

LUCIA MUSSELLI

## TELEVISIONE E MINORI

**SOMMARIO:** 1. Il « modello » comunitario di tutela dei minori nell'audiovisivo. — 2. La tutela dei minori nella direttiva SMA. — 2.1. Tutela dei minori e *governance* nei servizi di media audiovisivi. — 3. Il recepimento nazionale della Direttiva SMA ad opera del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44.

### 1. IL « MODELLO » COMUNITARIO DI TUTELA DEI MINORI NELL'AUDIOVISIVO.

Il quadro normativo di tutela dei minori approntato dalla direttiva 2007/65/CE<sup>1</sup> (c.d. direttiva sui servizi di media audiovisivi, nel seguito direttiva SMA) costituisce ad oggi il punto di approdo di un percorso iniziato nel settore dell'audiovisivo con la direttiva 89/552/CEE<sup>2</sup> (nel seguito direttiva TSF) e completato da alcuni importanti atti di *soft law*<sup>3</sup>.

In tal senso le ultime novità introdotte sono da leggersi nel segno di una sostanziale continuità con le disposizioni precedenti, men-

\* Relazione al Convegno *Il recepimento della direttiva « Servizi media audiovisivi » e il futuro delle televisioni digitali* svoltosi presso l'Università degli Studi di Roma Tre il 17 marzo 2010. Il testo del D.Lgs. 15 marzo 2010 n. 44 è pubblicato *infra* a p. 157.

<sup>1</sup> Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in GU L 332 del 18 dicembre 2007, p. 27.

<sup>2</sup> Direttiva 89/552/CEE del Consiglio del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive in GU L 298 del 17 ottobre 1989, p. 23. La Direttiva è stata suc-

cessivamente modificata dalla Direttiva 97/36/CE in GU L 202 del 30 luglio 1997, p. 60.

<sup>3</sup> Cfr. Libro Verde sulla tutela dei minori e della dignità umana nei servizi audiovisivi e d'informazione, COM(96) 483 def. e Raccomandazioni 98/560/CE del Consiglio del 24 settembre 1998 « concernente lo sviluppo della competitività dell'industria dei servizi audiovisivi e d'informazione europei attraverso la promozione di strutture nazionali volte a raggiungere un livello comparabile e efficace di tutela dei minori e della dignità umana » in GU L 270 del 7 ottobre 1998 e Racc. 2006/952/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 relativa alla tutela dei minori e della dignità umana e al diritto di rettifica relativamente alla competitività dell'industria europea dei servizi audiovisivi e d'informazione in linea in GU L 378 del 27 dicembre 2006, p. 72 ss.

tre quello che muta — e profondamente — è lo scenario tecnologico in cui le preesistenti previsioni vengono ad essere « ambientate ».

Tuttavia, così come spesso avviene nelle operazioni di « adattamento » di istituti entro diversi contesti non solo tecnologici, ma anche di abitudini e pratiche sociali, ci si chiede se sia possibile limitare la lettura delle novità contenute nella direttiva SMA ad una mera operazione modernizzatrice, ovvero se invece le importanti novità intervenute in questi ultimi decenni, tra l'altro con un processo di accelerazione senza uguali<sup>4</sup>, non abbiano inciso in modo più profondo sui caratteri costitutivi degli istituti giuridici, senza peraltro che si avesse piena percezione di tale fenomeno.

Se ci si pone in questa ottica pare possibile cogliere nell'attuale impostazione comunitaria della disciplina dell'audiovisivo, con particolare riguardo alla *content regulation* ed anche al profilo che qui interessa, quello della tutela dei minori, alcuni tratti peculiari rispetto all'assetto precedente che hanno indotto la dottrina a parlare di un vero e proprio « mutamento di modello » dell'audiovisivo nel bilanciamento degli interessi generali<sup>5</sup>.

Nel seguito cercheremo di indagare alcuni di tali aspetti, facendo particolare riferimento ai mutamenti che investono la *governance*<sup>6</sup> di settore.

Prima però di affrontare tali profili occorre fare un breve accenno al modello comunitario di tutela dei minori nell'audiovisivo, ricordando come in origine la tutela dei minori si presenta come una tutela per così dire « riflessa », in quanto l'obiettivo primario della direttiva TSF era quello di creare un mercato « interno » dei servizi televisivi e la presenza di norme a tutela dei minori (quali l'art. 16, all'interno del Capo IV « Pubblicità televisiva, sponsorizzazione e televendita » e gli artt. 22 e 22-bis entro il Capo V, « Tutela dei minori e ordine pubblico ») si giustifica in un primo momento unicamente in ragione della potenziale incidenza negativa che disparità

<sup>4</sup> In tal senso ricorda A. SCHIAVONE (*Storia e destino*, Torino, 2007, 52) come « oggi basta avere almeno quarant'anni per percepire la sensazione di distacchi epocali da interi mondi di abitudini e di comportamenti perduti, e che si stanno completamente dimenticando ».

<sup>5</sup> In tale ottica vd. P. MONTELEONE, *La Direttiva Servizi di media audiovisivi*, in *Dir. ind.*, 2009, 564 e J.C. BARBATO, *La Directive « service de médias audiovisuels » (SMA): vers un renouvellement du modèle audiovisuel européen*, in *Rev. Du Marché Commun*, 514/2008, 54.

<sup>6</sup> Sulla nozione, in senso giuridico, del termine vd. P. BILANCIA (*Cooperazione e convergenza in un sistema di multilevel go-*

*vernance*, in L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance multilivello regolazione e reti*, Milano, 2008, 4-5) che lo intende come fenomeno tipico delle società complesse la cui essenza è da ritrovarsi in « un nuovo stile di governo, diverso da un modello tradizionale orientato al controllo gerarchico e caratterizzato da forme di cooperazione tra Stato (ma qui potremmo dire, più in generale, tra soggetti pubblici) e soggetti privati, fino alla creazione di un circuito di interrelazioni che costituiscono sistema » e, della stessa autrice, vd. la voce *Governance*, in *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, a cura di M. FLORES, Torino, 2007.

legislative nazionali potevano avere sul funzionamento del mercato interno, mentre la « base giuridica » più generale della direttiva TSF andava identificata negli artt. 47 e 55 del Trattato<sup>7</sup>.

Nel corso del tempo invece la tutela dei minori sembra, almeno in parte, sganciarsi dalla prospettiva prevalentemente « economicistica » in cui veniva letta, intrecciandosi le relative vicende giuridiche, seppure in modo non sempre esplicito, con il processo di costituzionalizzazione dei diritti dell'Unione. Da questo momento emerge con sempre maggiore evidenza come la questione della fissazione di norme protettive si ponga al crocevia tra diritti di rango costituzionali, ora affermati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (vd. in part. l'art. 11 in materia di libertà di informazione e l'art. 24 sui diritti dei bambini) a cui, come noto, l'art. 6 del Tr. di Lisbona riconosce ora lo « stesso valore giuridico dei Trattati »<sup>8</sup>.

Di conseguenza ogni limitazione alle libertà trasmissive, deve oggi essere intesa nell'ottica del bilanciamento tra diritti (vd. Cons. 45 dir. SMA)<sup>9</sup> e risultare proporzionata agli obiettivi da raggiungere.

Adottando una chiave di lettura più ampia nell'ottica della cultura giuridica minorile la normativa comunitaria in materia sembra decisamente essere orientata al c.d. modello della « differenza »<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Come precisa infatti R. MASTROIANNI, (*La Direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009, 53) « l'incidenza dell'intervento di armonizzazione su materie tutt'altro che "mercantili" è stata giustificata in ragione delle difficoltà di funzionamento del mercato interno (in particolare la libertà di prestazione dei servizi) » ed il legislatore comunitario avrebbe mostrato, come è avvenuto in materia di quote di programmazione di produzioni europee, di interpretare con una certa elasticità tale vincolo.

<sup>8</sup> Sulle implicazioni tecnico giuridiche che scaturiscono da tale previsione in ordine ad una valutazione del processo di codificazione dei diritti fondamentali vd. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, 89 ss.

<sup>9</sup> Ove si afferma che « le misure adottate per la tutela dello sviluppo fisico, mentale o morale dei minori e della dignità umana dovrebbero essere attentamente conciliate con il diritto fondamentale alla libertà di espressione sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ». Inoltre con una previsione che si giu-

stifica, probabilmente, con la preoccupazione di introduzione surrettizia di meccanismi di censura, viene precisato che « nessuna delle disposizioni introdotte dalla presente direttiva sulla tutela dello sviluppo fisico, mentale e morale dei minori e della dignità umana richiede necessariamente che le misure adottate per tutelare tali interessi siano attuate mediante una verifica preventiva dei servizi di media audiovisivi da parte di organismi pubblici » (Cons. 47). Sulla rilevanza del profilo del bilanciamento dei diritti vd. E. LIEVENS, J. DUMORTIER, P.S. RYAN, *The Co-protection of Minors in New Media: A European Approach to Co-regulation*, in UC DAVIS J. JUV. L. & POL'Y, 2006.

<sup>10</sup> Per una attenta ricostruzione dei modelli di tutela giuridica dei diritti dei minori che nel tempo si sono imposti cfr. I. FANLO CORTÈS, *Bambini e diritti - Una relazione problematica*, Torino, 2008, in part. 28 ss. L'autrice afferma come « l'ideologia giuridica legata al principio del *favor minoris* passa attraverso la considerazione secondo cui la minore età, nel rilevare alcune differenze specifiche, comporta l'esigenza di un trattamento giuridico differenziato ».

In tale senso i minori sono visti come soggetti deboli, in continua evoluzione, le cui caratteristiche strutturali sono identificate nella debolezza, credulità, inesperienza e nell'incompleto sviluppo di abilità e competenze. Tutto ciò li rende *naturaliter* destinatari di norme protettive.

Di conseguenza le direttive comunitarie in materia costituiscono una regolazione speciale a favore dei minori fondata sul *trattamento giuridico differenziato*<sup>11</sup>.

Tale impostazione è molto evidente, ad esempio, in materia di disciplina della pubblicità commerciale (ed ora in quella delle comunicazioni commerciali audiovisive) ove nell'art. 16 della direttiva TSF veniva fatto esplicito riferimento alla credulità, alla inesperienza ed alla particolare fiducia che i minori riponevano in figure di riferimento, quali i genitori e gli insegnanti<sup>12</sup>.

La scelta operata dal legislatore comunitario non era del resto l'unica percorribile, almeno a livello teorico, essendosi, come noto, affermato da tempo nell'ambito degli studi della teoria e sociologia del diritto, accanto al modello della « differenza », una diversa prospettiva denominata « egualitarista », tesa ad indagare le specificità dei bisogni dei minori in ottica meno paternalistica<sup>13</sup>.

Accogliendo la strada della tutela differenziata il legislatore comunitario, e quindi conseguentemente anche quelli nazionali nell'ambito delle proprie normative di recepimento, si distanziano nettamente da quanto invece si verificava negli Stati Uniti ove, anche in ragione delle difficoltà di apporre dei limiti alle libertà informative (sul punto si ricordano alla fine degli anni Novanta i tentativi, falliti, di regolamentare internet in funzione di tutela dei minori mediante il *Communications Decency Act* (CDA) ed il *Child Online Protection Act* (COPA)), si optò per una soluzione « tecnica » del problema mediante l'introduzione ad opera del *Telecommunications Act* (1996) negli apparecchi di nuova costruzione di un chip elettronico (V-Chip) che permetteva ai genitori di bloccare i programmi<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Più nello specifico, sull'alternativa tra tutela « contenutistica » e tutela « procedurale » dei diritti dei minori in materia televisiva, vd. le lucide considerazioni di L. VASSELLI, *Tv e minori: quale tutela?*, in A. FRIGNANI, E. PODOGHE, V. ZENO-ZENCOVICH, *La televisione digitale: temi e problemi - Commento al D.Lgs. 177/05 T.U. della radiotelevisione*, Milano, 2006, 223 ss.

<sup>12</sup> Sul punto vd. ora la lett. g) dell'art. 3-sexies par. 1 della Direttiva SMA che utilizza espressioni molto simili.

<sup>13</sup> Per una valorizzazione, che va parzialmente in tale direzione, della libertà di scelta dei minori, anche nell'ambito dei

mass-media, vd. l'art. 17 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 20 ottobre 1989 (resa esecutiva in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176). A livello comunitario invece mancava la base giuridica per consentire simili previsioni, tenendo conto degli obiettivi di armonizzazione connessi al funzionamento del mercato interno dei servizi televisivi cui si ispirava la Direttiva TSF. Per una ricostruzione dei diversi modelli di cultura giuridica dei diritti dei minori vd. P. RONFANI, *I diritti del minore*, Milano, 1995, 43 ss. e V. POCAR, P. RONFANI, *Il giudice e i diritti dei minori*, Roma-Bari, 2004, 10 ss.

<sup>14</sup> Tale meccanismo era destinato ad

## 2. LA TUTELA DEI MINORI NELLA DIRETTIVA SMA.

Venendo alla Direttiva SMA possiamo subito dire come sotto il profilo della tutela dei minori il nuovo testo non introduca eclatanti modifiche. Le previsioni protettive in materia erano state ritenute dai soggetti consultati generalmente « soddisfacenti ed adeguate »<sup>15</sup> ed il nuovo testo costituisce, per molti aspetti, uno sviluppo e un completamento di quanto previsto in precedenza.

Neppure muta la tecnica normativa impiegata che, ancora una volta, risulta essere quella della « armonizzazione minima » di norme nazionali.

Gli elementi di novità, invece, rispetto alla versione precedente della direttiva, si ritrovano nella differente graduazione dei limiti posti a tutela dei minori, a seconda delle differenti tipologie di servizi resi.

Come noto, infatti, la direttiva SMA, in questo sì in modo del tutto innovativo, estende la sua portata oggettiva all'*ampio genus* dei « servizi di media audiovisivi »<sup>16</sup>, ricomprensivi dei servizi televisivi tradizionali (c.d. lineari) e di quelli *on demand* (c.d. non lineari)<sup>17</sup>.

Tale ultima categoria non era in precedenza disciplinata dalla direttiva TSF e riceveva una limitata disciplina nell'ambito della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (che però in materia di tutela dei minori poco prevedeva, vd. in part. art. 16 par. 1 lett. e), ove si auspicava l'introduzione di codici di condotta).

operare entro un sistema di *TV Parental Guidelines*, nato per la catalogazione dei programmi su iniziativa della Motion Picture Association of America (MPAA). L'utilizzo di tale strumento non portò tuttavia ai risultati sperati, soprattutto a causa dello scarso utilizzo da parte dei genitori. Sul punto vd. in via sintetica K.C. MONTGOMERY, *Child Protection, Media Regulations for*, in « *The International Encyclopedia of Communication* », Donsbach, Wolfgang (ed). Blackwell Publishing, 2008, [www.communicationencyclopedia.com](http://www.communicationencyclopedia.com).

<sup>15</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 15 dicembre 2003, COM(2003) 784 def. « Il Futuro della politica europea in materia di regolamentazione audiovisiva ».

<sup>16</sup> In tal senso come sottolinea P. MONTELEONE (*La Direttiva servizi di media*, cit. p. 566-567), la Direttiva predilige nel definire il suo campo di applicazione un approccio di tipo globale, anziché procedere (come veniva fatto nella Direttiva

TSF) sulla base di un criterio di ordine eminentemente tecnologico. La previsione di un unico « ombrello regolamentare » per tutti i tipi di servizi rispondeva inoltre alla necessità di rispettare il « principio di neutralità tecnologica », ai sensi del quale non è possibile prevedere discipline differenziate a seconda del tipo di tecnologia impiegata per veicolare il contenuto; sul punto vd. A. CARTA, *La nuova disciplina, comunitaria dei servizi media audiovisivi*, in *Contratto e Impr./Europa* 2008, 898 (a p. 901).

<sup>17</sup> I Servizi di media audiovisivi lineari sono costituiti da « servizi di media audiovisivi forniti da un fornitore di servizi di media per la visione simultanea di programmi sulla base di un palinsesto di programmi » (nuovo art. 1, lett. e) dir. SMA) mentre i « servizi di media audiovisivi a richiesta (o non lineari) » sono rappresentati da « servizi di media audiovisivi forniti da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi al momento scelti dall'utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media » (art. 1 lett. g).

Sottolineandosi in modo chiaro come la tutela dei minori e della dignità umana costituisca uno degli obiettivi di interesse generale che rende necessario un intervento normativo a livello comunitario (Cons. 67), la direttiva prevede un nucleo minimo di norme applicabili a tutti i servizi di media audiovisivi (« regole orizzontali »), nell'ambito del capo II-*bis*, volte a creare un *level playing field*, mentre nell'ottica di una regolamentazione più leggera si disciplinano i « servizi di media audiovisivi a richiesta » (capo II-*ter*)<sup>18</sup>.

Il quadro normativo che emerge dalla direttiva SMA in materia di tutela dei minori risulta complessivamente arricchito di norme, presenti ora in tre capi diversi della direttiva: il Capo II-*bis*, che prevede disposizioni applicabili a tutti i servizi di media audiovisivi, il « vecchio » Capo V, dedicato alla tutela dei minori nelle « trasmissioni televisive », ora composto unicamente dall'art. 22 che non viene ad essere modificato rispetto al passato<sup>19</sup> ed il Capo II-*ter* che prevede la disciplina dei servizi di media audiovisivi a richiesta.

Cercando di sintetizzare il contenuto di tali previsioni possiamo proporre la seguente schematizzazione, a seconda del tipo di categoria di servizi di media audiovisivi.

A) Disposizioni in materia di tutela dei minori applicabili a « tutti » i servizi di media audiovisivi.

Gli Stati membri debbono assicurare, con misure adeguate, che i servizi di media audiovisivi forniti da fornitori di servizi di media audiovisivi soggetti alla loro giurisdizione non contengano « alcun incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità » (Art. 3-*ter*)<sup>20</sup>. Questa previsione non è rivolta espressamente alla tutela dei minori (anche se la *sedes materiae* originariamente prevista nella direttiva TSF era il capo V sulla tutela dei minori), ma dei diritti delle persone in generale; tuttavia viene qui ad essere richiamata per la funzione cruciale che svolge *anche* nell'ottica di protezione dell'infanzia.

Altre previsioni rivolte a tutti i servizi di media sono presenti in materia di comunicazioni commerciali, tra queste la più significativa appare quella di cui all'art. 3-*sexies*, par. 1 lett. g) secondo cui le comunicazioni commerciali audiovisive non debbano arre-

<sup>18</sup> La spiegazione di tale differenza va ravvisata nel maggior controllo da parte degli utenti sui servizi a richiesta; sui profili, anche problematici, di tale aspetto vd. A. CARTA, *La nuova disciplina*, cit., 904.

<sup>19</sup> In tal senso si è persa l'opportunità, come da taluni auspicato (sul punto vd. il par. Comunicazione « Il futuro della politi-

ca europea in materia di regolamentazione televisiva », 3.6 « Protezione dei minori e dell'ordine pubblico »), di pervenire ad una chiarificazione della portata dei commi 1 e 2 dell'art. 22 della Direttiva TSF.

<sup>20</sup> Sul ruolo delicato che la CGCE sarà chiamata a svolgere per interpretare tali concetti indeterminati vd. R. MASTROIANNI, *op. cit.*, 87.

care pregiudizio fisico o morale ai minori secondo le modalità a titolo esemplificativo indicate<sup>21</sup>.

In senso più specifico viene poi previsto che le comunicazioni commerciali audiovisive per le bevande alcoliche non debbano rivolgersi specificatamente ai minori né incoraggiare il consumo smodato di tali bevande (art. 3-*sexies* par. 1, lett. e)).

Sempre in materia di comunicazioni commerciali si ritrovano come ulteriori previsioni il divieto di *product placement* nei programmi per bambini (art. 3-*octies*, par.1), mentre in virtù del carattere meno lesivo si demanda ai singoli Stati membri la scelta se vietare o meno la sponsorizzazione di programmi per bambini (art. 3-*septies* par. 4)<sup>22</sup>.

#### B) Tutela dei minori nelle « trasmissioni televisive ».

La norma di riferimento è ora rappresentata unicamente dall'art. 22, uguale alla precedente formulazione che vede come destinatarie le « emittenti televisive ». Del tutto opportunamente la titolazione del capo V viene qui ad essere cambiata divenendo « Tutela dei minori nelle trasmissioni televisive » e scomparendo il riferimento all'« ordine pubblico ».

Il mantenimento di un capo separato per tale previsione si giustifica in virtù del fatto che esso, riferendosi ai soli servizi di media audiovisivi lineari<sup>23</sup>, non poteva essere inserito nell'ambito del Capo II che disciplina *tutte* le tipologie di servizi di media audiovisivi.

In conclusione quindi l'art. 22 può essere letto come una norma protettiva applicabile a tutti i servizi di media (vecchi e nuovi media audiovisivi) ad eccezione di quelli *on demand* che trovano invece una disposizione specifica nell'ambito dell'art. 3-*nonies*.

#### C) Disposizioni in materia di tutela dei minori applicabili unicamente ai « servizi di media audiovisivi a richiesta ».

Con riferimento a tali tipologie di servizi si prevede, ancora una volta sotto forma di obbligo per gli Stati membri, di adottare le misure atte a garantire che « i servizi di media audiovisivo a richiesta

<sup>21</sup> La lett. g) dell'art. 3-*sexies* così recita « Le comunicazioni commerciali audiovisive non arrecano pregiudizio fisico o morale ai minori. Non esortano pertanto i minori ad acquistare o locare un prodotto o un servizio sfruttando la loro inesperienza o credulità, né li incoraggiano a persuadere i loro genitori o altri ad acquistare i beni o i servizi pubblicizzati, né sfruttano la particolare fiducia che i minori ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altre persone, né mostrano senza motivo minori che si trovano in situazioni pericolose ».

<sup>22</sup> Nel nuovo art. 39 c. 6 del D.Lgs.

177/2005, così come novellato dal D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44, di recepimento della direttiva SMA, si è optati per l'opzione più rigorosa del divieto di mostrare il logo di una sponsorizzazione durante i programmi per bambini, i documentari e i programmi religiosi.

<sup>23</sup> Ai sensi del combinato disposto delle lett. e) ed f) dell'art. 1 della Direttiva SMA per « emittente televisiva » si intende un fornitore di servizi di media di radiodiffusione televisiva, venendo questi ultimi identificati nei servizi di media audiovisivi lineari.

forniti da un fornitore di servizi di media soggetto alla loro giurisdizione che potrebbero nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori siano messi a disposizione del pubblico solo in modo da escludere che i minori vedano o ascoltino normalmente tali servizi di media audiovisivi a richiesta » (art. 3-*nonies*).

Particolare attenzione viene qui posta, per l'operatività del regime più liberale, alla modalità di messa a disposizione di certi contenuti.

### 2.1. *Tutela dei minori e governance nei servizi di media audiovisivi.*

Veniamo ora ai tratti di novità contenuti nella direttiva con particolare riguardo al nuovo modello di *governance* dell'audiovisivo.

Sul punto possiamo affermare come la regolazione pubblicitaria della tutela dei minori nell'ambito dell'audiovisivo possa essere ascritta all'interno di una più ampia tendenza che percorre numerosi settori del diritto pubblico e che sembra articolarsi in due direzioni. Da un lato assistiamo ad un significativo arretramento del ruolo dello Stato<sup>24</sup> a favore di forme innovative di *governance* a livello nazionale o sopranazionale, caratterizzate dal potenziamento degli elementi della partecipazione e della consensualità e dall'altro acquisiscono sempre maggiore spazio fonti di *soft law* rappresentate non solo dalle « classiche » « Comunicazioni » e « Raccomandazioni » comunitarie, ma anche da « linee guida », *best practices* e codici di condotta, accumulate dalla « non imperatività delle loro indicazioni, pur nella diversità dei rispettivi procedimenti di formazione »<sup>25</sup>. In questo modo, com'è stato efficacemente ricordato, « contrariamente alle direttive TSF, la direttiva SMA non si contenta di prescrivere gli obiettivi da raggiungere, ma incoraggia anche gli Stati a ricorrere a determinati modi di *governance* e si intromette così nei processi di produzione

<sup>24</sup> L'elemento della « forza declinante dello Stato », come in modo suggestivo è stato riassunto tale processo da S. CASSESE, nel suo saggio *Un diritto senza Stato* (S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto - Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, 30), determina l'affermarsi di scenari nuovi e particolarmente interessanti come quello delle reti infrastatali e sociali e di nuove forme di regolazione sovranazionali. Su tali ultimi fenomeni, che si intrecciano anche con il nostro tema, seppure in ottica più ampia, vd. in particolare L. AMMANNATI (*Governance e regolazione attraverso reti*, in *Governance multilivello*, cit., 183 ss.)

che collega la vicenda dell'affermazione del fenomeno delle reti al passaggio dall'armonizzazione al criterio del mutuo riconoscimento. In tal senso la forma organizzativa della rete, per i suoi caratteri inclusivi e di coordinamento non gerarchico, pare destinata a divenire modello paradigmatico, anche se al centro di importanti processi di trasformazione, della nuova *governance* comunitaria.

<sup>25</sup> In tal senso vd. G. DE MINICO, *La soft law: nostalgie e anticipazioni*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2008.

normativa a livello nazionale. Nel medesimo senso essa influenza anche l'organizzazione istituzionale degli Stati in materia di regolamentazione dei media »<sup>26</sup>.

Venendo in modo più specifico alla tematica della tutela dei minori nell'audiovisivo, possiamo oggi affermare come questa costituisca, proprio in ragione delle specificità ivi ravvisabili, determinate dalla tensione tra diritti ed esigenze potenzialmente in conflitto (libertà di manifestazione del pensiero vs. tutela dell'infanzia, armonizzazione vs. salvaguardia delle specificità etico-culturali), un interessante banco di prova ove sperimentare nuove soluzioni di regolazione e coordinamento tra i diversi soggetti coinvolti (Stati, istituzioni, imprese ed associazioni rappresentative degli interessi dei minori).

In particolare, come si ricava dai vari documenti comunitari in materia di audiovisivo a partire dalla Racc. 98/560 (ma vd. anche le Relazioni della Commissione sull'attuazione della dir. TSF e, da ultimo, la Dir. SMA) possiamo vedere come accanto alla *direct regulation* si affianchino i diversi modelli della *self regulation* e della *co-regulation*.

Proprio quest'ultima modalità regolativa, al di là delle diverse letture proposte in dottrina come « Enforced Self-Regulation »<sup>27</sup>, come « Two-Tiered Regulation » o come « Consensual Regulatory Process »<sup>28</sup>, pare destinata a giocare, in ragione della propria flessibilità operativa, della sua capacità inclusiva dei diversi interessi coinvolti e della possibilità di garantire il mantenimento di livelli « ragionevoli » di differenze tra gli Stati, in funzioni delle diversità etico-culturali, un ruolo cruciale nel settore qui considerato<sup>29</sup>.

Sul punto l'esperienza italiana rappresentata dall'art. 10 della c.d. Legge Gasparri, ora confluito nell'art. 34 del D.Lgs. 177/2005 è stata particolarmente interessante ed innovativa ed il modello del Codice di autoregolamentazione Tv e minori (ora ridenominato

<sup>26</sup> Così P. MONTELEONE, *La Direttiva Servizi di media audiovisivi*, cit., p. 576. Sul punto ad es. l'art. 23-ter afferma che « gli Stati membri adottano le misure necessarie per scambiare tra loro e comunicare alla Commissione le informazioni necessarie ai fini dell'applicazione delle disposizioni della presente Direttiva, in particolare degli articoli 2, 2-bis e 3, segnatamente mediante i loro competenti organismi di regolamentazione indipendenti ».

<sup>27</sup> È questa la nota tesi affermata da J. BRAITHWAITE, nel suo fondamentale saggio *Enforced Self-Regulation: a new strategy for corporate crime control*, in *Mich. Law Rev.*, 1982, 1466 ss.

<sup>28</sup> Sul punto per un'accurata ricostru-

zione dei contributi della letteratura internazionale in materia di Co-regulation vd. AA.VV., *The Co-protection of Minors*, cit.

<sup>29</sup> In tal senso vd. la Quarta relazione della Commissione in applicazione della Direttiva TSF, p. 32 in cui si afferma che « la coregolamentazione permette, nel quadro di un atto legislativo, di rinviare l'attuazione degli obbiettivi definiti dal legislatore comunitario a misure di competenza delle parti riconosciute in tale ambito (...) Questo approccio può risultare utile laddove occorranno misure flessibili e/o urgenti purché tali misure non richiedano un'applicazione uniforme nella Comunità e non interessino le condizioni di concorrenza.

Codice media-minori) e del relativo Comitato di applicazione, per la sua natura fortemente giuridicizzata pare ascrivibile, a dispetto della denominazione<sup>30</sup>, all'ambito dei modelli coregulativi.

### 3. IL RECEPIMENTO NAZIONALE DELLA DIRETTIVA SMA AD OPERA DEL D.LGS. 15 MARZO 2010 N. 44.

La disciplina giuridica italiana in materia di tutela dei minori ha conosciuto una svolta fondamentale con l'approvazione della l. 112/2004. Al riguardo infatti l'art. 4 c. 1 lett. b) e l'art. 10 della l. 112/2004, poi confluiti negli art. 4, 34 e 35 del D.Lgs. 177/2005, configurano un sistema avanzato di tutela dei minori le cui novità principali rispetto al passato, oltre ad un apprezzabile inasprimento sanzionatorio, sono rappresentate dalla « positivizzazione » del Codice di autoregolamentazione TV e minori entro una fonte di primo grado, così come dalla differente graduazione dei divieti, con la previsione di un regime più liberale per le « trasmissioni ad accesso condizionato caratterizzate da un sistema di controllo specifico e selettivo »<sup>31</sup>.

Venendo invece agli aspetti di modifica dell'assetto vigente ad opera del decreto legislativo n. 44/2010 di recepimento della Dir. SMA la prima sensazione che si coglie è quella, accanto alla conferma di precedenti limitazioni, ora estese al più ampio ambito oggettivo dei servizi di media audiovisivi (vd. ad es. l'art. 32 c. 5 ove si ritrova la necessità che questi rispettino « la dignità umana e non contengano alcun incitamento all'odio bastato su razza, sesso, religione e nazionalità ») di un approfondimento del livello di tutela come ad esempio in materia di comunicazioni commerciali audiovisive ove vengono previste norme *ad hoc*<sup>32</sup>. Continuando sulla strada aperta dalla l. 112/2004 si riprende nel decreto (nuovo art. 34 c. 1 e 2) la tecnica della graduazione dei divieti a seconda dei tipi di servizi resi, con esiti non sempre soddisfacenti sotto il profilo della chiarezza formale, con particolare riguardo al collegamento tra la nuova previsione contenuta al c. 3, relativa alla limitazione diurna della visione di servizi per adulti e i commi 1 e 2<sup>33</sup>.

In senso invece radicalmente innovativo il decreto dispone importanti indicazioni di carattere operativo che vanno nella dire-

<sup>30</sup> Per una dequotazione dell'elemento formale della denominazione nazionale accolta dai diversi paesi membri, come « autoregolamentazione » o « coregolamentazione », a favore di un approccio maggiormente sostanzialistico vd. la Comunicazione « Il Futuro della politica europea in materia di regolamentazione audiovisiva », cit., p. 26.

<sup>31</sup> Sul punto, per una descrizione più

analitica delle novità contenute nella l. 112/2004, sia consentito il rinvio a L. MUSSELLI, *Televisione e minori: tutela pubblica*, Milano, 2009, 64 ss.

<sup>32</sup> Come il nuovo art. 36-bis del decreto legislativo 177/2005 c. 1 lett. e) e g) e c. 2.

<sup>33</sup> Su tali aspetti problematici vd. in particolare, in questo stesso Convegno, la Relazione di S. BOCCALATTE, *I servizi audiovisivi per « adulti »*.

zione di colmare il *gap* tra teoria e prassi sovente denunciato in dottrina.

In tale direzione vanno almeno due previsioni. In primo luogo il decreto introduce la necessità dell'uniformazione dei criteri di classificazione dei contenuti ad accesso condizionato (art. 34 c.1, seconda parte), indicando il Comitato di applicazione del codice media minori d'intesa con l'AGCOM come il soggetto che dovrà formulare i relativi criteri, poi approvati con decreto ministeriale.

La disciplina della classificazione, che dovrà andare nella duplice ottica del *Contet labelling* e dell'*Age rating*<sup>34</sup>, risulta oggi assolutamente centrale ed è rimasta fino ad ora in ombra nella riflessione giuridica interna, venendo la questione demandata all'auto-determinazione degli operatori. Tale previsione costituisce dunque un innegabile passo in avanti rispetto al passato seppure in prospettiva futura un approccio unicamente nazionale non pare soddisfacente, dovendosi probabilmente arrivare, e in tal senso sono già orientati alcuni documenti comunitari<sup>35</sup>, a definire criteri comuni a livello europeo, similmente a quanto si è verificato per il sistema facoltativo di classificazione dei videogiochi denominato PEGI (*Pan European Games Information*).

La seconda novità di carattere concreto si ritrova in materia di *parental control* ove i contenuti classificati a visione « non libera », secondo la nuova procedura di classificazione debbono essere di *default* bloccati dai fornitori di servizi di media, salva la possibilità per l'utente di disabilitare tale funzione, digitando un apposito codice che verrà comunicato in via riservata unicamente al titolare maggiore del contratto di abbonamento (nuovo art. 34 c. 5 lett. a) e b)).

Sotto il profilo organizzativo va poi salutato con particolare favore, per il coinvolgimento degli *stakeholder* del settore, il richiamo alla *co-regulation* nella disciplina di dettaglio relativa all'individuazione degli accorgimenti tecnici di filtraggio (art. 34 c. 5).

Concludendo, possiamo dunque affermare come l'articolo 9 del Decreto legislativo n. 44, dedicato alla « Tutela dei minori », che

<sup>34</sup> Vd. C. PALZER, *Horizontal Rating of Audiovisual Content in Europe - An alternative to Multi-Level Classification?*, 10 *Iris Plus*, 2003, 4.

<sup>35</sup> Sul punto la Commissione europea, nella sua Quarta relazione della Commissione in applicazione della Direttiva TSF (cit. p. 16) aveva sottolineato come i sistemi di classificazione non solo fossero disomogenei tra Stato e Stato, ma spesso anche all'interno di uno stesso Stato si riscontrarono rimarchevoli differenze a seconda della forma di distribuzione (televisione, cinema, online o DVD). Facevano eccezioni a tale quadro alcuni paesi, come i Paesi Bas-

si con il NICAM che avevano optato per un sistema di classificazione unico per tutti i mezzi di comunicazione. L'ulteriore frontiera della classificazione sarebbe quella di arrivare ad un sistema paneuropeo di autoregolamentazione o coregolamentazione in base all'età applicabile all'insieme dei media; sul punto vd. le Conclusioni della Comunicazione della Comunicazione della Commissione al parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sulla protezione dei consumatori, in particolare dei minori, per quanto riguarda l'utilizzo dei videogiochi.

modifica l'art. 34 del D.Lgs. 177, favorendo un approccio maggiormente pragmatico alla materia, con particolare riguardo ai *tools* della regolazione, costituisca un sicuro passo in avanti nell'accrescere il tasso di « quotidiana » efficacia della tutela dei minori.

Ci si rende conto però che la tutela dei minori, in un approccio più ampio, trovi nel diritto solo riposte parziali e talora insoddisfacenti. Sul punto occorre registrare come accanto ai pericoli più immediatamente percepibili con riferimento alla violenza o all'esposizione ad « *inappropriate contents* » (per i riferimenti di natura sessuale) la dottrina, soprattutto nordamericana, si interroghi di recente sui costi, anche psicologici, che la veicolazione di comportamenti fortemente consumistici indotti dalla pubblicità (o da alcune sue varianti particolarmente aggressive) potranno produrre nei confronti di generazioni di adolescenti o preadolescenti trasformati sempre più in « *Consuming Kids* »<sup>36</sup>.

Questa sarà probabilmente la sfida prossima e futura che impone una delicata operazione di bilanciamento tra valori costituzionali. In tale operazione però il diritto non potrà procedere in autonomia; ma solo nel dialogo fecondo tra le diverse discipline delle scienze sociali ed applicate coinvolte (sociologia, scienze dell'educazione, economia, psicologia, pediatria) si potrà pervenire alla definizione delle possibili e più efficaci strategie.

---

<sup>36</sup> Per una panoramica generale vd. S. LINN, *Il marketing all'assalto dell'infanzia*, Milano, 2005, in part. 28 ss. e in modo

più specifico T. KISSER, *The High Price of Materialism*, Cambridge, MIT Press, 2002.