amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 9/2013

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato di redazione

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

La tutela dei minori nell'era telematica

di Cristiana Panebianco

Sommario

1. Premessa; 2. Il Codice di autoregolamentazione Internet e minori e i "contratti" in Rete; 3. Il ruolo dell'Unione europea e del Garante; 4. Il caso Google- Vivi Down e riflessioni conclusive.

1. Premessa

Fino a qualche anno fa, la strada e la piazza pubblica erano i luoghi in cui ci si poteva incontrare per conoscere persone, frequentare per socializzare e per confrontarsi, invece, oggi interagiamo, perlopiù, attraverso chat, social network e community virtuali; infatti, negli ultimi anni, è cresciuta l'utenza domestica della rete ed è aumentato il numero di giovani utenti, bambini e ragazzi, che utilizzano internet per divertirsi ed imparare. Niente di male se il progresso tecnologico attuale aumenta lo scambio di informazioni e migliora la comunicazione, ma siamo sicuri che per i bambini valga la stessa regola? Moltissimi sono i rischi, in parte ancora sconosciuti, che la Rete "offre" agli utenti, segnatamente, ai minori. La promozione e l'incentivazione di strumenti di protezione dovrebbero essere concreti ed efficaci. In letteratura i pochissimi autori che hanno, fino ad ora, colto la nuova sfida educativa sono giunti alla determinazione che non esistono regole idonee ed efficaci alla tutela del fanciullo ne da intromissioni nella sua sfera privata e ne da comportamenti che il fanciullo medesimo potrebbe assumere nella interazione virtuale. Certamente, è innegabile il ruolo dirimente che la diffusione delle risorse telematiche ha determinato in ordine alla sempre aumentata competenza alla socializzazione: purtuttavia gli esperti (pediatri, psicologi, sociologi, educatori) sono divisi, al loro interno, circa la esatta valutazione dei vantaggi e degli svantaggi di tale socializzazione e della esatta individuazione di un armamentario di tutele idonee alla protezione. Invero, la Rete è così foriera di pericoli, di ogni genere e specie, che tipizzarne una fattispecie illecita è, davvero, un lavoro farraginoso e complicato perchè rivolto al tentativo di contenere una serie illimitata di ipotesi fraudolente. Presentandosi come un contenitore vuoto, dunque, la Rete non offre garanzie agli utenti ne tantomeno ai genitori anche se uno studio *EU Kids Online*, finanziato dal *Safer Internet Programme della Commisione europea* ha registrato come su 25.140 internauti tra i 9 e 16 anni soltanto una minoranza è andato incontra a qualche imprevisto. Gli imprevisti telematici si chiamano pornografia, cyber bullismo, *sexting* ((scambio di immagini a sfondo sessuale) e, in via generale, la concreta possibilità di imbattersi in contenuti web non adatti perchè violenti, potenzialmente pericolosi ma, soprattutto, la reale certezza di venire a contatto con persone sconosciute che fabbricano una identità falsa idonea a trarre in inganno l'utente medio, il cosiddetto *grooming*. Di recente, un fenomeno in ascesa è il *tagging* ovvero la sottrazione di messaggi, foto e

 ISSN 2036-7821

scritti personali alla bacheca[1] del proprio autore/padrone, sottraendoli in modo definitivo e insindacabile alla legittima disponibilità dell'autore e, così, generando una sequela di situazioni richiedenti tutela giuridica immediata per frenare il possibile utilizzo distorto ed illecito. Con grande sorpresa gli internauti sono sempre più precoci, la prima volta è a 7 anni (Danimarca e Svezia), a 8-9 anni nella maggior parte degli altri paesi del nord Europa. Il 60% del campione si connette, quotidianamente, spendendo (in media) un'ora e mezza al giorno in rete; i dati salgono al 93% per chi si connette, almeno, una volta alla settimana. Questi dati, unitamente alle riflessioni soprasvolte, illuminano il complicato rapporto tra la tutela di diritti fondamentali – la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di associazione, la libertà di partecipazione, il diritto alla riservatezza, il diritto alla privacy e il diritto all'identità personale – e il nuovo "luogo" offerto dal mondo virtuale, evanescente per natura, pericoloso per definizione e privo di frontiere e confini sicuri. E non solo per ciò che riguarda i minori.

2. Il Codice di autoregolamentazione Internet e minori e i "contratti" in Rete

Il Codice di autoregolamentazione Internet e minori, adottato con molte aspettative il 19 novembre dell'anno 2003, non ha dato i risultati sperati per contrastare i fenomeni telematici degenerativi. Com'è noto lo strumento dell'autoregolamentazione nel campo dell'Internet, incoraggiato dalle fonti nazionali e comunitarie, è stato ritenuto il più adatto alla gestione dei fenomeni della società della informazione Incentrato principalmente sull'esigenza di contrastare la pedo-pornografia online, trascura i temi della protezione del minore inteso come piccolo consumatore e, quindi, come soggetto tutelabile anche in sede civilistica (come contraente) e non soltanto sotto il profilo penale (come vittima di reati).Il Codice manca di attirare l'attenzione su un problema che avrebbe meritato uno spiccato innalzamento della sua tutela ovvero quella relativa alla capacità negoziale del piccolo consumatore. Tale osservazione ci rimanda ad una tematica ancor più spinosa che è rappresentata dalla totale mancanza di una tutela organica ed esaustiva volta alla regolamentazione dei rapporti contrattuali tra i siti social network e i loro utenti e, più in generale, tra i siti web che offrono merce di ogni tipologia e il potenziale acquirente. Una selva oscura che sfugge al riparo dei profili e delle dinamiche contrattuali tradizionali ma, recentemente, si evidenziano i primissimi tentativi di classificare e disciplinare i rapporti contrattuali tra i soggetti dei social network e si parla di "contratto di socializzazione" in Rete. Soffermandoci soltanto su questo aspetto, parte della dottrina li ha considerati contratti di somministrazione mentre altra dottrina ha parlato di contratti atipici similari a quelli relativi al paradigma dell'appalto di servizio.[2]La conclusione del contratto è qui perfezionata nel momento in cui l'utente ha compilato e accettato il relativo format ovvero ha dato il consenso ai propri dati personali e, *in facto*, dato il proprio assenso a tutte le clausole ivi previste. Alcuni di questi contratti non prevedono nessun pagamento ma questa reale gratuità non deve confondere: infatti, il solo trattamento di dati personali è da considerarsi alla stregua di un corrispettivo in forma di denaro giacchè essi rappresentano per i "depositari" una vera ricchezza informativa per i loro interessi commerciali ed economici.[3] Il rapporto tra utente e gestore non è un rapporto contrattuale garantito – giova ripeterlo – innumerevoli sono le clausole di esonero della responsabilità per gli eventuali danni derivanti dall'utilizzo dei servizi e la giurisprudenza è, ancora in tal

[1] Il riferimento è al social network "Facebook" dove la bacheca è il luogo proprio di interazione dell'utente attraverso il quale quest'ultimo comunica e condivide informazioni personali con il resto dei fruitori.

[2] CATERINA, "Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto", 2010.

[3] PELLECCHIA, "Scelte contrattuali e informazioni personali", Torino, 2005.

senso, assente. Rappresentano, effettivamente, realtà contrattuali atipiche dove la compilazione del format è il momento in cui il fruitore consegna se stesso e la sua identità nella disponibilità di una piattaforma mediatica nella quale non si conosce "la volontà dell'altra parte" se non quella manifestata attraverso uno scarno elenco di regole peraltro idonee ad essere modificate unilateralmente. La possibilità di recedere, tuttavia, senza preavviso, è prevista per entrambe le parti.[4] Esistono, nel mondo virtuale, tutta un'altra serie di contratti dove la parvenza di una garanzia viene espressa attraverso il richiamo agli articoli del codice civile inerenti. Si tratta di quegli accordi che prevedono la compravendita di beni di consumo tra i più variegati e vengono protetti attraverso delle metodologie di sicurezza coma le firma digitale ovvero delle password che garantiscono la non lettura dei codici relativi alle carte di credito: le carte di credito, prepagate o meno, rappresentano nel web la tipologia di pagamento più diffusa e, di recente, si è osservato anche il progressivo aumento del conto corrente telematico Paypal[5] la cui utilizzazione viene dichiarata come unica condizione segnatamente per alcuni acuisti.

3. Il ruolo dell'Unione europea e del Garante

La comunità europea ha mostrato vivo interesse per la tematica trattata e, soprattutto negli ultimi anni, è intervenuta più volte cercando di realizzare delle sinergie finalizzate, innanzitutto, a sensibilizzare maggiormente tutti gli Stati membri sulle insidie derivanti dalla Rete e, successivamente, attraverso una serie di atti e raccomandazioni. Nel 2011, la Commissione europea, ha illustrato un dossier "Tutela dei minori nel mondo digitale"[6] in cui sono state analizzate un gran numero di misure adottate dagli Stati per garantire la suddetta tutela e che erano state suggerite dalle raccomandazioni del Consiglio nel settembre del 1998, del Parlamento europeo e, ancora, del Consiglio nel dicembre 2006. Una sorta di verifica per rendersi conto sia della efficacia di quelle misure e sia della loro corretta applicazione ma, soprattutto, dei risultati a fronte di una sostanziale e già evidenziata assenza di regole nazionali ed europee in tema di sicurezza telematica. Ciononostante, la Commissione ha dovuto constatare la completa disomogeneità di un modello unico legislativo anche sul piano sanzionatorio delle strategie volte a rendere più sicura la socializzazione in Rete. Gli Stati membri, infatti, ognuno attraverso la sua peculiarità culturale e legislativa, ha affrontato la suddetta tematica in modo diverso anche dipendentemente dalla valutazione che ciascuno di loro ha operato riguardo la pericolosità della tematica e anche la diffusione stessa della cultura della socializzazione in Rete. Conseguentemente ne è risultato un quadro a dir poco variegato e privo di punti di comunanza degradando, inevitabilmente, il grado di quella Relazione ad un valore meramente informativo sebbene vi si rinvengano suggerimenti importanti e puntuali. Sulla medesima scia, pochi mesi dopo, è intervenuto il Consiglio d'Europa che ha tenuto a precisare in forma solenne l'importanza della creazione o ri-creazione di un habitat mediatico sicuro per le fasce minori e privo dei pericoli testè citati. Un luogo virtuale fondato sui "principi di dignità umana, sicurezza e rispetto della vita privata". La costituzione di filtri anagrafici ovvero un pressante controllo genitoriale potrebbero essere gli efficaci deterrenti secondo l'ottica dell'organo europeo. Un intervento più incisivo è stato effettuato dalla Commissione,

[4] Paradigmatico, in tal senso, è il social network FACEBOOK che recita: " Ci impegniamo a mantenere Facebook attivo, esente da errori e sicuro ma l'utente accetta di utilizzarlo a suo rischio e pericolo".

[5] Paypal è una società che offre servizi di pagamento online e di trasferimento di denaro tramite internet.

[6] COM 556/2011. La Relazione ha tracciato anche degli impegni o codici di condotta degli stati membri contro la navigazione online non protetta. Segnatamente sui seguenti argomenti: siti di socializzazione- fornitori di servizi internet – alfabetizzazione mediale – agenda digitale.

invece, nel gennaio scorso attraverso una proposta di Regolamento[7] con l'intento di adeguare le vetuste norme in tema di trattamento dei dati personali dimostrando così un'attenzione non solo rivolta ai minori ma a tutti i fruitori della Rete indistintamente. Tale regolamento prevede che il consenso al trattamento dei dati personali sia manifestato in maniera *esplicita* e il cosiddetto diritto all'oblio ovvero il diritto di ottenere la cancellazione di dati inesatti, imbarazzanti o addirittura lesivi della propria reputazione e, ancora, la possibilità di ottenere per le Autorità garanti il diritto di punire le aziende che violano la privacy con ammende (fino all'un per cento del fatturato). Il ruolo assunto, invece, dal Garante della privacy è stato di segno francamente opposto ossia incentrato sulla auto responsabilità ed autonomia di pensiero dell'utente – medio – informato: "*i social network sono strumenti che danno l'impressione di uno spazio personale ma si tratta di un falso senso di intimità che può spingere troppo alla personale esposizione. Astieniti dal pubblicare informazioni personali e pensa bene prima di pubblicare foto relative ad altri senza il loro consenso*". Possiamo dire che il Garante spinge ad una autotutela in barba al principio di un legittimo affidamento che – ai meandri della virtualità – è ben lontano e sconosciuto. Risultano, quindi, di fondamentale importanza il controllo delle informazioni inserite, un comportamento attento e prudente e una definizione restrittiva delle impostazioni della privacy che permettono di limitare la disponibilità delle informazioni o meglio la loro visibilità, di scegliere il pubblico dei potenziali lettori ovvero restringerlo.

4. Il caso Google- *Vivi Down* e riflessioni conclusive

Il caso Google – *Vivi Down* [8]fa comprendere come lasciare il medio utente alla libera autodeterminazione sia davvero un forte rischio e, più in generale, come la navigazione via internet sia, ancora, un territorio vergine che chiede un incisivo intervento legislativo. Il caso scaturisce da un accadimento odioso perpetrato ai danni di un ragazzo disabile che viene sottoposto ad una serie di angherie da parte di alcuni suoi compagni di scuola e ripreso in un filmato che verrà poi caricato in Rete e otterrà 500 visualizzazioni fino alla rimozione da parte della polizia postale a seguito della segnalazione da parte di un utente (cosiddetto *flag in*). La querela è stata presentata proprio dalla associazione Vivi Down, trascinata verbalmente all'interno del video – dinnanzi la Procura di Milano che apre un procedimento penale nei confronti dei vertici di Google Italy s.r.l. chiamati a rispondere per concorso nel delitto di diffamazione aggravata (articolo 40 comma 2 e articolo 505 comma 1 e 3) e per il delitto di trattamento illecito dei dati personali (articolo 167 del decreto legislativo 196 del 2003. Il Tribunale di Milano[9]pronuncia una sentenza in cui individua nel gestore di un *Internet Service Provider* il colpevole del delitto di trattamento dei dati personali in assenza di una corretta ed esaustiva pagina di informazioni a disposizione degli utenti giacchè nell'ipotesi di trattamento di dati appartenenti a soggetti terzi e diversi l'*uploader*, il *provider* sia tenuto alla trasmissione elettronica della informativa concernente anche le disposizioni normative relative al trattamento dei dati personali. Il giudice ha escluso, quindi, la configurabilità di un concorso omissivo nel delitto di diffamazione aggravata giacchè non vige in capo al provider un obbligo giuridico di impedire l'evento così come – tra l'altro – stabilisce una direttiva comunitaria[10] che prevede una vera e propria immunità del *provider* senza prevedere una strategia di controllo che viene, *in facto*, relegato agli utenti della community. E' evidente

[7] Regolamento COM 2012.

[8] E' un'associazione di volontariato italiana sora nel 1998 e si occupa di fornire ai soggetti affetti dalla sindrome di Down il necessario sostegno e gli strumenti per sostenere le difficoltà logistiche, burocratiche e sanitarie.

[9] Trib. Milano, 12 aprile 2010, in *Corr. Comm*. 2010.

[10] Direttiva 2000/31/CE.

come questo caso ha suscitato enormi polemiche. Il " conflitto" non era solo quello fisiologico tra le parti processuali coinvolte ma inglobava aspetti ben più delicati e di evidenza intuitiva. Conflitto che ha connotato un processo forte, duro, un conflitto dei e tra i valori. E' il conflitto dei principi, di quelli fondanti quel dato ordinamento giuridico e, quindi, le sue tradizioni, specie quelle non scritte e che traducono il grado di civiltà e di solidarietà umana ma, soprattutto, la dignità di quei principi. Il ruolo del giurista, qui, è delicato, deve trovare un compromesso, una soluzione equa e, tuttavia, spesso, il principio di equità diventa irrichiamabile come nella vicenda considerata. In un caso come quello accennato dove forte è il sentimento di riprovazione verso un accadimento lesivo totalmente della dignità umana e della dignità umana di un soggetto che non può difendersi da se perchè colpito da menomazioni fisiche e o psichiche, trovare quel compromesso è difficile. Difficile anche – ma non solo – perchè è lo sfondo ad essere difficile: ci troviamo in un ambiente virtuale dove tutto parrebbe lecito e l'unica legge davvero efficace sembra essere l'anarchia dell'utente registratosi ma ben lungi dall'essere – la sua "legge"- l'ultima manifestata. Un altro soggetto è pronto, infatti, a registrarsi e basta un click per porre in essere un atteggiamento, una circostanza potenzialmente lesiva per un altro soggetto. In un processo come quello che ha colpito Google, forte è stato il legame tra esigenze commerciali e valori personali: i responsabili del motore di ricerca sono stati assolti creando un precedente giurisprudenziale certamente sovvertibile ma che induce e richiama tutti ad una attenta riflessione sulla urgenza di una organica disciplina normativa e sanzionatoria che sia realmente in grado di tutelare gli accadimenti telematici in tutte le loro declinazioni.