

LUCIA MUSSELLI

PROSPETTIVE DI TUTELA DEI MINORI NELLA « OVER-THE-TOP TELEVISION » DOPO LA RIFORMA DEL T.U. SERVIZI MEDIA AUDIOVISIVI

SOMMARIO: 1. Alcune notazioni preliminari. — 2. L'origine della previsione di norme a tutela dei minori nella normativa televisiva. — 3. Tutela dei minori nei « servizi di media audiovisivi » (SMA). — 4. Linee di protezione dei minori nella « Over-the-Top Television ».

1. ALCUNE NOTAZIONI PRELIMINARI.

La tutela dei minori nei media e nei servizi audiovisivi costituisce un ambito tematico in cui si registra un consenso « trasversale » in dottrina¹.

Sotto un profilo generale la previsione di strumenti di tutela *rafforzata*, o comunque diversificata, per i minori (bambini ed adolescenti) si giustifica in ragione della particolare condizione di debolezza degli stessi, imputabile ad un incompiuto processo di maturazione e crescita².

In realtà il rapporto media-minori risulta oggi influenzato da molteplici aspetti, di carattere tecnico e sociale.

Quanto ai primi, la c.d. rivoluzione digitale rappresenta sicuramente, al di là delle letture continuiste o discontinuiste proposte³, un momento di rottura rispetto al passato, determinando modifi-

* Il presente saggio — come gli altri della Sezione — è stato espressamente richiesto dalla Direzione della Rivista per commentare le recenti, importanti, novità legislative in materia di nuove tecnologie dell'informazione. Com'è prassi nei confronti di contributi sollecitati, la revisione è stata effettuata dalla Direzione stessa.

** Testo rielaborato ed aggiornato della relazione dal titolo *La tutela dei minori*, presentata al Seminario di studi promosso dall'ISIMM a Roma l'8 giugno 2012 sul tema « *La "Over-the-top Television" (OTT)* ».

¹ Per un'analisi degli strumenti giuridici di tutela, oltre agli autori che citeremo,

si veda, limitatamente ai contributi apparsi più di recente, A. BARBERA, *Mezzi di comunicazione televisiva e tutela dei minori*, in *www.forumcostituzionale.it*; A. ODDI, *Tv e minori*, in A. PACE, R. ZACCARIA, G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, Jovene, 2008, 419 ss.; A. SPANGARO, *Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela*, Ipsoa, 2011.

² Per un'analisi dei modelli giuridici di tutela dei minori vd. P. RONFANI, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milano, 2001.

³ In merito vd. C. FORMENTI, *Prefazione*, a *Delete* di V. MAYER-SCHÖNBERGER, Egea, 2010, VII-VIII.

che profonde nella fruizione televisiva, con riferimento ai *tempi, modi e luoghi* della stessa.

In particolare, nella fase attuale si registra la progressiva transizione verso modelli di consumo televisivo che privilegiano la dimensione « on demand ».

Sotto un profilo sociale assistiamo ad un cambiamento delle abitudini di consumo dei media da parte dei giovani: la televisione risulta assolutamente prevalente fino ad una certa età per poi affiancarsi, in un'ottica decisamente multimediale, ad altri mezzi quali videogiochi ed internet.

Il forte collegamento esistente tra servizi audiovisivi, tecnica e pratiche sociali determina l'istaurarsi di « dinamiche destinate a mutare continuamente, generando equilibri altalenanti nel sistema delle garanzie »⁴.

Se ci si sposta però dal piano dell'*an* della tutela, su cui tutti concordano, al *quomodo*, all'individuazione concreta delle modalità con cui attuare tale tutela, le posizioni si diversificano⁵.

Le eterogeneità di soluzioni proposte dalle diverse normative nazionali risultano il frutto di una precisa opzione fatta propria in ambito comunitario.

Come noto l'intervento comunitario più rilevante in materia televisiva, è rappresentato dalla c.d. « direttiva senza frontiere », direttiva n. 89/552/CEE, modificata dalla dir. 97/36/CE e, da ultimo dalla direttiva 65/07/CE⁶.

Tale direttiva si prefiggeva lo scopo di realizzare un mercato europeo dei servizi televisivi, caratterizzandosi come direttiva di armonizzazione delle discipline nazionali a carattere più « economico » che culturale⁷.

Con riferimento alla tutela dei minori la Direttiva TSF, che per prima introduce specifiche previsioni, si qualifica come direttiva di « armonizzazione minima », tale cioè da introdurre un nucleo di principi che non possono essere derogati dagli Stati verso il basso. La tenuta complessiva del sistema veniva ad essere garantita dall'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, se-

⁴ Così A. VALASTRO, *Il sistema delle garanzie a tutela dei minori*, in A. PACE, R. ZACCARIA, G. DE MINICO, *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, cit. 17 ss.

⁵ In tal senso vd. Conseil supérieur de l'audiovisuel, *La protection des mineurs à l'heure de la convergence des médias audiovisuels et d'internet*, Mars 2012, 7 ss.

⁶ Sul punto occorre ricordare come il testo della direttiva TSF sia disponibile oggi nella versione che consolida tutte le successive modificazioni grazie alla Dir. 2010/13/UE, « relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servi-

zi di media audiovisivi » (direttiva dei servizi di media audiovisivi), in G.U. n. l. 095 del 15 aprile 2010. A tale testo faremo riferimento, quando tratteremo della normativa relativa ai servizi di media audiovisivi.

⁷ Sebbene già vi si trovasse in essa previsioni di tutela dei diritti delle persone, quali il diritto di rettifica e la tutela dei minori, nonché altre norme a carattere non economico quali quelle volte alla promozione delle opere televisive europee. Sul punto, per la ricostruzione dettagliata di tale profili vd. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Giappichelli, 2009, in part. 58 ss.

condo cui le trasmissioni risultano legittime se rispettano il principio del paese d'origine, non potendosi svolgere su di esse da parte dello Stato ricevente un secondo controllo⁸.

Per ora ci limiteremo ad osservare come questa soluzione se, da un lato, appare pienamente convincente sotto il profilo del rispetto delle peculiarità e sensibilità nazionali con riferimento a temi caratterizzati da una forte dimensione « etica », dall'altro dia luogo al proliferare di normative abbastanza diversificate tra i paesi UE e in definitiva determini un quadro piuttosto complesso.

2. L'ORIGINE DELLA PREVISIONE DI NORME A TUTELA DEI MINORI NELLA NORMATIVA TELEVISIVA.

La disciplina comunitaria di tutela dei minori con riferimento all'audiovisivo si fonda sulla direttiva TSF, su cui fra breve ci soffermeremo, anche se occorre ricordare che ulteriori indicazioni ci provengono da altre fonti di *soft law*, quali la Raccomandazione del Consiglio del 1998⁹ e la Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 2006¹⁰.

L'art. 22 della Direttiva TSF prevedeva un duplice divieto.

Un primo, assoluto, che riguardava trasmissioni che « contengono programmi in grado di nuocere *gravemente* allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minorenni, in particolare programmi che contengano scene pornografiche o di violenza gratuita.

Un secondo che si rivolgeva agli altri programmi che, pur non rientrando nella categoria precedente, possono nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minorenni, a meno che la scelta dell'ora di trasmissione o qualsiasi altro accorgimento tecnico escludano che i minorenni trovantisi nell'area di diffusione normalmente seguano tali programmi ».

A tale specifica previsione si aggiungeva che « Gli Stati membri vigilano altresì a che le trasmissioni non contengano alcun incitamento all'odio basato su differenze di razza, sesso, religione o nazionalità ».

Tale ultimo profilo, della lotta alle discriminazioni, previsto con identica formulazione nell'art. 6 Dir. 2010/13, risulta ancor oggi

⁸ In realtà risulta significativo che si possa derogare eccezionalmente al principio del paese d'origine proprio con riferimento ad una violazione grave del divieto di incitamento all'odio o delle previsioni in materia di tutela dei minori.

⁹ 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 e efficace di tutela dei minori e della dignità umana (98/560/CE in GU L 270 del 7 dicembre 1998 p. 48).

¹⁰ Raccomandazione 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 (2006/952/CE, in GU L 378 del 27 dicembre 2006 p. 72).

uno degli obbiettivi strategici della disciplina europea dell'audiovisivo che ha, ad esempio, determinato l'intervento della Commissione nel caso di trasmissioni di materiali che incitavano all'odio antisemita¹¹.

Con riferimento al nostro paese le norme della direttiva TSF venivano recepite, almeno in parte, nell'art. 15 c. 10 della Legge Mammi¹², senza peraltro fare riferimento al possibile temperamento del divieto nel caso di pregiudizio « non grave » ai minori, laddove si adottassero accorgimenti volti ad escluderne la loro normale visione¹³.

La legge Mammi introduceva, inoltre, l'ulteriore divieto di « trasmissione di film ai quali fosse stato negato il nulla osta per la proiezione o la rappresentazione in pubblico oppure che fossero vietati ai minori di anni diciotto », mentre si limitava la trasmissione dei film vietati ai minori di anni quattordici tra le 22,30 e le 7.

Tali ultime previsioni si collegavano alla disciplina della revisione cinematografica vigente ancor oggi, fondata sulla L. n. 161 del 1962.

A tale articolo si affiancano nel corso del tempo ulteriori previsioni, quali quelle che introducevano le limitazioni orarie relative alle ritrasmissioni di film prodotti per la televisione¹⁴.

Il successivo intervento normativo, volto a rimodellare la tutela dei minori si ha nel 2004 con la c.d. legge Gasparri che in un contesto ormai molto diverso — l'ecosistema dei media si stava ormai arricchendo di vari modelli di televisione — interviene ad aggiornare e modernizzare la normativa esistente.

Sotto il profilo specifico della tutela dei minori si introduce finalmente la distinzione tra televisione ad accesso libero e condizionato (art. 4 c. 1 lett. b), si positivizza il Codice di autoregolamen-

¹¹ Ci si riferisce al caso del canale via satellite Al Aqsa TV sotto la giurisdizione francese. La Commissione è intervenuta al riguardo e l'autorità di regolamentazione francese ha ordinato al fornitore francese di capacità satellitare di cessare la ritrasmissione di tale canale. Sul punto vd. Commissione europea, « Prima relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale europeo e al Comitato delle Regioni sull'applicazione della direttiva 2010/13/UE « Direttiva sui servizi di media audiovisivi », Com/2012/203 final. Pt. 2.2.

¹² Tale comma recitava: « È vietata la trasmissione di programmi che possano nuocere allo sviluppo psichico o morale dei minori, che contengano scene di violenza gratuita o pornografiche, che inducano ad atteggiamenti di intolleranza basati su

differenze di razza, sesso, religione o nazionalità ».

¹³ In tal senso la normativa italiana era da intendersi più restrittiva di quella comunitaria sul punto vd. R. ZACCARIA, *Commento all'art. 15 c. 8-16*, in E. ROPPO-R. ZACCARIA (a cura di), *Il sistema televisivo pubblico e privato*, Giuffrè, 1991, 345.

¹⁴ Il D.L. 29 marzo 1995, n. 97, convertito nella legge 30 maggio 1995, n. 203 all'art. 3 c. 4 prevede che « la trasmissione di opere a soggetto o film prodotti per la televisione che contengano immagini di sesso o di violenza tali da poter incidere negativamente sulla sensibilità dei minori, è ammessa, salvo quando disposto dall'art. 15 c. 10. 11 e 12 e dall'art. 30 della legge 6 agosto 1990, n. 223, solo nella fascia oraria tra le 23 e le 7 ».

tazione TV e minori adottato nel 2002 (art. 10 c. 1), si prevede l'obbligo di adottare specifiche misure per la tutela dei minori nelle fascia delle 16-19 e si prescrive l'adozione di una specifica regolamentazione relativa alla presenza in video dei minori¹⁵.

L'innalzamento delle sanzioni¹⁶, ora non più obblazionabili, contribuisce ad un significativo aumento dell'efficacia deterrente delle norme.

Il Testo Unico della Radiotelevisione, decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, non modifica sostanzialmente tale parte; la tutela dei minori viene ora ad essere disciplinata, nella sua parte sostanziale e sanzionatoria, negli artt. 34 e 35 a cui, nel seguito, faremo riferimento.

3. TUTELA DEI MINORI NEI « SERVIZI DI MEDIA AUDIOVISIVI » (SMA).

La direttiva n. 2007/65/CE (nel seguito direttiva SMA) interviene a modernizzare la disciplina dei media alla luce delle novità indotte dalla convergenza tecnologica¹⁷. Il perno fondamentale su cui si costruisce la regolamentazione giuridica del settore è rappresentata dalla nozione di « servizio di media audiovisivo »¹⁸.

In via di sintesi possiamo dire che tale servizi appaiono caratterizzati da tre elementi: uno di carattere organizzativo-imprenditoriale, la presenza di una responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media audiovisivi, uno funzionale, la fornitura di programmi al pubblico ed uno tecnico, l'utilizzo di reti di comunicazione elettronica¹⁹.

All'interno della grande categoria dei « servizi di media audiovisivi » si introduce una distinzione tra servizi lineari e non lineari. In particolare i servizi lineari sono 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 (televisione tradizionale, o NVOD). Mentre i servizi non lineari (*point to point*) vengono trasmessi da un singolo punto di ricezione

¹⁵ Tale previsione viene attuata con il D.M. 27 aprile 2006, n. 218 « Regolamento recante disciplina dell'impiego dei minori di anni quattordici in programmi televisivi », in G.U. n. 141 del 20 giugno 2006.

¹⁶ Ora comprese tra un minimo di Euro 25.000 ed un massimo di 350.000 (vd. art. 10 c. 6 L. 112/2004).

¹⁷ Sulle principali novità di tale Direttiva vd. G. M. ROBERTI-V. ZENO-ZENCOVICH, *Le linee guida del decreto di recepimento della Direttiva 65/07*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La nuova*

televisione europea, Maggioli, 2010, 7 ss.

¹⁸ Sul punto vd. O. GRANDINETTI, *Il testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 121 ss.

Vd. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Giappichelli, 2009, 7 ss.

¹⁹ Con riferimento all'ambito interno cfr. l'art. 2 c. 1 lett. ●) TUSMAR). Per un'analisi della nozione vd. O. GRANDINETTI, *Il Testo Unico dei servizi di media audiovisivi*, cit. 121 ss.

nel momento scelto dal destinatario sulla base di un catalogo di programmi (VOD)²⁰.

La tutela dei minori nella direttiva SMA²¹ trova diverse intensità di tutela, sia con riferimento alle *tipologie* di servizi (lineari e non lineari), che all'*intensità* di pregiudizio ipotizzato.

L'applicazione dei tradizionali divieti alla multiforme e nuova realtà dei SMA, nonostante venga ad essere giustificata ricorrendo alla formula della *graduated regulation*, determina un quadro normativo piuttosto complesso.

L'art. 27 c. 1 prevede il *divieto assoluto* per le trasmissioni televisive di offrire contenuti che possono nuocere gravemente (« seriously impair ») allo sviluppo fisico, mentale o minore dei minori (in particolare programmi che contengano scene pornografiche o di violenza gratuita), mentre per i servizi lineari o *on demand* si concede la possibilità che questi siano messi a disposizione del pubblico in maniera tale da escludere che i minori normalmente vedano o ascoltino tali servizi di media audiovisivi a richiesta (art. 12).

Diversamente, nel caso di contenuti che comportino solo un generico rischio di pregiudizio (« likely to impair »), non vi sono restrizioni per i servizi non lineari, mentre per quelli lineari devono essere assicurate o mediante l'orario di trasmissione o mediante altri accorgimenti tecnici che i minori presenti nell'area di trasmissione non siano normalmente a contatto con questi (art. 27 c. 2, 3).

Nel caso poi in cui tali trasmissioni siano in chiaro vi deve essere un'apposita segnalazione acustica o visiva circa il potenziale pregiudizio.

Il recepimento di questa parte della direttiva nell'ordinamento interno ha posto non pochi problemi.

Abbiamo già ricordato come nella legge Mammì accanto a norme di derivazione europea si ritrovassero alcune norme di origine nazionale (quali quelle sulle limitazioni orarie relative alla ritrasmissione di film). A seguito del recepimento, ad opera del D.Lgs. 44/2010 (c.d. decreto Romani), della direttiva SMA vengono ad essere innestati nella precedente disciplina ulteriori divieti, senza peraltro che questi risultino sempre ben coordinati, sotto il profilo sostanziale e formale con il tessuto normativo precedente²².

In verità l'operazione di recepimento della direttiva SMA nell'ordinamento interno non appariva semplice, anche in ragione

²⁰ Vd. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Giappichelli, 2009, 7 ss.

²¹ Nella formulazione della Dir. 2010/13.

²² Sotto il profilo sostanziale emergono

non rilevanti problemi interpretativi con riferimento ai rapporti tra i c. 1 e c. 3 dell'art. 34 (su tale profilo vd. S. BOCALATTE, *I servizi audiovisivi per adulti*, in V. ZENOVIC, *La nuova televisione europea*, cit., 93 ss.).

di una certa laconicità della legge delega con riferimento all'ampiezza dei poteri governativi di coordinamento²³.

L'esito di tutto ciò si era tradotto in un articolo 34 del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (Tusmar), rubricato « Disposizioni a tutela dei minori », lungo, complesso e in definitiva piuttosto oscuro, come rilevato da quasi tutti gli osservatori²⁴.

Particolarmente problematiche apparivano, in particolare, le previsioni di cui al c. 3, ove si prevedeva il divieto di trasmissione « diurna » dei film per adulti, anche ad accesso condizionato, su tutte le piattaforme di trasmissione²⁵ e del c. 4, ove si disciplinava la ritrasmissione in televisione dei film vietati ai minori di 14 anni.

Per orientarsi in una tale intrico di divieti era intervenuta anche l'AGCOM, con un atto intitolato « Chiarimenti interpretativi sulla normativa in materia di diffusione sui servizi di media audiovisivi di film vietati ai minori di anni diciotto e quattordici »²⁶. Tale atto, pur nell'apprezzabile intento di fornire un'interpretazione « adeguata » in senso conforme al diritto comunitario dell'oscuro dettato normativo, non adottato però nell'esercizio della potestà regolamentare, ma bensì nell'ambito di una più generica funzione interpretativa, suscita non pochi dubbi circa la legittimità di un simile operato²⁷.

Del tutto opportunamente dunque il quadro normativo è stato oggetto di un intervento normativo ad opera del D.Lgs. 28 giugno

²³ Sui problemi dei possibili eccessi di delega, con riferimento, in verità, ad altri parti del decreto vd. O. GRANDINETTI, *Il Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, cit., 124 ss.

²⁴ Sul punto v. S. BOCCALATTE, *I servizi audiovisivi « per adulti »*, in V. ZENOVICH (a cura di), *La nuova televisione europea - Commento al « Decreto Romani »*, Maggioli, 2010, in part. 94 e O. GRANDINETTI, *Il Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 129.

²⁵ Su tale aspetto vd. l'accurata disamina di S. BOCCALATTE, *I servizi audiovisivi « per adulti »*, cit., in part. pp. 97-98.

²⁶ « Chiarimenti interpretativi sulla normativa in materia di diffusione sui servizi di media audiovisivi di film vietati ai minori di anni diciotto e quattordici », adottata dalla Commissione servizi e prodotti dell'Agcom nella riunione del 17 novembre 2011.

²⁷ Sulle questioni problematiche collegate all'attribuzione di potestà normativa alle autorità indipendenti si vedano: M.A. CABIDDU-D. CALDIROLA, *L'attività normati-*

va delle autorità indipendenti, in *Amministrazione*, 2000; P. CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Giappichelli, 2005; V. CERULLI-IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati - Le autorità amministrative indipendenti e l'economia*, Il Mulino, 2010, 75 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Giappichelli, 2007, p. 107 ss.; G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Giappichelli, 2004; P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Condizione Nazionale per le società e la Borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro amm.*, 2000; S. MARZUCCHI, *Regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Cedam, 2002; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, 2001; S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003.

2012, n. 120²⁸, che modifica l'art. 34 del D.Lgs. 177/2005 in senso maggiormente conforme alle previsioni europee.

A seguito di tale modifica il regime giuridico delle limitazioni di visione televisiva previsto per le opere cinematografiche, conseguente al giudizio espresso in sede di revisione cinematografica, anziché, come in passato, essere oggetto di autonoma disciplina viene finalmente *integrato* nell'ambito delle due tipologie di divieti di derivazione comunitaria fondate sull'intensità del pregiudizio arrecato²⁹.

Nel c. 1 dell'art. 34 del Tusmar si prevede dunque un divieto per le trasmissioni televisive che possano nuocere *gravemente* allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori ed in particolare dei programmi che presentino scene di violenza gratuita o insistita o pornografiche. Sono inoltre vietate, in quanto da considerarsi come gravemente nocive per i minori», le trasmissioni di film per i quali sia stato negato il nulla osta o quelle vietate ai minori di anni diciotto.

Se questo costituisce la regola la trasmissione di tali programmi, potenzialmente gravemente lesivi, viene invece ammessa, in modo più chiaro che nel passato³⁰, nel caso delle trasmissioni ad accesso condizionato di cui al c. 3, con riferimento però ai soli servizi *on demand*. Nel comma 3 si specifica poi che tali trasmissioni possono essere rese disponibili dai fornitori di servizi di media audiovisivi a richiesta solo in modo da escludere che i minori vedano o ascoltino normalmente tali servizi e comunque con l'adozione di un sistema di controllo specifico e selettivo rispondente ai principi previsti nel c. 5³¹; in questi casi tuttavia si richiede comunque il rispetto delle apposite avvertenze acustiche e segnaletiche relative al potenziale pregiudizio.

Nel secondo comma si prevede che le trasmissioni di emittenti televisive e radiofoniche non possano contenere programmi, e tra questi sono ricompresi i film vietati ai minori di anni 14, che *possano nuocere* (non gravemente) allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori, a meno che la scelta dell'orario delle trasmissione — e qui viene indicata la fascia oraria ricompresa tra le 23 e

²⁸ « Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44, recante attuazione della direttiva 2007/65/CEE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive », in GU 30 luglio 2012, n. 176.

²⁹ Dopo tale intervento si arriva ad un alleggerimento anche formale del testo, dato che i precedenti c. 3 e 4 dell'art. 34 oggi confluiscono, modificati, rispettivamente nei commi 1 e 2.

³⁰ In precedenza, con formula un po' contorta, venivano « fatte salve le norme

speciali per le trasmissioni ad accesso condizionato, comprese quelle di cui al comma 5, che comunque impongano l'adozione di un sistema di controllo specifico e selettivo che vincoli alla introduzione del sistema di protezione tutti i contenuti di cui al comma 3 » (art. 34 c. 1, ul. Parte).

³¹ Già l'Agcom nei suoi « Chiarimenti interpretativi » aveva specificato che in questi casi « l'elemento indefettibile per ammetterne la visione è rappresentato dall'esistenza di un blocco da rimuovere per la visione dei programmi gravemente lesivi per i minori stessi » (Pt. 1, pp. 1.2).

le 7³² — o qualsiasi altro accorgimento tecnico escludano che i minorenni che si trovano nell'area di diffusione vedano od ascoltino normalmente tali programmi. Tali programmi, sia in chiaro che a pagamento, devono essere preceduti da un'avvertenza acustica e devono essere identificati durante tutto il corso della trasmissione da un apposito simbolo visivo.

Totalmente innovativo risulta invece quanto contenuto nel c. 4 dell'art. 34, ove si prevede che anche le anteprime di opere cinematografiche destinate alla proiezione in pubblico sono soggette a tutte le limitazioni e ai vincoli previsti per la trasmissione televisiva dell'opera cinematografica. I *trailer* di film trasmessi in televisione, infatti, in passato avevano posto non pochi problemi circa la loro assoggettabilità alle norme in materia di tutela dei minori³³; la norma inserita fugge ogni dubbio al riguardo, dovendosi anche in questi casi rispettare le previsioni di cui al primo e secondo comma dell'art. 34.

4. LINEE DI PROTEZIONE DEI MINORI NELLA « OVER-THE-TOP TELEVISION ».

Il quadro normativo in materia di tutela dei minori si presenta dunque articolato ed altamente frammentato³⁴. Tale complessità deriva in parte dalla stessa normativa comunitaria, in parte costituisce il riflesso naturale di una regolazione di tipo multilivello, ma in buona sostanza risulta il frutto di una stratificazione normativa, talora, almeno fino al recente D.Lgs. n. 120 del 28 giugno 2012, scarsamente razionalizzata.

L'insistere poi nella normativa interna su strumenti di tipo *watershed*, come le limitazioni orarie, suscitava forti perplessità circa la loro idoneità ed efficacia rispetto al perseguimento dell'obiettivo di innalzamento della soglia di tutela³⁵.

³² Alla luce delle ultime novità contenute nel D.Lgs. 120/2012 possiamo dunque indicare la fascia oraria delle 23-7 come fascia di televisione in cui i minori *non* si dovrebbero trovare di fronte al video, così come in senso complementare quella delle 7-23 come fascia in cui invece non si può escludere che vi siano minori, seppure auspicabilmente non soli di fronte al video. Tale ricostruzione appare in linea con quella proposta dal Codice di autoregolamentazione Tv e minori del 2002 che tuttavia faceva riferimento, in senso conforme alle precedenti normative, alle 22,30 anziché alle 23. Sul punto occorre ricordare come tale Codice ed anche il c. 7 dell'art. 34 identificano invece la vera e propria fascia protetta, in cui vi è un'esigenza di raf-

forzamento della tutela, con quella delle 16-19.

³³ Sul punto vd. ad esempio Comitato TV e minori, risoluzione n. 80/07 del 23 gennaio 2007 per trailer del film « Apocalypso ».

³⁴ Qui non ne abbiamo parlato, ma occorre ricordare come importanti norme a tutela dei minori si ritrovino anche in materia di comunicazioni commerciali; sul punto per una ricognizione del complesso quadro normativo cfr. A. VALASTRO, *Il sistema delle garanzie a tutela dei minori*, cit., in part. p. 32 ss.

³⁵ Sul punto v. « Relazione della Commissione sull'applicazione della raccomandazione del Consiglio del 24 settembre 1998, Tutela dei minori nel mondo digitale », SEC(2011) 1043 def. Pt. 2.8.

La transizione del consumo dei servizi di media audiovisivi verso modalità sempre più personalizzate, particolarmente mediante la connessione alla rete porta di fatto a ridimensionare fortemente il momento della trasmissione e quindi l'orario, sostanzialmente deciso dall'utente, che invece continua a rivestire rilievo per i bambini più piccoli (in età prescolare) il cui livello di interattività con i media appare più limitato.

Con riferimento, più nello specifico, ai profili di tutela dei minori nelle nuove forme della Over-the-Top Television possiamo tentare alcune prime riflessioni, sia alla luce della normativa esistente che in una prospettiva più ampia.

Con riferimento al quadro vigente, possiamo dire che non pare vi siano particolari ostacoli per l'applicazione, anche ai servizi televisivi over-the-top, delle norme in materia di tutela dei minori di cui all'art. 34 del Tusmar, come si ricava dalla lettura degli obblighi imposti ai titolari delle autorizzazioni generali per i servizi non lineari (cfr. Agcom All. A alla delibera n. 607/10/ CONS, art. 11).

Venendo più nello specifico alle tecniche di tutela dei minori possiamo dire che oggi riveste sicuramente un ruolo centrale, in chiave di tutela preventiva, la *classificazione* dei contenuti dei servizi audiovisivi a richiesta³⁶.

La disciplina della classificazione dei contenuti era stata una delle più interessanti novità contenute nel decreto Romani; essa non era più rimessa all'autonomia editoriale, ma veniva svolta sulla base dei criteri proposti dal Comitato di applicazione del codice media e minori, d'intesa con l'AGCOM e successivamente « trasfusi » in un decreto ministeriale³⁷.

In tal senso era stato approvato il D.M. 1 aprile 2011³⁸ che aveva proposto, per la classificazione dei contenuti, tre ambiti di riferimento: la violenza, la sessualità e le tematiche sociali, relazionali e comportamentali³⁹.

In un primo momento dunque con l'approvazione di tale decreto in Italia pare essersi imboccata la strada della classificazione dei contenuti operata sulla base di criteri nazionali che in larga misura recepiscono principi affermati dalla giurisprudenza, per lo più penalistica, in materia di osceno.

Pertanto la scelta della classificazione nazionale non era l'unica via percorribile, registrandosi anche tesi a favore di criteri più

³⁶ Vd. « Tutela dei minori nel mondo digitale » cit., pt. 2.8.

³⁷ Sul punto vd. L. MUSSELLI, *Televisione e minori*, in *Dir. inf.*, 2010, 62 ss.

³⁸ Tale decreto è stato approvato dal Ministro dello sviluppo economico il 1 aprile 2011.

³⁹ Accanto all'ambito tematico si indicavano le modalità rappresentative che

possono arrecare pregiudizio, quali la durata dell'inquadratura, la gratuità delle scene rispetto al contesto, l'esaltazione del male, l'istigazione alla commissione di reati ecc. In taluni casi inoltre, come per la definizione di pornografia, si rinviava a precedenti delibere adottate dall'AGCOM (Del. 23/07/CSP).

ampi su base europea (similmente a quanto è avvenuto con il sistema PEGI) e da taluni auspicandosi in una realtà convergente criteri unitari per tutti i contenuti, indipendentemente dallo strumento trasmissivo.

Sul punto tuttavia la disciplina della classificazione dei contenuti è destinata a cambiare. Con il D.Lgs. 120 del 2012, infatti, il riferimento alla procedura da adottarsi per la definizione dei criteri di classificazione viene ad essere modificata, facendosi riferimento in modo molto generico ai « criteri fissati dall'Autorità » (art. 34 c. 1, ult. Parte). La scelta di rinunciare al coinvolgimento (almeno formale) del Comitato Tv e minori nell'attività di classificazione, perdendo in questo modo la possibilità di integrare nel patrimonio conoscitivo dell'AGCOM l'importante patrimonio di *expertise* da questo organismo maturata, non appare del tutto convincente e non pare compensata dalla indubbia semplificazione procedimentale che l'intestazione della competenza in capo ad un unico soggetto arreca. Sicuramente non ha giocato a favore del Comitato il fatto che al momento dell'approvazione del d.lgs. 120 non fosse stato ancora compiuto il processo normativo di ridefinizione della sua struttura e dell'ambito di operatività.

Accanto all'attività di classificazione dei contenuti si è proceduto, in parallelo, alla disciplina, mediante attività di coregolamentazione tra AGCOM ed operatori, degli accorgimenti tecnici tali da escludere da parte dei minori la normale fruizione di contenuti classificati a visione non libera (c. 5 art. 34). Tale funzione di controllo parentale deve inibire l'accesso ai contenuti per adulti, facendo salva la possibilità per l'utente di disattivare la funzione. Una prima attuazione della previsione si è avuta con la del. n. 220/11/CSP « Regolamento in materia di accorgimenti tecnici da adottare per l'esclusione della visione e dell'ascolto da parte dei minori di film ai quali sia stato negato il nulla osta per la proiezione o la rappresentazione in pubblico, di film vietati ai minori di diciotto anni e di programmi classificabili a visione per soli adulti ai sensi dell'art. 34, c. 5 e 11 del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici ». Tale atto fissa le caratteristiche che devono avere i sistemi di *parental control*, con particolare riguardo ai requisiti di segretezza del codice che deve essere personale, specifico e individualizzato⁴⁰.

Per garantire maggiore effettività alla previsione, nell'ultima modifica legislativa ad opera del D.Lgs. 120/2012, si prevede che la possibilità di garantire la fruizione dei servizi audiovisivi *on demand* per adulti, di cui al c. 3 dell'art. 34, sia condizionata all'effettiva imposizione della funzione di controllo specifica e selettiva.

⁴⁰ Non ha queste caratteristiche il PIN preimpostato che, al limite, potrà essere utilizzato per personalizzare il co-

dice segreto secondo modalità comunicate all'utente maggiorenne in modo riservato.

Con riferimento ai servizi televisivi offerti nell'ambito della c.d. televisione connessa tale sistema non è però al momento operante in quanto il regolamento n. 220 non si applica, per sua espressa previsione, ai servizi di media audiovisivi a richiesta e lineari su altri mezzi trasmissivi e quindi su piattaforma Web tv o tramite Connected TV (pt. 3 e 7). In relazione a tali servizi occorrerà probabilmente attendere la prossima regolamentazione dell'AGCOM che dovrebbe intervenire, nel nuovo contesto delineato dal c. 11 dell'art. 34, così come modificato dal D.Lgs. 120/2012, entro il 31 ottobre 2012⁴¹.

Ad oggi quindi la questione della classificazione dei contenuti sulla televisione connessa risulta ancora aperta.

Volendo tentare qualche riflessione più generale si può forse ipotizzare che il modello economico della televisione Over-the-Top, caratterizzato da una forte integrazione tra produttori di apparecchi e fornitura di contenuti, rende tecnicamente praticabile un sistema tecnico di criptazione dei contenuti sulla base di una preventiva classificazione, che potrà essere affinata nel tempo in modo più soddisfacente di quanto avviene oggi, magari arrivando all'elaborazione di criteri che si sgancino dal dato meramente penalistico.

Il problema però che si pone non è più, a questo punto, quello tecnico, ma quello, molto più ampio e problematico, della ricerca di equilibrio tra una pluralità di interessi giuridici in gioco: da un lato la protezione del minore (la classica dimensione della « tutela da »), ma anche il riconoscimento agli stessi di spazi di autodeterminazione e dall'altro le libertà informative ed economiche.

Qui si registrano, peraltro, istanze confliggenti. Se in ambito comunitario si richiede in modo generico un « livello coerente di protezione nei diversi ambienti dei media » (come si legge nella Prima Relazione della Commissione sull'applicazione delle direttive SMA) non pare né conveniente né desiderabile riconsiderare in chiave unitaria la tutela dei minori con riferimento ai *new media*⁴².

Il mantenimento di un regime di « relativa » separatezza tra servizi audiovisivi ed internet *tout court*, evidenziato dalla Commissione nel documento sopra citato (ove si richiamano le specificità dell'audiovisivo con riferimento in particolare alle elevate aspettative di tutela che gli spettatori ripongono nei servizi connessi di video), oltre che ritrovarsi già in precedenti atti comunitari⁴³, rap-

⁴¹ Dopodiché, sempre secondo il c. 11 dell'art. 34, i fornitori di servizi di media audiovisivi o di servizi si dovranno conformare a tale disciplina di dettaglio entro i successivi trenta giorni dalla data di entrata in vigore del Regolamento.

⁴² Sul punto, per un inquadramento generale della questione, cfr. A. MURRAY, C. SCOTT, *Controlling the New Media: Hybrid responses to New Forms of Power*, in *The Modern Law Review*, 2002, 491 ss.

⁴³ Vd. ad esempio la distinzione tra i

presenta una condizione di garanzia per il riconoscimento dei diritti dei minori.

Si ritiene, infatti, che pur con tutti i suoi limiti e con le criticità sopra ricordate il *corpus* di norme europee sviluppatosi a partire della prima formulazione della dir. TSF, abbia permesso di costruire un modello europeo di tutela dei minori assai interessante ed unico al mondo, il cui patrimonio giuridico non debba assolutamente andare disperso né intrecciato con la difficili ed incerte sorti collegate alla questione della tutela dei diritti sulla rete⁴⁴.

« servizi audiovisivi » e i « servizi d'informazione in linea » contenuta nella Racc. del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 cit.

⁴⁴ Per un'ampia panoramica su tali aspetti, con particolare riguardo alla necessità di ridefinizione dei diritti fondamentali delle persone e del quadro delle relazioni interpersonali vd. di recente F. PIZZETTI, *Dati e diritti nell'epoca della comu-*

nicaione elettronica, 7 ss. in F. PIZZETTI (a cura di), *I diritti nella « rete » della rete*, Giappichelli, 2012. Nello stesso volume, con particolare riferimento alla problematica attività svolta dall'AGCOM per regolamentare il diritto d'autore in rete, vd. il saggio di M. OROFINO, *L'intervento regolamentare dell'AGCOM in materia di diritto d'autore: profili di criticità formale e sostanziale*, 123 ss.