

LUCIA MUSSELLI

INTERNET E TUTELA DEI MINORI

SOMMARIO: 1. La digitalizzazione: il mutamento di paradigma. — 2. Internet e minori: il doppio piano d'indagine. — 3. L'approccio multilivello alla tutela dei diritti dei minori su internet. — 4. Le linee di governance in materia di media e minori. — 5. Qualche prima conclusione.

1. LA DIGITALIZZAZIONE: IL MUTAMENTO DI PARADIGMA.

La c.d. rivoluzione digitale ha determinato un cambiamento di paradigma nel mondo dei media fino ad allora strutturati per comparti distinti (televisione, radio, industria cinematografica, editoria), sottoposti a regolamentazione giuridiche differenti e caratterizzati da una tendenziale corrispondenza tra mezzi e contenuti².

In particolare la digitalizzazione dei segnali determina oggi la possibilità che i contenuti possano circolare sui più diversi *devices* ed essere fruiti su piattaforme diverse. È questo il fenomeno noto come « convergenza tecnologica »³.

Ciò determina almeno due conseguenze di rilievo: la dematerializzazione e la disintermediazione⁴.

Particolare importanza, per il tema che qui ci interessa, assume il secondo aspetto che fa riferimento al fatto che l'utente possa ora fruire dei contenuti direttamente, con l'ulteriore possibilità di mo-

* Il presente lavoro è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente il Comitato dei Referenti della Rivista secondo le correnti prassi nella comunità dei giuristi.

¹ Testo rielaborato della relazione dal titolo *Minori ed altri interessi generali*, presentata all'Incontro di studio e dibattito in memoria dell'Avv. Aldo Bonomo sul tema *Internet e audiovisivi: libertà senza regole?*, 23 maggio 2011, Università IULM, Milano.

² Così, da ultimo, vd. Agcom, *Libro Bianco sui contenuti* (curato da A. Preta), 2011, in part. *Executive Summary*, XI ss., in www.agcom.it.

³ Sul punto, per i vari profili di tale processo, cfr. F. COLOMBO (a cura di), *La digitalizzazione dei media*, Roma, 2007; A. NICITA, G.B. RAMELLO, F. SILVA, *La nuova televisione - Economia, mercato, regole*, Bologna, 2008; A. PRETA, *Economia dei contenuti. L'industria dei media e la rivoluzione digitale*, Milano, 2007.

⁴ Vd. *Libro Bianco*, cit. in part. 2 ss. e, per un approfondimento di tali profili, cfr. le relazioni di M. Morcellini e V. Zeno-Zencovich in occasione della presentazione del Libro Bianco presso l'Agcom il 26 gennaio 2011, i cui video sono visibili sul sito www.agcom.it.

dificarli o comunque di interagire con essi, senza la interposizione dei classici intermediatori, quali ad esempio gli editori tradizionali.

Tale aspetto con riferimento ai bambini ed agli adolescenti determina evidentemente delle straordinarie opportunità in termini di migliore accesso alle informazioni e di facilitazione nelle relazioni sociali tra « pari », ma comporta anche dei rischi⁵.

A tali novità tecnologiche corrisponde, d'altro canto, un assetto fluido nel sistema delle comunicazioni ove le categorie giuridiche tradizionali vengono sottoposte ad un incessante processo di ridefinizione e modifica dei loro tratti costitutivi⁶.

Da un lato, dunque, assistiamo all'affermarsi di nuove categorie di servizi (Video-On-Demand (VOD), Catch-up tv, Internet Protocol Television (IPTV), Web TV) che sembrano talora addirittura « superare » le recenti categorie dei *servizi lineari e non lineari* introdotte dall'ultima direttiva in materia televisiva, la Direttiva sui servizi di media audiovisivi (nel seguito Dir. SMA)⁷, e, dall'altro, troviamo nuove figure soggettive, quali gli « aggregatori di contenuti », che si affiancano alle categorie previste dal D.Lgs. n. 177/2005, il Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (nel seguito Tusmar), rappresentate, per quanto qui ci interessa, dai fornitori di servizi di media, dai fornitori di servizi interattivi associati o di servizi ad accesso condizionato (art. 2 c. 1).

Il venir meno della classica funzione del controllo editoriale e l'abbandono del c.d. principio della concessione, che aveva un senso nel precedente contesto della televisione tradizionale analogica sulla base della motivazione dello *spectrum scarcity*, pone in evidenza numerosi problemi con riferimento alla tutela dei minori e più in generale ai diritti della personalità.

2. INTERNET E MINORI: IL DOPPIO PIANO D'INDAGINE.

Con riferimento al complesso tema internet-minori possiamo distinguere due diversi piani d'indagine.

Un primo, di carattere più generale, fa riferimento a quello che con toni evocativi è stato definito il *dark-side of the internet*⁸; tale

⁵ Per una ricostruzione dei possibili rischi sulla base delle diverse posizioni assunte dal minore come destinatario della comunicazione (content), partecipante ad un'attività comunicativa (contact) ed attore della stessa (conduct) vd. F. CASAROSA, *Protection of minors online: available regulatory approaches*, EUI Working Papers, RSCA 2011/15, 3 ss. In *www.eui.eu*.

⁶ Così come la stessa « sorte » dei media tradizionali è destinata ad un processo di « rimediazione » e rimodellamento. Sul

punto cfr. M. SCAGLIONI, A. SFARDINI, *MULTITV. L'esperienza televisiva nell'età della convergenza*, Roma, 2008.

⁷ Dir. 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 e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in GU L 332 del 18 dicembre 2007.

⁸ Così si esprime I. WALDEN, *Criminal*

aspetto, richiamando prevalentemente profili di carattere penalistico, oltre che esulare dalle specifiche competenze di chi scrive, trascende le finalità del presente contributo, maggiormente incentrato sui profili della tutela pubblicistica del minore con riferimento all'audiovisivo su internet, senza arrivare all'integrazione di fattispecie di reato.

Con riferimento a tale profilo, che pure appare di assoluto rilievo, si può ricordare come le principali tipologie di rischi ravvisate in letteratura sono rappresentate dai contenuti illegali (*child pornography*), dai contenuti inappropriati e dai rischi da contatto (*cyber-bullying*, rischi per la privacy e *online grooming*)⁹.

Sotto questo profilo a livello giuridico l'atto più rilevante è rappresentato dalla Convenzione sul *cybercrime* approvata dal Consiglio d'Europa nel 2001 ed in particolare dal suo art. 9.

Rivolta ad un ambito più specifico, quello dei reati sessuali, appare invece un'altra importante Convenzione, la *Council of Europe Convention of Children against Sexual Exploitations and Sexual Abuse*, meglio nota come Convenzione di Lanzarote adottata nel 2007.

Un secondo piano, che sarà qui più specificatamente indagato, è invece quello relativo alla tutela dei minori con riferimento ai servizi audiovisivi su internet, laddove i contenuti non necessariamente investano profili di illiceità penale.

Come noto la direttiva SMA ha previsto una distinzione tra *servizi lineari* e *servizi non lineari*. In particolare i servizi lineari sono comunemente definiti come quelli *point to multipoint* cioè trasmessi da un singolo punto a più punti finali, organizzati sulla base di un palinsesto e trasmessi quando deciso dal *broadcaster* (ad es. televisione tradizionale o NVOD).

I servizi non lineari (*point to point*) vengono invece trasmessi da un singolo punto di ricezione nel momento scelto dal destinatario (ad es. servizi VOD) sulla base di un catalogo di programmi¹⁰.

La direttiva SMA prevedeva l'applicabilità a tutti i SMA (lineari e non) di un insieme di regole «orizzontali» tra cui, per quanto riguarda i minori, possiamo ricordare l'art. 3-ter che afferma il divieto dell'incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione

content and control, in D. GOLDBERG, G. SUTTER, I. WALDEN, *Media Law and Practice*, New York, 2009, 449 ss.

⁹ In particolare la dottrina anglosassone (cfr. I. WALDEN, *Criminal content*, cit. 449) distingue tra «*obscene materials*» rappresentati dai contenuti che possono comportare un pregiudizio per i minori e «*indecent materials*» che fanno invece riferimento a contenuti aventi ad oggetto «*images of child abuse*», di per sé sempre illegali. Sulla distinzione tra «il-

legal» and «*harmful*» content vd. anche F. CASAROSA (*Protection of minors*, cit., 4) che ricorda come «*the definition of harmful is dependent on the cultural traditions and moral beliefs of users, thus, the individual perceptions can change from country to country, or even from community to community*».

¹⁰ Per una chiara ricostruzione delle due categorie vd. R. MASTROIANNI, *La Direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009, 7 ss.

e nazionalità e, in materia di comunicazione commerciale audiovisiva (che ai sensi dell'art. 1 lett. a rientrano espressamente tra i SMA), la lett. g) dell'art. 3-sexies¹¹. Regole più stringenti, che nella sostanza coincidevano con le previsioni contenute nella precedente formulazione della direttiva TSF, vengono poi previste a tutela dei minori nei servizi televisivi lineari mentre per i servizi *on demand* si richiedono requisiti in parte diversi (art. 3-nonies)¹².

La direttiva rappresentava un ragionevole contemperamento tra le esigenze della *network neutrality* (che non permette di imporre regole differenti sulla base della tecnologia impiegata) e quelle legate ai diritti della personalità dei minori.

Passando dal dato formale ai problemi applicativi un primo problema è quello legato alla perimetrazione della categoria dei servizi di media audiovisivi non lineari, cioè quelli a richiesta.

A seconda, infatti, del diverso significato che si attribuisca a tale categoria derivano conseguenze diverse, non solo per l'applicabilità delle norme in materia di diritti dei minori, ma anche per quelle in materia di tutela dei diritti della personalità (ad. es. diritto di replica) e, naturalmente, di diritto d'autore¹³.

Come sappiamo la direttiva SMA ci fornisce una prima elencazione (non tassativa) di attività non considerabili come SMA; i messaggi di posta elettronica inviati ad un numero limitato di destinatari, i servizi in cui il contenuto audiovisivo è meramente incidentale e non ne costituisce la finalità principale, giochi on line, motori di ricerca (Considerando 18). In modo simile si esprime anche il Tusmar, nella versione successiva al recepimento della

¹¹ Tale articolo 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 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».

¹² Per la ricostruzione del quadro normativo e per i loro profili problematici, con particolare riferimento al recepimento nazionale ad opera del D.Lgs. n. 44/2010 (c.d. decreto Romani), vd. L. MUSSELLI, *La tutela dei minori*, 149 e S. BOCCALATTE, *I servizi audiovisivi «per adulti»*, 91 ss. in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La nuova televisione europea - Commento al decreto Romani*, Rimini, 2010.

¹³ Tale aspetto è particolarmente delicato; sul punto si segnala, in ambito interno, la delibera Agcom n. 398/11/C●NS del

6 luglio 2011 intitolata «Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del Diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica». Tale testo, parzialmente modificato rispetto alla versione iniziale che aveva suscitato forti polemiche, soprattutto per la rivendicata competenza esclusiva dell'Agcom in materia di disconnessione (aspetto poi opportunamente modificato, prevedendosi in ogni fase la possibilità di chiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria), è ora aperto alla consultazione dei vari *stakeholders*. Al riguardo si segnala che mentre da noi imperversavano le polemiche, talora dai toni fortemente ideologici nei confronti della proposta dell'Autorità, negli Stati Uniti, negli stessi giorni, veniva siglato un accordo tra gli ISP ed i maggiori produttori di contenuti volto a tutelare i materiali audio o video protetti da diritto d'autore. Il sistema americano risulta fondato sul sistema dei *Copyrights Alerts* che avvisano l'utente che sta scaricando contenuti illegali, determinando, in caso di reiterate violazioni degli stessi, il blocco al download illegale.

direttiva SMA, che esclude dalla categoria « i servizi prestati nell'esercizio di attività precipuamente non economiche e che non sono in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, quali i siti internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o scambio nell'ambito della comunità di interesse » (art. 2 c. 1 n. 1).

La questione delle caratteristiche che debbano avere i servizi per rientrare nel *genus* SMA risulta tuttavia di non facile soluzione¹⁴.

La dottrina ha identificato tre criteri per definire tali servizi: quello di *assimibilità* (servizi che per loro « natura » e « modalità d'accesso », indurrebbero l'utente ad attendersi una tutela simile a quella dei tradizionali servizi televisivi), quello di *concorrenzialità* (deve trattarsi di attività precipuamente economiche, in concorrenza con la televisione e rivolte al medesimo pubblico) ed un ultimo di tipo *funzionale* (servizi volti ad offrire programmi al grande pubblico)¹⁵.

Sul punto è intervenuta anche l'Agcom con la del. n. 607/10/CONS¹⁶ che, confermando quanto già previsto dalle direttive comunitarie, sembra escludere dalla nozione la categoria degli *User Generated Content*, così come i casi di classificazioni operate dagli utenti che « caricano » e commentano i contenuti. Il portato della delibera comunque non sembra fugare ogni dubbio sul punto (con riferimento, ad esempio, al problema dell'applicabilità delle norme del Tusmar ad aggregatori di contenuti come YouTube), spostandosi qui il problema sulla controversa definizione di « responsabilità » e « controllo editoriale ».

3. L'APPROCCIO MULTILIVELLO ALLA TUTELA DEI DIRITTI DEI MINORI SU INTERNET.

Così come avviene con riferimento ai media più in generale, l'ottica più corretta entro cui inquadrare la tematica dei diritti dei minori con riferimento ad internet sembra essere quella di tipo multilivello¹⁷.

¹⁴ Sul punto vd. le stimolanti riflessioni di G.M. ROBERTI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Le linee-guida del decreto di recepimento della Direttiva 67/05*, in *La nuova televisione europea*, in part. 18 ss.

¹⁵ Così si esprime O. GRANDINETTI, *Il Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *Giorn. dir. ann.*, 2011, 122.

¹⁶ « Regolamento in materia di fornitura di servizi di media audiovisivi a richiesta ai sensi dell'art. 22-bis del Testo

unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici ».

¹⁷ Tale approccio è condiviso in dottrina; sul punto vd. ad es. M. FEINTUCK, M. VARNEY, *Media Regulation, Public Interest and the Law*, Edinburgh, 2008, in part. 206 ss. Più in generale sull'approccio multilivello vd. P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti e momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004.

Ciò è particolarmente evidente se si pone attenzione al duplice profilo delle *fonti* e della *regolazione*.

Con riferimento alle fonti del diritto il primo atto da cui correntemente si parte per ricostruire il quadro normativo in materia di tutela dei minori è rappresentato dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 ed in particolare dal suo art. 17 (letto in modo coordinato con l'art. 13), ove emerge sia una dimensione di tutela classica di tipo protettivo (la tutela da...), che un più moderno riferimento alla libertà di scelta del minore: viene infatti previsto il diritto del fanciullo di accedere ad informazioni varie, provenienti da fonti nazionali ed internazionali.

Come noto la formula di sintesi che viene utilizzata per definire il particolare intreccio di tali aspetti, da un lato di tipo protettivo e dall'altro di valorizzazione del principio di autodeterminazione, è rappresentato dal riferimento all'«interesse superiore» del minore, previsto oggi anche nell'art. 24 della Carta di Nizza¹⁸.

Con riferimento, più in particolare, ai servizi audiovisivi il documento base a livello comunitario è invece costituito dal Libro verde del 1996 sulla tutela dei minori e della dignità umana nei servizi audiovisivi e di informazione¹⁹ ove, per la prima volta, viene considerato anche internet. Le novità più significative introdotte riguardano il problema della classificazione dei contenuti, il richiamo alla necessità di cooperazione tra i vari soggetti e l'attenzione alla *media education*²⁰.

A tale atto seguirono le due importanti Raccomandazioni, la n. 98/560/CE²¹ e la n. 2006/952/CE²².

Su di un piano differente, visto che siamo qui nell'ambito di un'attività di tipo programmatico, attinente specificatamente ad internet occorre ricordare il *Safer Internet Programme* varato con la decisione 276/1999/Ce del Parlamento Europeo e del Consi-

¹⁸ Sul punto, per un inquadramento della problematica, vd. P. RONFANI, *I diritti del minore*, Milano, 1995. Inoltre, per una ricostruzione dei modelli di tutela giuridica dei minori che nel tempo si sono imposti, cfr. I. FANLO CORTÈS, *Bambini e diritti - Una relazione problematica*, Torino, 2008.

¹⁹ COM (96) 483 def.

²⁰ Su tali profili vd. anche la più recente Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ai paesi membri « on mesures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment » CM/Rec(2009)5. Sulla *media education* vd. P.C. RIVOLTELLA, *Me-*

dia education - Modelli, esperienze, profilo disciplinare, Roma, 2006 (2° ristampa).

²¹ Raccomandazione 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 ed efficace di tutela dei minori e della dignità umana, in GU L 270/1998.

²² Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 relativa alla tutela dei minori e della dignità umana ed al diritto di rettifica relativamente alla competitività dell'industria europea dei servizi audiovisivi e d'informazione in linea, in GUUE 2007, L 378/2006.

glio e più volte rinnovato (*Safer Internet Plus, Safer internet 2009-2013*)²³.

Tale programma prevede lo sviluppo di sistemi di autoregolamentazione²⁴ tra gli operatori, finanziamenti per campagne di comunicazione negli Stati membri e la creazione di un *network* di hot-line europee (INHOPE) che raccolgono segnalazioni avanzate da genitori od insegnanti relative ai pericoli sul web.

Tale programma ha poi previsto la creazione di *Safer Internet Centres* nazionali, che agiscono in network (INSAFE)²⁵; con riguardo all'Italia il centro nazionale è rappresentato da EASY, i cui referenti sono Adiconsum e Save the Children Italy.

Venendo al piano interno il punto di partenza per la delinea-zione di uno statuto costituzionale dei diritti dei minori è rappresentato dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, i quali letti congiuntamente con gli artt. 2 e 3 prefigurano una « strategia di intervento legislativo fortemente innovativo, dove *favor minoris* significa promozione dei diritti dei minori individuato nella sua condizione di cittadino in formazione »²⁶. Risulta però del tutto evidente come la tutela del minore, qualora si destinata ad incidere, come avviene nel settore dei media, sulla libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost.²⁷ ponga delicati problemi di temperamento tra diversi valori costituzionali²⁸.

Passando all'esame della normativa primaria adottata in ambito interno si possono registrare con soddisfazione vari interventi in materia penale atti ad aggiornare le tradizionali tipologie di reati sessuali alle nuove tipologie di « child sexual abuse images »²⁹. Tra

²³ All'interno di tale programma particolare rilievo assume il progetto *Eu Kids Online*, ormai giunto alla sua seconda edizione. Sul punto cfr. S. LIVINGSTONE, L. HADDON, A. GÖRZIG, K. ÖLAFSSON, *Risk and safety on the internet: The perspective of European children: Full findings*, LSE, London: *EuKids Online*, 2011, in www2.lse.ac.uk/media@lse/research/EUKidsOnline. Per un'analisi dell'evoluzione di tale programma, nell'ambito degli strumenti di *soft law* elaborati a livello comunitario, cfr. P. COSTANZO, *La regolazione della rete tra libertà di navigazione ed uso sicuro delle tecnologie tele comunicative* (« *Safer Internet* »), in *Il Diritto costituzionale come regola e limite al potere - Dei diritti e dell'eguaglianza*, Scritti in onore di Lorenza Carlassare, vol. III, Napoli, 2009, 969 ss.

²⁴ Tale tipo di autoregolamentazione « indotta » o « delegata » dal diritto comunitario, presenta tratti profondamente diversi dalla classica autoregolamentazione spontanea, quale quella riferibile allo sviluppo di regole di *netiquette*. Per questo ed altri aspetti cfr. P. COSTANZO, *La*

regolazione della rete, cit., in part. 964 ss.

²⁵ Insafe è un network europeo di « awareness centres » nazionali con lo scopo di promuovere l'uso sicuro e responsabile di internet e degli altri *mobile devices*.

²⁶ In tal senso M. BESSONE, *Commento all'art. 30 e 31 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1980, 87.

²⁷ Il quale, a sua volta, prevede già come limite espresso quello del « buon costume », spesso invocato anche a tutela dei minori.

²⁸ Sul punto per i vari profili cfr. A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, 2009, in part. 181 ss.

²⁹ Tali interventi riprendono, ed in parte sviluppano, un percorso di repressione dello sfruttamento sessuale dei minori che ha avuto inizio con la l. n. 269/1998. Su tale legge, anche per i profili problematici che ne scaturiscono con riferimento alla definizione della categoria di « pornografia minorile » ed alla conseguente responsabilità degli *internet providers* vd.

questi un rilievo particolare assume la L. 38/2006 « Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet » che, oltre ad inasprire le sanzioni e a prevedere la nuova fattispecie della pornografia virtuale (art. 600-*quater*.1 c.p), ha istituito anche un importante organismo di controllo: il Centro nazionale per il contrasto alla pedopornografia, istituito presso il Servizio polizia postale e delle comunicazioni.

Con riferimento invece al versante extrapenale il quadro interno non appare altrettanto soddisfacente, assistendosi al fallimento del primo tentativo di autoregolamentazione intervenuto in materia.

Il 19 novembre 2003 veniva, infatti, adottato il Codice di autoregolamentazione internet-minori, sottoscritto dalle associazioni degli internet providers alla presenza del Ministro delle comunicazioni e del Ministro per l'innovazione e le tecnologie.

Tale Codice non mi risulta che abbia mai avuto attuazione, pur essendo stato il relativo Comitato regolarmente istituito.

Sorte diversa invece ha avuto, come noto, il Codice di autoregolamentazione televisione e minori approvato nel 2002 e « positivizzato » nella legge Gasparri del 2004. Il relativo Comitato di applicazione del codice, ridenominato nel 2007 « Comitato di applicazione del codice di autoregolamentazione Media e Minori », svolge infatti la sua attività in modo proficuo da anni³⁰.

Sul punto però urge un intervento normativo volto, oltre che ad uniformare le discrepanze denominatorie tra Codice (Tv e minori) e Comitato (media-minori), a chiarirne l'effettiva estensione di ambito di competenza a seguito del recepimento della Direttiva SMA³¹.

4. LE LINEE DI GOVERNANCE IN MATERIA DI MEDIA E MINORI.

Alla molteplicità dei livelli delle fonti corrisponde un panorama di *multilevel control*, a livello sovranazionale, nazionale e subnazionale.

V. ZENO-ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Pol. Diritto*, 1998, 637 ss.

³⁰ Da ultimo si v. Comitato di applicazione del Codice di autoregolamentazione Media e Minori, *Linee di Consuntivo 2010*, in *Tv e minori*, 1/2011, 5 ss. Di recente la funzione del Comitato pare ulteriormente rafforzata, a seguito dell'adozione del c.d. decreto Romani. L'attuale formulazione del Tusmar prevede, ad esempio

(art. 34 c.1), il coinvolgimento del Comitato, a fianco dell'Agcom, nella predisposizione dei criteri che dovranno essere osservati dagli operatori televisivi per procedere alla classificazione dei contenuti (sul punto vd. D.M. 1 aprile 2011 « Approvazione dei criteri generali per la classificazione dei programmi di accesso condizionato », in *GU* n. 100 del 2 maggio 2011).

³¹ Sul tali profili sia consentito il rinvio a L. MUSSELLI, *Televisione e minori: tutela pubblicistica*, Milano, 2009, 85 ss.

In tal senso la vicenda evolutiva della tutela comunitaria dei minori nell'ambito dei media può essere letta nell'ottica di una più generale tendenza caratterizzata dal recedere della classica funzione statuale di *command and control*, a favore di forme innovative di *governance* a livello nazionale o sopranazionale, caratterizzate dal potenziamento degli elementi della partecipazione e della consensualità³².

Il recedere della dimensione statale determina, nel contempo, l'affermarsi di scenari nuovi e particolarmente interessanti, puntualmente rilevati in dottrina, come quello delle reti infrastrutturali e sociali³³ e di network che talora prevedono un soggetto unitario di riferimento che, nel nostro caso potrebbe forse essere rappresentata, a livello europeo, dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), dotata di significativi poteri anche in materia di *child rights*.

La tematica della tutela dei minori nell'ambito dei media costituisce inoltre, 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).

Il primo atto comunitario in cui la *governance* di settore è presa in considerazione è la Raccomandazione n. 98/560/CE già richiamata; qui, per la prima volta in modo esplicito, gli Stati membri vengono invitati a promuovere forme di *autoregolamentazione* tra gli operatori per la tutela dei minori nei servizi audiovisivi e di informazioni³⁴.

Tale autoregolamentazione, che veniva intesa in senso complementare rispetto all'intervento normativo comunitario e nazionale, e il cui principale strumento sembra essere rappresentato dai Codici di comportamento, doveva svolgersi privilegiando i

³² Sul punto si vedano i numerosi spunti contenuti in L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance multilivello, regolazione e reti*, vol. II, Milano, 2008.

³³ Su tali profili vd. in particolare L. AMMANNATI (*Governance e regolazione attraverso reti*, in *Governance multilivello*, cit. 181 ss.). 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. In modo più speci-

fico, sull'impiego del modello organizzativo della rete, cfr. A. CANEPA, *Reti europee in cammino - Regolazione dell'economia, informazione e tutela dei privati*, Napoli, 2010.

³⁴ In realtà, secondo alcuni autori a dispetto della denominazione, tale self-regulation non sarebbe molto diversa da una forma di co-regulation; sul punto 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, 8 nt. 67.

principi di cooperazione e partecipazione. In essa si dovevano prevedere anche delle misure positive a favore dei minori, quali il miglioramento dell'accesso ai servizi audiovisivi o la previsione di contenuti di qualità per i minori.

Il modello dell'autoregolamentazione non era peraltro nuovo, ma aveva già trovato significative applicazioni con riferimento al diritto della pubblicità, come nel caso dell'esperienza inglese dell'Advertising Standard Authority (ASA) e in Italia, fin dagli anni Sessanta, con riferimento all'Istituto di autodisciplina pubblicitaria (IAP).

Particolare attenzione veniva poi posta al problema della cooperazione transnazionale tra i soggetti competenti ed alla circolazione delle informazioni; in tal senso si invitava la Commissione ad «agevolare, se del caso attraverso gli strumenti finanziari comunitari esistenti, la creazione di reti tra gli organismi incaricati della definizione e dell'attuazione dei quadri nazionali di autoregolamentazione».

Negli anni Novanta e in quelli successivi la *governance* comunitaria è al centro di interventi di ampia portata sia, a livello generale (vd. ad es. il Libro bianco del 2001³⁵) che a livello più particolare, con riferimento all'audiovisivo ed alla tutela dei minori.

La *self-regulation* rimane uno dei possibili modelli regolativi, ma non è ritenuta più sufficiente per proteggere i minori dai contenuti nocivi³⁶, essa viene definita, da ultimo, nella direttiva SMA come «un'iniziativa volontaria che permette agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni di adottare fra loro e per se stessi orientamenti comuni» ed in tal senso si pone in senso complementare rispetto alla legislazione (Cons. 36 par. 2).

Si guarda invece, con sempre maggiore interesse, ad ulteriori modalità di regolazione quali la *co-regulation*, che presenta caratteristiche in parte diverse dall'autoregolamentazione soprattutto per il «recupero di ruolo da parte dei pubblici poteri»³⁷, anche

³⁵ *La governance europea - Un Libro bianco*, COM(2001) 428 def., 25 luglio 2001. Il richiamo alla coregulation si ritrova inoltre anche in successivi documenti quale la Comunicazione della Commissione - Piano d'azione «Semplificare e migliorare la regolamentazione (*Better Legislation Action Plan*)» (COM(2002) 278 def./2e del 6 giugno 2002, nel quale vengono definite anche le condizioni del ricorso a tale strumento (p. 13) e l'*Interinstitutional Agreement on Better Law - making* (2003/C 321/01, del 31 dicembre 2003). In generale sulla *co-regulation* vd. il volume IRIS Spe-

cial - *Co-regulation of the Media in Europe*, in *European Audiovisual Observatory*, Strasbourg, 2003.

³⁶ Così Cons. 12 della Racc. 2006/952/CE; nel testo della raccomandazione poi si guarda con uguale interesse, allo sviluppo di «misure positive» a favore dei minori, alla *co-regulation* ed allo scambio delle migliori pratiche soprattutto con riferimento all'adozione di sistemi descrittivi comuni ed ai messaggi di avvertimento indicanti la fascia di età (Pt. II, par. 1).

³⁷ In tal senso si esprime P. COSTANZO, *La regolazione della rete*, cit., 967-968.

se non sempre la distinzione tra i due modelli risulta del tutto agevole³⁸.

In particolare proprio quest'ultima modalità regolativa, al di là delle diverse letture proposte in dottrina come « enforced self regulation »³⁹, « self-regulation » strutturata dal diritto (in tal senso si è parlato di « regulated self-regulation ») o come « consensual regulatory process »⁴⁰, pare destinata a giocare, in ragione della propria flessibilità operativa, della capacità inclusiva dei diversi interessi coinvolti⁴¹ e della possibilità di garantire il mantenimento di livelli « ragionevoli » di differenze tra gli Stati, in funzioni delle diversità etico-culturali, un ruolo cruciale nell'ambito dei *media*.

Con riguardo più propriamente ad internet, scartata subito l'idea che tale sistema sia in grado in modo miracolistico di regolarsi da sé⁴² e rifiutandosi, d'altro canto, l'opposta tesi del classico in-

³⁸ Tanto che in alcuni casi i due modelli regolativi sono considerati entrambi forme di *private regulation*; sul punto vd. F. CASAROSA, *Protection on minors online*, cit. 8 ss. e F. CAFAGGI, *Reframing self-regulation in European private law*, Kluwer Law International, 2006. Ciò spiega, forse, la definizione un po' anodina contenuta nella dir. SMA ove si afferma che essa « nella sua forma minima, fornisce un collegamento giuridico tra l'autoregolamentazione e il legislatore nazionale, in conformità delle tradizioni giuridiche degli Stati membri » (Cons. 36, par. 3).

³⁹ 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.) che individua come alternativa alla « direct governmental regulation » la c.d. « enforced self-regulation ». L'analisi di Braithwaite si rivolgeva al settore del diritto penale delle imprese (con particolare riguardo alla regulation in materia di sicurezza sul lavoro, ai reati ambientale e contabili), ma il portato della ricostruzione che egli svolge, soprattutto nella parte di « teoria del modello di regolazione » può sicuramente assumere una valenza più generale.

I tratti costitutivi dell'*enforced self regulation* vengono dall'Autore identificati in via sintetica nei seguenti: a) elaborazione privatistica di un set di regole scritte nel rispetto di minimi standard legali, « ratificate » dalle *Regulatory agencies* la cui violazione diviene « punishable by law »; b) monitoraggio pubblico del rispetto di tali regole e puntuale denuncia delle violazioni

svolto da un *Compliance group* a livello aziendale a cui deve essere garantita un'effettiva indipendenza.

I vantaggi di tale modello regolativo (ma l'autore, nel saggio, indaga attentamente anche le possibili critiche che ad esso possono essere avanzate) che dovrebbe sempre svolgere una funzione di « useful supplement governmental controllo », mai una alternativa (e in tal senso l'autore parla di « optimal mix of regulatory strategies »), sono molteplici. Tra questi si sottolinea in particolare la maggiore flessibilità, la sua maggiore accettazione da parte delle imprese in virtù del fatto che si tratta pur sempre di una elaborazione autonoma di norme e non eteronoma, nonché i minori costi regolativi.

⁴⁰ Sul punto per un'accurata ricostruzione dei contributi della letteratura internazionale in materia di Co-regulation vd. AA.VV., *The Co-protection of Minors*, cit.

⁴¹ Per tale nozione di co-regulation vd. T. MCGONAGLE (*Practical and Regulatory Issues Facing the Media Online*, in *Spreading the Word on the Internet: 16 Answers to 4 Questions*, www.osce.org/item/13574.html) secondo cui la Co-regulation implica un nuovo approccio alla regulation « by virtue of its in-built potential for involving an increased number of interested parties (to a greater or lesser extent) in a flexible regulatory process ».

⁴² Idea sostenuta dai c.d. *cyber-libertarians* (sul punto vd. D. JOHNSON, D. POST, *Law and Borders - The rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, 1367) che si contrapponevano ai *cyber-paternalists*.

tervento prescrittivo statale lo strumento a cui si è finora guardato con maggiore interesse è quello della self-regulation⁴³.

Al riguardo possiamo ricordare alcune esperienze. Nel 2007 troviamo l'accordo di autoregolamentazione tra i principali operatori di telefonia europeo (*European Framework for safer mobile use by younger teenagers and children*), qualche anno più tardi il *Safer Social Networking Principles for the EU*, adottato in occasione del Safer Internet Day 2009 e sottoscritto, al momento, dai venti principali siti di *social networking*⁴⁴.

Le esperienze di autoregolamentazione « incentivate » dal diritto comunitario derivato iniziano tuttavia prima. La direttiva europea sul commercio elettronico 2000/31/Ce incoraggiava nel suo art. 16 « l'elaborazione di codici di condotta riguardanti la protezione dei minori e della dignità umana »; a tale previsione fu data attuazione con il D.Lgs. n. 70/2003 di recepimento (art. 18, intitolato « Codici di condotta »).

In senso complementare rispetto alle forme regolative sopra ricordate, ma accumulato dall'intento di un depotenziamento della dimensione della prescrittività troviamo poi il richiamo, operato anche nella direttiva (vd. Considerando n. 37), ma soprattutto in atti di *soft law* (vd., ad esempio, la Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio 2006/952/CEE, al suo par. 2 lett. a), ma anche la Raccomandazione del Consiglio d'Europa « *on measures to protect children against harmful content* » cit.) ad uno strumento extragiuridico che risulta fondamentale, soprattutto in ottica culturale, per migliorare la tutela dei minori e cioè la *media education*. Nel nostro ordinamento la legge n. 112 del 2004, meglio nota come legge Gasparri, aveva già dato accoglimento a tale profilo prevedendosi la realizzazione di « campagne scolastiche per un uso corretto e consapevole del mezzo televisivo ». Tale previsione viene ribadita nell'attuale formulazione dell'art. 34 c. 9 del Tusmar, così come attenzione particolare al profilo dell'educazione ai media viene dedicato dal Codice di autoregolamentazione Tv e minori⁴⁵.

⁴³ Per una ricostruzione del dibattito sugli strumenti regolativi a tutela dei minori cfr., anche per le interessanti esperienze comparatistiche, il saggio di F. CASAROSA, *Protection of minors online*, cit., 7 ss. Sul punto vd., con particolare riguardo al caso dei social network, l'accurata analisi svolta da S. GAMBIRASIO, *Minori e servizi di social networking: una sfida normativa*, tesi di laurea magistrale in Comunicazione politica e sociale discussa, nell'a.a. 2008/2009, presso l'Università degli studi di Milano.

⁴⁴ Tale atto peraltro, secondo F. CASA-

ROSA (*Protection of Minors online*, cit., 16) non sarebbe riconducibile ad una forma di « pure self-regulation » per il coinvolgimento attivo della Commissione europea nel relativo procedimento di adozione, nell'ottica di favorire un'ampia partecipazione degli interessati.

⁴⁵ Tra i principi generali del Codice Tv e minori si prevede, infatti, alla lett. c) che il Comitato « collabora col sistema scolastico per educare i minori a una corretta ed adeguata alfabetizzazione televisiva anche con il supporto di esperti di settore ».

5. QUALCHE PRIMA CONCLUSIONE.

Si ripropone, con riferimento alla tutela dei minori riguardo all'audiovisivo su internet in parte lo stesso problema che si ritrova affrontando la stessa problematica nell'ambiente dei media tradizionali e che si può riassumere nell'alternativa tra una regolazione che prevede, seppure in modo diverso, il coinvolgimento dei soggetti pubblici ed un atteggiamento più cauto di non intervento, una sorta di « *wait and watch* », con al limite l'incentivo all'adozione di sistemi di autoregolamentazione.

A favore di tale ultimo orientamento si pongono coloro che ritengono che la questione della tutela dei minori debba essere demandata alle famiglie o che demandano alla tecnologia la risoluzione del problema, mediante ad esempio l'installazione di software di filtraggio⁴⁶.

Tale ultima linea non pare accettabile, in quanto finisce per determinare delle differenze di opportunità tra i minori sulla base del contesto economico e sociale della famiglia di provenienza, dal quale dipende, sovente la maggiore o minore propensione ad un controllo quantitativo e qualitativo all'uso dei media.

Inoltre non del tutto soddisfacente appaiono i meccanismi di *parental control* presenti nei software dei comuni PC, né, come l'esperienza del caso Google-Vividown ci insegna, sembra che i sistemi di segnalazione circa i contenuti problematici da parte degli utenti, mediante sistemi di *flag in*, circa aspetti problematici relativi ai contenuti siano particolarmente efficaci⁴⁷.

Ciò detto, rimane il fatto che le peculiarità di internet rendono difficile ipotizzare un'assimilabilità degli strumenti di tutela previsti

⁴⁶ Sul punto si ricorre all'esperienza del V-Chip negli USA, utilizzato, in particolare, per filtrare i contenuti violenti. Tale meccanismo era destinato ad 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. K.C. MONTGOMERY, *Child Protection, Media Regulations for*, in *The international encyclopedia of Communication*, Donsbach, Wolfgang (ed), Blackwell Publishing, 2008, www.communicationencyclopedia.com.

⁴⁷ Sul punto cfr. Tr. Milano, sent. n. 1972/2010 (pubblicata in questa *Rivista* 2010, 474), con riferimento al noto caso che portò alla condanna penale per viola-

zione dell'art. 167 del D.Lgs. n. 196/2003 di alcuni dirigenti di Google per la vicenda del caricamento su Google-video di un filmato che riprendeva episodi di pesante illeggito e maltrattamenti nei confronti di un minore disabile. Per i vari profili affrontati dalla sentenza vd. G. SARTOR, M.V. DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in questa *Rivista*, 2010, 645 e A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, *Ibidem*, 2010, 779. Dalla ricostruzione della vicenda (in part. pt. 3.6, p. 27 ss.) si ricava come, all'epoca del fatto, che risale al 2006, le segnalazioni degli utenti mediante il sistema di *flag in* non venivano tempestivamente valutate, per cui, nel caso di specie, solo l'intervento formale della polizia postale italiana incluse Google alla (questa volta) tempestiva rimozione del video lesivo.

con riferimento alla televisione a tutti i nuovi servizi di media o a servizio che non siano *television like*.

Quali dunque possono essere le possibili soluzioni o quanto meno le alternative che si pongono?

Al riguardo possiamo proporre solo alcune prime idee, con il limitato scopo di offrire qualche contributo al dibattito.

Così, se la regolazione di stampo autoritativo e prescrittivo sembra del tutto incompatibile con la struttura della rete, fatta eccezione ovviamente per le fattispecie penali, maggiormente convincenti paiono le soluzioni, sostanzialmente coregolative che prevedono un intervento seppure diversamente graduato dei pubblici poteri⁴⁸, fondate su strumenti di *soft-regulation* o, come diremmo ora, di *nudge-regulation*⁴⁹. Queste, d'altro canto, erano in parte già presenti anche nel codice di autoregolamentazione internet-minori del 2003, quale ad esempio la previsione dell'attribuzione di un logo «internet e minori» che i soggetti aderenti potevano apporre sui propri servizi e comunicazioni commerciali che avrebbe dovuto, nell'idea degli estensori, acquisire un valore reputazionale.

Nella stessa direzione di regolazione non coercitiva sembra andare, sotto un profilo organizzativo, la creazione di *network* quali quelli delineati dal *Safer Internet Programme*.

Come evidenziato dagli studi sulla regolazione, infatti, la circolazione delle informazioni e delle buone pratiche nel network può produrre l'effetto di modificare in modo morbido i comportamenti sociali secondo standard prefissati⁵⁰.

In chiusura, dando uno sguardo alle esperienze straniere presenta, nelle sue linee di fondo, un certo interesse quanto sperimentato negli USA (paese che peraltro non ha certo brillato, almeno fino ad ora, per la particolare attenzione mostrata verso la tutela dei minori sui media come ci ricordano le esperienze del *Communication Decency Act* e del *Child Online Protection Act* «bocciati» dalla Corte Suprema per violazione del primo emendamento) con riferimento all'esperienza del *Children's Online Protection Act* (COPPA), adottato nel 1998.

Il COPPA impone agli operatori di internet rivolti ai minori di anni tredici il rispetto di numerosi obblighi tra cui il divieto di ac-

⁴⁸ Sul metodo della coregolazione e sulle sue potenzialità vd. P. COSTANZO, *La regolazione della rete*, cit., 967.

⁴⁹ Il riferimento è al modello di regolazione «gentile» proposta da R.H. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

⁵⁰ Sul punto si rinvia al classico studio di G. MAJONE, *The new european Agencies:*

regulation by information, in *Journal of European Policy*, 1997, 262 ss. e, più di recente, L. AMMANNATI, *Regulation Information and New Information Technology. Do «wiki-based instruments» play an influential role in regulatory procedure at the global level?*, in *www.astrid-online.it*. Per una ricognizione sulle diverse modalità di regolazione dei media cfr. M. FEINTUCK, M. VARNEY, *Media regulation*, cit. 202 ss.

quisire i loro dati personali (nome e cognome, indirizzo, numero di telefono, codice di assicurazione sanitaria...) senza l'autorizzazione espressa dei genitori, ottenuta mediante sistemi affidabili. Se però un'azienda dimostra di aderire ad un sistema di *private regulation*, posto in essere dalle organizzazioni rappresentative di categoria o da altri soggetti ed approvato dalla FTC, essa verrà automaticamente ritenuta adempiente rispetto ai requisiti di tutela della privacy previsti. Tale sistema prende il nome di *Safe Harbour* e si trova disciplinato nel *Children's Online Privacy Protection Rule*, 16 C.F.R. Part 312, adottato nel 1999 e divenuto effettivo nel 2000⁵¹. Inoltre, laddove il sito aderisca ad una serie di requisiti richiesti dagli organismi di certificazioni delegati dalla FTC esso potrà utilizzare alcuni marchi, quali quello di *Web privacy Seal*, *Children's Privacy Seal*, *Eu Safe Harbour Seal*.

Tale sistema, che non è andato esente da critiche, soprattutto per il fatto di delegare ad organismi privati, quali CARU e TRUSTe, il controllo dei siti e l'attribuzione dei relativi marchi anziché, mantenere tale attività in capo ad una *public agency*, merita, forse, di essere ulteriormente indagato proprio nell'ottica della ricerca di una tutela dei minori nello spirito non coercitivo a cui sopra si faceva accenno.

⁵¹ Per una chiara ricostruzione di tale sistema vd. S. GAMBIRASIO, *Minori e servizi*

di social networking: una sfida normativa, 34 ss.