di una legge che mirava al contrasto dello sfruttamento della prostituzione; il loro ambito applicativo è andato crescendo, con il passare del tempo, attraverso una legge del 1992, la quale ha rubricato tale fattispecie come *Menschenhandel*. Sul tema, vedi W., KÜPER, *Strafrecht, besonderer Teil*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2008, p. 46.

⁵⁶ Si fa riferimento ad alcuni strumenti internazionali analizzati nei paragrafi precedenti (soprattutto, tra gli altri, il Protocollo di Palermo e la Decisione quadro del consiglio n. 629/2002); per un quadro più ampio, vedi F. C., SCHROEDER, *Das 37. Strafrechtsänderungsgesetz: Neue Vorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, pp. 1393 – 1396, J., RENZIKOWSKI, *Die Reform der Straftatbestände gegen den Menschenhandel*, in *Juristen Zeitung*, 18/2005, pp. 879 – 885 e H., STEEN, *Einschränkungen der neuen Strafnormen gegen den Menschenhandel (§§ 232 ff. StGB)*, in *Strafverteidiger*, 2007, pp. 665 – 668.

Tuttavia, la disposizione risultante dalla riforma in analisi non prevede alcuno spazio di non punibilità per le vittime di tratta, in relazione alle attività criminali che sono state costrette a compiere.

La previsione odierna, risultante dalle varie modifiche susseguitesi nel tempo, reca la seguente previsione: "(1) È punito con la pena detentiva da sei mesi a cinque anni, chiunque recluta, trasporta, trasmette, ospita o assume un'altra persona approfittando della sua condizione personale o economica di difficoltà e di vulnerabilità, connessa al soggiorno in uno Stato straniero, ovvero una persona minore di ventuno anni, qualora:

1. questa persona sia sfruttata a) per l'esercizio della prostituzione o la prestazione di atti sessuali in vantaggio dell'autore del reato o di una terza persona o sia costretta a sopportare atti sessuali perpetrati dall'autore o da un terzo, b) nell'ambito di un'attività lavorativa, c) per l'accattonaggio, oppure d) per la commissione di atti illeciti sanzionati penalmente;
2. questa persona è tenuta in condizione di schiavitù, di assoggettamento, di soggezione debitoria o in situazioni corrispondenti o assimilabili;
3. venga prelevato illegalmente un organo a questa persona.

Lo sfruttamento per mezzo di un'attività lavorativa contemplato all'interno del co. 1, n. 1, lett. b) si verifica qualora all'attività lavorativa non segua un compenso per la prestazione offerta, il che si verifica in ipotesi di forte sproporzione dalle prestazioni lavorative offerte, rispetto ad un'attività lavorativa uguale o comparabile (sfruttamento lavorativo).

(2) È punito con la reclusione da sei mesi a dieci anni chiunque, sfruttando un'altra persona nelle modalità descritte nel comma 1:

1. con violenza, minaccia di un male grave o con inganno la recluta, trasporta, trasmette, ospita o assume;
2. la sequestra, se ne appropria o ne agevola l'appropriazione di terzo.

(3) Nelle ipotesi di cui al primo comma la pena della reclusione è da sei mesi a dieci anni, qualora:

1. la vittima era infradiciottenne al tempo della commissione del reato;
2. l'autore compie gravi maltrattamenti fisici nei confronti della vittima ovvero attraverso tale condotta determina con imprudenza il pericolo di morte o un danno grave alla salute;
3. l'autore agisce in modo professionale o in quanto membro di un gruppo criminale, che è continuativamente dedito alla commissione di tali reati.

Nelle ipotesi di cui al secondo comma, la pena della reclusione è da uno a dieci anni, qualora sussistano le circostanze di cui al comma 1, n. 1, 2 e 3.

(4) Nelle ipotesi contenute nei commi 1, 2 e 3 capoverso 1 è punibile il tentativo". Il bene giuridico tutelato dal § 232 StGB consiste nella libertà personale, in un'accezione estremamente ampia e comprensiva delle sue diverse sfumature, ossia: la libertà di scelta, la libertà di movimento ed il diritto all'autodeterminazione.

Nonostante l'ampio spettro di interessi tutelati dalla previsione in parola, la collocazione di tale norma nel Titolo 18 del Codice penale tedesco fa sì che assuma un carattere prioritario la tutela delle situazioni ivi enumerate, "restringendo" il campo d'azione. In definitiva, il § 232 StGB è incardinato sulla protezione della libertà di autodeterminazione della vittima (*Selbstbestimmungsfreiheit*).

Da ciò discende l'inutilità dell'eventuale consenso prestato dalla vittima di tratta nei confronti del soggetto attivo, per via dell'assenza della libertà di autodeterminazione che scaturisce dalla condizione di forte vulnerabilità e fragilità in cui detti soggetti versano⁵⁷. Per chiarezza espositiva, nonostante sia indiscussa la centralità di tale previsione per la tutela del bene giuridico di cui sopra, questo risulta essere parimenti tutelato in altre previsioni del Codice penale tedesco⁵⁸.

Per quanto riguarda la determinazione del possibile soggetto attivo, questo può consistere in qualunque persona (si configura un reato comune, al pari della disciplina italiana).

Tuttavia, l'articolo in parola non risulta essersi adeguato all'art. 5 co 1 della Direttiva 2011/36 dell'Unione europea, il quale prevede che vengano predisposti degli strumenti atti a perseguire le persone giuridiche che hanno beneficiato della commissione del reato di tratta. D'altro canto, siccome la Direttiva lascia ampia libertà agli Stati circa le modalità da adottare per perseguire tale scopo, il legislatore tedesco ha risolto il problema attraverso l'applicazione delle previsioni della legge sugli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeitengesetz*)⁵⁹. In tal senso, il soggetto che ha agito come organo di una persona giuridica nella commissione di tali reati può essere destinatario di una sanzione pecuniaria, secondo il c.d. rapporto di immedesimazione organica.

⁵⁷ Per un quadro più ampio, vedi P., GRAF, A., KUPFER, *Moderne Sklaverei und extreme Ausbeutung in globalisierten Arbeits und Geschlechterverhältnissen: ein Blick auf Deutschland*, in *Femina Politica*, 2016, pp. 9 – 23.

⁵⁸ Ci si riferisce ai delitti contro l'autodeterminazione sessuale, rapina ed estorsione, i quali sono rispettivamente contenuti all'interno dei §§ 174 ss. e 249 ss. StGB.

⁵⁹ Per uno sguardo più ampio sul tema in parola, vedi Böse, Martin, *Strafbarkeit juristischer Personen - Selbstverständlichkeit oder Paradigmenwechsel im Strafrecht*, in *ZSTW*, 2014, pp. 132 – 165.

Riguardo invece al soggetto passivo, nel § 232 StGB si delineano due diverse fattispecie, la cui differenza si basa sulla diversa età della persona offesa, infatti: la prima parte del comma 1 indica come soggetto passivo "chiunque", mentre ai sensi della seconda parte è prevista un'aggravante, nel caso in cui la vittima sia infra-ventunenne.

Nel complesso, le due riforme di cui sopra hanno contribuito ad allargare l'ambito di riferimento del § 232 StGB, ricalcando fortemente le disposizioni internazionali di riferimento⁶⁰.

Inoltre, tale mutamento di prospettiva si inserisce in un ambiente a dir poco prolifico per tali esigenze di tutela, le quali emergono già dall'etimologia della rubricazione del reato in parola; infatti, il termine utilizzato per indicare il reato di cui al § 232 StGB è *Menschenhandel* (commercio di esseri umani) e rimanda alla reificazione della vittima, attuata al fine di poterla sfruttare in attività illecite. Queste situazioni convergenti hanno portato alla formulazione di una fattispecie completa e rispondente al bisogno di fronteggiare un fenomeno patologico vastissimo come quello in parola.

Il quadro che ne deriva si compone di una fattispecie principale (*Grundtatbestand*) contenuta nel comma 1 e in due fattispecie aggravanti (*Qualifikationen*), che sono contenute nei commi 2 e 3.

Cominciando dal primo comma, questo presenta una cornice editale da 6 mesi a 5 anni e si rivolge ad alcune condotte già contemplate nella vecchia nozione di favoreggiamento di cui al § 233a ss. StGB, rubricato "Sfruttamento a seguito di sequestro di persona".

In particolare, le modalità di condotta ivi contemplate sono: il reclutamento (*Anwerbung*), che si verifica nel caso in cui il soggetto attivo spinga taluno a concludere un accordo ovvero un contratto che dà vita all'obbligo da parte sua di compiere un'attività a suo vantaggio⁶¹; il trasporto (*Beförderung*), ossia l'atto di spostare la vittima di tratta; la trasmissione (*Weitergebung*), ossia l'atto di cedere la vittima ad un terzo, al fine di sfruttarla o cederla nuovamente; la concessione di un alloggio alla vittima per un periodo di tempo limitato

⁶⁰ Sul tema, vedi C., LINDNER, *Die Effektivität transnationaler Massnahmen gegen Menschenhandel in Europa: eine Untersuchung des rechtlichen Vorgehens gegen die moderne Sklaverei in der Europäischen Union und im Europarat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, passim.

⁶¹ In dottrina vi sono altre due concezioni differenti che si contendono il campo con quella appena delineata, pur rimanendo minoritarie: la prima indica il configurarsi della condotta in analisi con il verificarsi di una forma estremamente forte ed incisiva di limitazione della capacità della vittima di autodeterminarsi; d'altro canto, la seconda fa riferimento ad un'azione posta in essere dal soggetto attivo e consiste nell'indurre un diverso soggetto a concludere un accordo in base al quale la vittima si vede obbligata all'esplicazione di determinate attività a suo favore.

(*Beherbergung*); l'accoglienza (*Aufnehmen*), ossia la dazione di un posto dove la vittima alloggia per un lasso di tempo indeterminato.

Alla luce di quanto detto, le condotte illecite di cui al § 232 co. 1 StGB risultano essere rispondenti alla risposta di tutela individuata dall'art. 2 co. 1 della Direttiva 2011/36 dell'Unione europea⁶².

All'interno del comma 1 è altresì chiarito che la condotta illecita ivi prevista debba essere connotata (anche alternativamente) da due condizioni inibiscono l'autodeterminazione dei soggetti passivi, ossia: l'approfittamento di una situazione di difficoltà personale ovvero economica della vittima, accertata tenendo conto delle peculiarità del caso⁶³; l'approfittamento della vulnerabilità della vittima straniera, conseguente dal soggiorno in uno Stato diverso da quello d'origine⁶⁴. Tali due condizioni risultano essere oggetto di una disciplina accurata da parte della giurisprudenza tedesca.

Infatti, circa la prima condizione risulta essere sufficiente che il soggetto passivo non possa difendere la propria libertà di autodeterminazione sessuale per via di una situazione di difficoltà nel suo Stato d'origine.

Mentre, circa la condizione di vulnerabilità specificamente individuata per lo straniero, la mancanza di autodeterminazione della sfera sessuale deve scaturire da una situazione di totale dipendenza nei confronti del soggetto attivo⁶⁵ e dall'incapacità di opporsi o cercare di farlo attraverso l'interazione col contesto sociale circostante, per via della mancata conoscenza della lingua tedesca.

Inoltre, lo sfruttamento delle condizioni sopracitate deve avvenire in maniera volontaria da parte del soggetto attivo e, a tal proposito, si delineano differenti modalità di sfruttamento della vittima.

⁶² Per maggiore chiarezza sulle peculiarità della disposizione in analisi, tra gli altri, vedi D., DÖLLING, et al., *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5 Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2021, § 232.

⁶³ In dottrina, la qualificazione delle condotte che integrano la situazione in analisi non risulta essere pacifica. Infatti, per aversi tale condizione secondo alcuni studiosi è sufficiente anche il verificarsi di una difficoltà di natura non permanente, (ad esempio il divorzio o la perdita dell'occupazione); a tal proposito, vedi S., BÜRGER, *Die Neuregelung des Menschenhandels. Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und Schaffung eines stimmigen Gesamtkonzepts?*, in *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2017, pp. 171 – 172.

⁶⁴ A tal proposito, il codice fa riferimento al concetto di "*Hilflosigkeit durch Aufenthalt in einem fremden Land*"; sul tema, vedi T., FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 68. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2021, § 232.

⁶⁵ Sono riconducibili a tale condizione tutte le situazioni connotate dall'assenza della disponibilità di danaro da parte del soggetto passivo, la sua dipendenza dal soggetto attivo per quanto riguarda la disponibilità di un posto ove alloggiare o di cibo con cui sfamarsi; tali situazioni portano la vittima straniera del delitto di tratta ad essere impossibilitata (in maniera piena o parziale) ad esprimere una qualsivoglia negazione avverso le richieste del soggetto attivo.

La prima è lo sfruttamento sessuale, contemplato nel § 232 co. 1 lett. a) StGB e che si realizza già dal momento in cui il soggetto passivo è coinvolto per la prima volta in un'attività che mira alla realizzazione di una prestazione sessuale a pagamento.

La seconda modalità è quella dello sfruttamento lavorativo, contemplato nel § 232 co. 1 lett. b) e che si verifica qualora il corrispettivo spettante al lavoratore non vi sia oppure risulti essere inferiore ad un terzo della retribuzione tabellare normalmente prevista per l'attività considerata; tuttavia, qualora lo sfruttamento sia volto a realizzare l'accontaggio ovvero a commettere altri fatti di reato, la sproporzione rispetto all'attività prestata prescinde dal riferimento al sopracitato indice di 1/3.

In base a quanto detto circa le fattispecie di sfruttamento delineate al comma 1 del § 232 StGB⁶⁶, appare chiaro di come il reo debba ritenere lo sfruttamento come realmente configurabile, senza che rilevi il fatto che lo sfruttamento in parola si realizzi o meno (dolo specifico).

Inoltre, gli ultimi due capoversi del comma 1 presentano altre due modalità in cui l'azione si esplica: il secondo capoverso reca la disciplina delle situazioni in cui la vittima sia mantenuta nelle condizioni di schiavitù⁶⁷, servitù, soggezione per debiti ovvero qualsiasi condizione assimilabile; mentre, il terzo capoverso reca la disciplina del reato di tratta volto all'asportazione illecita di organi⁶⁸.

In conclusione, i commi 2 e 3 del § 232 StGB prevedono due circostanze aggravanti, le quali presentano un diverso quadro edittale.

Riguardo al comma 2, questo prevede una pena detentiva da 6 mesi a 10 anni ovvero da 1 a 10 anni qualora si verificano le situazioni contemplate al comma 1, n. 1, 2 e 3. Inoltre, il § 232 co. 2 n. 1 StGB prevede delle aggravanti scaturenti da alcune modalità particolarmente efferate con cui il fatto di reato viene attuato (violenza, minaccia di un male ingiusto⁶⁹ ovvero l'inganno); in seguito, il n. 2

⁶⁶ A proposito delle varie fattispecie delineate al comma 1 del § 232 StGB, vedi, tra gli altri, A., SPITZER, *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, Berlin, Springer-Verlag, 2018, passim.

⁶⁷ Nell'ordinamento tedesco non vi sono previsioni in merito alla riduzione in schiavitù così come disciplinate dall'art. 4 CEDU. Perciò, qualora si verifichi tale fattispecie vengono in rilievo le previsioni di cui ai §§ 232 n. 2 o 234a StGB; quest'ultimo, rubricato "deportazione di esseri umani", gode dell'innegabile vantaggio di essere applicabile altresì ai fatti di reato commessi al di là del confine nazionale, per via della c.d. clausola di universalità contenuta all'interno del § 6 StGB.

⁶⁸ Tale fattispecie delittuosa era in precedenza già contemplata all'interno della previsione di cui alla c.d. legge tedesca sui trapianti (*Transplantationsgesetz*).

⁶⁹ È interessante sottolineare di come la norma faccia riferimento, relativamente alla minaccia di un male ingiusto, a "Drohung mit einem empfindlichen Übel", enfatizzando una "sensibilità" della sfera personale della vittima.

contempla un'aggravante nel caso in cui il soggetto attivo sequestra la vittima, se ne appropria ovvero ne agevola l'appropriazione da parte di terzi.

In ultimo, il comma 3 prevede la reclusione da 6 mesi a 10 anni qualora si verificano le seguenti circostanze aggravanti: vittima infradiciottenne, compimento sulla vittima di gravi maltrattamenti fisici e compimento professionale della fattispecie delittuosa o nel contesto di una banda criminale⁷⁰. Nei casi di cui ai commi 2 e 3, qualora il soggetto attivo compia più condotte ivi previste questi risponde come autore di un unico fatto di reato e, inoltre, l'elemento soggettivo può consistere (diversamente dal comma 1) anche nel dolo eventuale⁷¹.

Inoltre, al fine della configurazione del dolo come qui delineato non è prescritto che il soggetto attivo abbia piena coscienza del fatto tipico.

Infine, è importante segnalare la perseguibilità del reato di tratta anche al di fuori dei confini nazionali tedeschi, in forza del c.d. *Weltrechtsgrundsatz*, previsto dal § 6 n. 4 StGB⁷².

Tale strumento consente il radicamento extraterritoriale della giurisdizione tedesca, in forza di un criterio di collegamento territoriale che si attiva qualora il soggetto attivo risieda sul territorio tedesco, venga ivi arrestato o qualora venga espulso e ci sia il pericolo che ritorni in Germania⁷³.

6. Riflessioni conclusive.

Sulla scorta dell'analisi condotta nel presente lavoro, risulta chiaro che nel tempo siano stati compiuti innumerevoli passi in avanti nel contrasto alla tratta⁷⁴.

⁷⁰ La norma fa un peculiare riferimento alla c.d. banda armata, la quale differisce dall'associazione a delinquere e trova una specifica disciplina all'interno della previsione di cui al § 129 StGB. Nello specifico, la configurazione della banda armata richiede un *quid minus* rispetto all'associazione a delinquere, per via della mancata previsione del requisito di un'organizzazione in quanto tale e presuppone come elementi identificativi del fenomeno solo la riunione temporanea di minimo tre individui al fine di commettere in maniera autonoma degli specifici fatti di reato.

Per maggiore chiarezza, vedi J., HOFMANN, *Menschenhandel: Beziehungen zur Organisierten Kriminalität und Versuche der strafrechtlichen Bekämpfung*, Frankfurt am Main, Peter Lang Publishing, 2002, p. 304 s.

⁷¹ La condotta deve tendere alla realizzazione del fatto previsto dalla norma penale, con le caratteristiche ivi delineate ed in riferimento alla condizione di difficoltà della vittima.

⁷² Sul tema, vedi A., PETZSCHE, *Soll die Ausbeutung der Opfer von Menschenhandel (§§ 232 a ff. StGB) weltweit nicht mehr durch Deutschland verfolgt werden?*, in *Juristische Rundschau*, 2018, pp. 376 – 385.

⁷³ Per un quadro più ampio, vedi M., DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, passim.

⁷⁴ Sul tema, vedi A., MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, passim.

Tuttavia, tale piaga va ad estrinsecarsi in un'ampia gamma di fenomeni patologici, il che la rende spesso difficile da identificare e ciò influisce altresì sulla risposta di contrasto; per tale ragione, risulta estremamente difficoltosa la predisposizione di una disciplina prestante (sia dal punto di vista penalistico, che extra-penalistico).

Perciò, il formante internazionale ha ricoperto un ruolo di primo piano nella predisposizione di strumenti diretti ad esprimere una risposta quanto più mirata ed efficace⁷⁵; questi hanno riscosso un enorme successo ed hanno visto l'adesione di un numero sempre crescente di Stati. Infatti, solo eliminando le insidie che si annidano nelle discrepanze tra ordinamenti interni e assicurano – talvolta – l'impunità dei malfattori, si può sperare di fornire una soluzione ad un fenomeno di tale portata.

Tuttavia, nonostante la situazione di generale miglioramento, la realtà fattuale e le raccomandazioni dei vari organismi (nazionali ed internazionali) dipingono una situazione molto meno "rosea".

Soffermandoci sul nostro ordinamento, questo risulta essere contraddistinto da un buon livello di ricezione degli strumenti internazionali; ciò sfocia nella predisposizione di una risposta penalistica particolarmente "prestante", coadiuvata da un'attività legislativa sociale e di contorno.

Tralasciando momentaneamente la questione relativa allo stato dell'arte della disciplina penalistica italiana, alcune "note di merito" si rinvergono nell'aumento dei fondi per la realizzazione di campagne di sensibilizzazione ad hoc⁷⁶ e nella prevenzione della tratta di esseri umani a scopo di sfruttamento lavorativo. In aggiunta, sono state implementate le iniziative volte alla formazione degli appartenenti alle forze dell'ordine impegnati nella lotta contro la tratta. Infine, sono state introdotte diverse disposizioni miranti all'eliminazione dei numerosi effetti nefasti prodotti dal c.d. Decreto Salvini, il quale aveva diminuito fortemente le possibilità per le vittime di tratta di ricevere asilo.

Tuttavia, sia il dato fattuale che le numerose raccomandazioni provenienti sia dagli organismi che dagli osservatori internazionali sanciscono che potrebbero essere compiuti maggiori sforzi in tal senso⁷⁷; nello specifico, vi sono molteplici

⁷⁵ Per maggiore chiarezza vedi, tra gli altri, J., ALLAIN, *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, passim e Allain, Jean, *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, passim.

⁷⁶ Sul tema, vedi E., O' BRIEN, *Human Trafficking Heroes and Villains: Representing the Problem in Anti-Trafficking Awareness Campaigns*, in *Social & Legal Studies*, 2016, pp. 205 – 224.

⁷⁷ Le difficoltà in parola si acuiscono nel quadro emergenziale delineato dalla pandemia da Covid-19, in tal senso si è registrata una diminuzione del numero di indagini e procedimenti giudiziari,

settori in cui la normativa italiana risulta presentare delle carenze e dovrebbe, conseguentemente, essere implementata.

Per ciò che concerne la prevenzione della tratta, è da sottolineare l'atteggiamento particolarmente propositivo mostrato da parte del Governo italiano, il quale ha fortemente incrementato gli sforzi profusi in tal senso. Infatti, è stata da questo individuata una Commissione interministeriale ad hoc, con il compito di redigere il Piano d'azione nazionale contro la tratta e coordinare i programmi per la prevenzione del fenomeno e l'assistenza delle vittime.

Tuttavia, nonostante queste note positive, il nostro Paese continua a non essere provvisto di un relatore nazionale unico, capace di valutare in maniera indipendente ed imparziale gli sforzi profusi dal Governo, nonostante vi siano stati numerosi inviti in tal senso da parte delle organizzazioni non governative. Inoltre, sebbene la commissione interministeriale abbia portato avanti il suo operato attraverso strumenti telematici (a causa della pandemia da Covid-19) ed abbia continuato l'attività di aggiornamento del vecchio Piano d'azione (riferito al periodo 2016 – 2018), il Governo italiano non si è mosso verso l'adozione di un nuovo piano.

In aggiunta, particolare importanza in ottica preventiva riveste il contrasto del caporalato; nello specifico, gli indiscussi passi in avanti nella prevenzione e nel contrasto di tale fenomeno sono stati possibili attraverso l'uso delle ispezioni, che hanno risentito fortemente dell'influsso della pandemia⁷⁸.

Ad aggravare il quadro in analisi contribuisce una regolamentazione non efficace del sistema delle agenzie di collocamento, aggravata dalle pratiche delle assunzioni fittizie e del sequestro dei documenti.

In aggiunta a tali evidenze, indicazioni preziose circa le innovazioni da introdurre nel contrasto al caporalato ci pervengono altresì dal Gruppo di esperti del Consiglio d'Europa (GRETA); nello specifico, tale organo ha emanato una raccomandazione indirizzata al Governo italiano, esortandolo ad incrementare il

delle vittime di tratta identificate ed assistite e delle ispezioni sui luoghi di lavoro, rispetto a quanto avvenuto nel corso dell'anno precedente. In aggiunta, alcune delle misure prioritarie volte all'implementazione della disciplina interna consistono nell'adozione (fino ad oggi non verificatasi) di un nuovo piano d'azione a livello nazionale e nella nomina (non ancora effettuata) di un relatore nazionale indipendente.

⁷⁸ Nel 2020 le autorità hanno condotto le ispezioni in 83.421 siti (5.372 con riferimento al solo settore agricolo) e sono riuscite ad individuare 17.788 lavoratori non regolari; questi dati registrano un netto calo rispetto a quelli del 2019 (128.376 siti ispezionati e 5.950 nel solo settore agricolo e 41.000 lavoratori non regolari identificati). La preoccupazione circa il significativo calo delle ispezioni è condivisa anche dai sindacati dei lavoratori.

numero di ispezioni, potenziare la formazione degli ispettori del lavoro ed implementare i metodi utilizzati nei settori a rischio.

Sul versante del contrasto alla tratta, sebbene il quadro penalistico si dimostri adeguato alla repressione del fenomeno in parola vi è stata, soprattutto nell'ultimo periodo, un'applicazione meno puntuale della legge da parte delle autorità nazionali. Inoltre, tali difficoltà risultano essere state acuite dalla situazione pandemica (ancora attuale), la quale ha causato un rallentamento dei procedimenti ed ha limitato la capacità d'indagine delle forze dell'ordine⁷⁹.

Per ciò che riguarda i procedimenti, in aggiunta, questi risultano essere contraddistinti da un funzionamento parecchio farraginoso, causato dalla gestione degli stessi contraddistinta da una particolare lentezza, per via del fatto che una volta accertata la verifica del delitto di tratta, le indagini prendono avvio per mano di un procuratore antimafia il quale, normalmente, dà priorità alle indagini concernenti i *network* criminali. Da ciò scaturisce una tendenza peculiare (e preoccupante) degli operatori, i quali cercano di "risolvere" il problema in analisi attraverso l'aggiramento del meccanismo in questione (incriminando i soggetti attivi per delitti diversi da quello di tratta).

D'altro canto, lo Stato italiano non ha ancora predisposto una banca dati pubblica e centralizzata che contenga informazioni circa le indagini, i procedimenti giudiziari e le eventuali condanne; tale carenza costituisce una criticità di non poco conto nella tempestività della risposta alla tratta ed è stata altresì rimarcata in più occasioni dal Gruppo di esperti del Consiglio d'Europa (GRETA).

Inoltre, le possibilità di prevenzione dei fenomeni di tratta sono altresì limitate dalla scarsa presenza presso i dipartimenti di polizia di traduttori specializzati nei dialetti dei Paesi d'origine delle vittime.

Nel quadro ora delineato, particolare preoccupazione destano le tendenze sempre più violente che animano le azioni compiute dai gruppi criminali

⁷⁹ Basandoci sui dati forniti dal Ministero dell'Interno, nel 2020 sono state indagate per riduzione in schiavitù, tratta di persone ed acquisto ed alienazione di schiavi 254 persone di cui ne sono state processate 106 e condannate 175. Questi dati, tranne quello relativo alle condanne (170 nel 2019) sono nettamente in calo rispetto a quelli del 2019 (il quale reca 323 indagati e 202 processati). In aggiunta, nel 2020 sono state indagate per tratta di minori a scopo di sfruttamento sessuale 116 persone (166 nel 2019). Inoltre, non vi sono dati completi sulle pene comminate, salvo per quanto riguarda la sentenza media per i trafficanti, che si è attestata sugli 8,2 anni nel 2020 (nel 2019 era 6,6 anni).

provenienti dalla Nigeria, i quali mostrano altresì di possedere un sempre maggiore grado di organizzazione⁸⁰.

In tal modo, le organizzazioni criminali in parola riescono ad ostacolare con facilità l'apparato repressivo attraverso continue intimidazioni, rivolte sia alle vittime che alle loro famiglie⁸¹.

In aggiunta alle strategie volte a prevenire ed a contrastare la tratta di esseri umani, particolare importanza riveste la protezione delle vittime. In tale ambito si registra un'intensa attività di collaborazione del nostro Paese con le organizzazioni non governative e con numerose organizzazioni internazionali, al fine di garantire alle vittime sia un alloggio dignitoso che dei servizi di base.

Tuttavia, sebbene vi siano stati sforzi importanti in tal senso, la tutela apprestata risulta essere connotata da una forte disomogeneità all'interno del territorio nazionale (i livelli di efficienza risultano essere in genere più bassi nelle regioni meridionali della Penisola). La situazione in parola risulta essere aggravata dal fatto che il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del consiglio non dispone di fondi e di risorse umane sufficienti ad ottemperare in maniera proficua ai compiti a cui è preposto⁸².

Inoltre, nell'ultimo periodo il *lockdown* ed i divieti di circolazione imposti per fronteggiare la pandemia da Covid-19 hanno accentuato l'isolamento delle vittime, il cui sfruttamento è rimasto confinato all'interno di luoghi privati. Tale situazione ha reso particolarmente difficile l'individuazione e l'attuazione di misure di protezione da parte delle autorità competenti o delle ONG⁸³.

Un altro ambito dell'assistenza alle vittime in cui le misure di contenimento della pandemia hanno causato numerosi problemi è quello della protezione delle vittime al momento dell'arrivo nel nostro Paese; infatti, lo Stato italiano è stato

⁸⁰ Sul tema, vedi A., OSITA, *Corruption and human trafficking: the nigerian case*, in *West Africa Review*, 2003, passim e R. O., IYANDA, *Globalization and rising human trafficking in Nigeria*, in *Kuwait Chapter of the Arabian Journal of Business and Management Review*, 2016, passim.

⁸¹ Un posto rilevante nelle strategie intimidatorie attuate dai gruppi criminali in parola consiste nell'utilizzo di pratiche legate a "riti magici" per scoraggiare la ribellione delle vittime od una loro collaborazione con la giustizia. In tal senso, vedi M., VAN DER WATT, B., KRUGER, *Exploring 'juju' and human trafficking: towards a demystified perspective and response*, in *South African Review of Sociology*, 2017, pp. 70 – 86.

⁸² Anche in questo settore il numero delle vittime assistite risulta essersi contratto: nel 2020 il dipartimento per le Pari Opportunità ha assistito 757 vittime e 745 vittime potenziali (erano 1.877 nel 2019).

⁸³ Le autorità hanno registrato un calo del numero delle vittime individuate nel 2020 (470 vittime, a fronte delle 657 del 2019); nel novero delle vittime individuate 310 erano sottoposte a sfruttamento sessuale e 160 a sfruttamento lavorativo.

costretto a chiudere in maniera temporanea (per quattro mesi) i suoi porti alle navi delle ONG che trasportavano migranti.

In aggiunta, diverse organizzazioni non governative lamentano il mancato rispetto da parte dello Stato italiano delle procedure standard dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, per individuare vittime di tratta tra i richiedenti asilo⁸⁴. Nonostante ciò, merita di essere sottolineato di come il Governo italiano abbia proceduto alla modifica della disciplina del 2018 per i permessi di soggiorno (la quale rendeva i migranti altamente vulnerabili ai trafficanti).

A chiosa del discorso relativo alla protezione delle vittime, vi è stata altresì l'introduzione di un programma di protezione testimoni per le vittime di tratta che prevede altresì la corresponsione di una somma di danaro a titolo di indennizzo; tuttavia, sia il GRETA che numerose ONG hanno sottolineato che la somma risulta essere irrisoria ed il procedimento per goderne troppo complesso. Infine, particolare importanza rivestono le misure di coordinamento tra gli Stati nell'esperimento di una risposta comune alla tratta di esseri umani, soprattutto nel contesto di una realtà altamente globalizzata. In tale ambito, si registra un atteggiamento di chiusura da parte dei funzionari degli Stati da cui le vittime di tratta vengono "attinte", che sovente non collaborano né con le forze dell'ordine dei c.d. Paesi d'arrivo né con gli organismi internazionali impegnati a fronteggiare la tratta. Tuttavia, nel contesto italiano (con tutti i limiti recati dalle problematiche che lo caratterizzano) vengono perseguite in maniera piena le esigenze di coordinamento tra Stati.

Infatti, al pari della quasi totalità delle realtà del continente europeo, vi sono diverse disposizioni (provenienti sia dall'ambito internazionale che da quello interno) volte a predisporre un meccanismo di condivisione dei dati concernenti sia le vittime che gli autori di tali reati, al fine di ottemperare in maniera più effettiva agli scopi sopra delineati (prevenzione, contrasto ed assistenza alle vittime)⁸⁵.

⁸⁴ In particolare, le organizzazioni non governative sostengono di come molte vittime non vengano individuate in maniera consona al loro arrivo e che, per tale motivo, vi sia il rischio che alcune siano classificate come richiedenti asilo o immigrati clandestini, i quali possono essere soggetti all'espulsione dal territorio dello Stato. A tal proposito, le ONG insistono affinché venga concesso più tempo al fine di individuare i rifugiati e i migranti al momento dell'arrivo, ma prendono atto del fatto che le condizioni effettive dei luoghi in oggetto non siano tali da favorire una permanenza superiore a uno o due giorni.

⁸⁵ Sul tema, vedi K., HEA-WON, et al., *The anti-human trafficking collaboration model and serving victims: Providers' perspectives on the impact and experience*, in *Journal of Evidence-Informed Social Work*, 2018, pp. 186 – 203 e H., KONRAD, N., MARQUES, *International Cooperation and*

In conclusione, viene a delinearsi un quadro generale parecchio contraddittorio circa l'ambito del contrasto alla tratta di esseri umani.

Infatti, dal punto di vista della disciplina penale si riscontra un ottimo grado di recepimento degli strumenti internazionali e le disposizioni in oggetto, nonostante gli ormai noti rilievi, risultano essere efficaci (sul piano teorico) a svolgere quell'azione di contrasto a cui sono preposte.

Tuttavia, sul piano dell'effettività le norme in parola non potranno mai esprimere appieno il loro potenziale senza che venga trovata una soluzione ad alcune problematiche riscontrate in due ambiti cruciali della disciplina, ossia l'identificazione delle vittime (che porta, a sua volta, all'individuazione dei trafficanti)⁸⁶ e la predisposizione di un iter processuale rispondente alle esigenze di tutela, ma non affetto dalle lungaggini che spesso portano gli operatori del diritto ad ovviare al problema, attraverso l'utilizzo di "strade alternative".

Inoltre, una disciplina rispondente alle esigenze di tutela necessita di essere affiancata da tutta una rete di norme ed iniziative di carattere extra-penale⁸⁷. In tal senso, per migliorare la situazione odierna sarebbe auspicabile il raggiungimento di un grado di maggiore omogeneità delle misure di tutela, accompagnato da una correlativa maggiore attenzione in merito alle iniziative volte al reinserimento sociale delle vittime. Dopotutto, solo dando alle vittime una speranza concreta di un futuro diverso da quello che le vede legate alle catene dell'oppressione si può arrivare ad ottemperare alla ratio che ispira le norme a loro tutela⁸⁸.

Infine, bisogna continuare a promuovere le iniziative di collaborazione verso quegli Stati che ancora risultano essere in tal senso restii, sia per ragioni legate a paventate "limitazioni della sovranità", sia per le pressioni dei gruppi criminali nazionale (spesso infiltrati sia a livello locale, che centrale).

Coordination: The European Challenge to Combating and Preventing Human Trafficking, Stanford, Center on Democracy, Development, and The Rule of Law Freeman Spogli Institute for International Studies – Stanford University, 2012, passim.

⁸⁶ Sul tema, vedi F., NICODEMI, *La tutela delle vittime della tratta di persone in Italia oggi: riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, pp. 83 – 108 e A., DELLINGER, *Program TESA - Human Trafficking: Education, Screening and Action*, Hickory, Lenoir-Rhyne University, 2021, passim.

⁸⁷ Per un quadro generale, vedi F., URBAN, *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, pp. 121 – 133.

⁸⁸ Per maggiore chiarezza sul tema, vedi P., MAGGIO, *Il contrasto alla tratta di esseri umani tra garanzie del reo e tutela delle vittime*, in *Migrazioni. Diritto e società*, 2018, pp. 155 – 180.

Sulla scorta di quanto esposto nel corso del presente lavoro, appare palese di come solo attraverso il perseguimento delle strategie di miglioramento della disciplina in parola si potrà sperare di assistere ad un'inversione di tendenza in relazione al fenomeno della tratta di esseri umani.

In tal senso, la speranza condivisa (e non irraggiungibile) che anima gli addetti ai lavori consiste di vedere il fenomeno in questione abbandonare il ruolo preponderante oggi ricoperto nella cronaca quotidiana, per occupare una pagina (seppur nera) della storia dell'umanità.