

IL FAVOR MINORIS: UN ORIZZONTE LONTANO

di

Giovanna De Minico*

SOMMARIO: 1. Le linee di una riflessione. – 2. *Favor constitutionis*. – 3. Il sistema delle fonti: compatibilità con il *favor*. – 4. Gli atti regolativi: aderenza all'architettura costituzionale. – 5. *Favor* e mezzi tecnici. – 6. Idee per una conclusione.

1. *Le linee di una riflessione*

La nostra riflessione si articolerà lungo due linee: la prima è occupata dal valore costituzionale del *favor minoris*, cioè dalla promessa del Costituente di riservargli una protezione rafforzata rispetto a quella della persona adulta; l'altra, invece, consiste nel verificare se tale promessa sia stata rispettata dal decisore politico. Analizzeremo questa tensione tra l'essere e il dover essere

* Professore ordinario di diritto costituzionale - Università degli Studi di Napoli Federico II. Il saggio è destinato al volume, *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, curato da O. Pollicino - E. Apa *et alii*, in corso di pubblicazione, Atti del Convegno, Università Bocconi - 21 settembre 2018.

Il presente saggio ha a oggetto la posizione costituzionale del minore e la sua disciplina attuativa fino alla Direttiva (UE) n. 2018/1808 del 14 novembre 2018 recante "Modifica della direttiva 2010/13/UE, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1808&from=IT> (oggetto di esame nel lavoro di F. DONATI, *infra*). Di quest'ultima ci limitiamo a sottolineare la continuità con il diritto europeo precedente e l'obbedienza all'obiettivo di armonizzare le diverse regolazioni nazionali. Mentre il fine di migliorare l'equilibrio tra competitività e protezione dei consumatori (così come delle altre categorie deboli, tra cui quella minorile) appare ancora sullo sfondo: è un bene recessivo, trascurato dalla Direttiva. Infatti, se il pregio della Direttiva è aver dettato un principio di regolazione per le piattaforme *online*, i suoi difetti sono nell'aver mantenuto l'irragionevole distinzione tra i diversi mezzi di diffusione, tv lineari e non, nonché tra le diverse piattaforme, digitale o Internet, compromettendo la difesa unitaria dei minori. A questo vizio, già presente nella disciplina europea, la Direttiva 2018 aggiunge quello di affidare l'intero sistema di protezione, non a mezzi cogenti del potere pubblico, ma a modelli indefiniti di *self-regulation* o di co-regolazione, lasciando così privo di *enforcement* il momento della loro eseguibilità.

rispetto a tre elementi dell'ordinamento, fonti del diritto, contenuto e mezzi diffusivi del pensiero, per capire se il *favor* si sia tradotto in concrete prestazioni di vantaggio per il minore o sia ancora una promessa all'orizzonte.

2. Favor constitutionis

La nostra Costituzione (artt. 2 e 31) introduce per il minore un trattamento di assoluta novità, perché rompe con i valori di base del regime fascista, ma a questi oppone il principio democratico-egualitario che, nelle relazioni tra le persone, non tollera discriminazioni neppure per ragioni anagrafiche, e restituisce al minore quella dignità di individuo negatagli nell'ordinamento precedente. Così il minore, emancipato da una condizione di passività che lo vedeva oggetto di diritti e potestà altrui, diventa titolare di situazioni giuridiche autonomamente esercitabili e azionabili *erga omnes*¹. La stessa Corte costituzionale costruisce la peculiarità della garanzia del minore nella circostanza di essere persona «...non ancora in grado di operare la autogestione di sé medesimo»², in quanto individuo che vive una costante condizione di debolezza e fragilità, tale da esporlo al pericolo di assimilare e riprodurre comportamenti nocivi alla sua crescita morale, fisica e intellettuale.

In termini generali, si ritiene favorevole quella disciplina che, in ragione di una condizione obiettiva di debolezza e/o diversità, riconosce alla categoria di soggetti interessata un trattamento specifico e migliorativo rispetto alla previsione generale che si sarebbe altrimenti applicata in mancanza del vantaggio riconosciuto dalla legge.

¹ Così M. BESSONE, *Commento all'art. 30*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1976, p. 101 ss.; F. GIARDINA, voce *Minori. I) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, vol. XX, Roma, 1990, p. 4. Tra i vari commenti si vedano i lavori di: L. CASSETTI, *Commentario alla Costituzione – Art. 31*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet Giuridica, Tomo I, 2006; R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lavoro e dir.*, 2001, p. 701 ss.; B. GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989; A. D'ALOIA-A. IORFIDA, *La tutela dei minori nell'ordinamento costituzionale (art. 31 Cost.)*, in G.F. BASINI-G. BONILINI-P. CENDON-M. CONFORTINI, *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, pp. 35-52, Torino, Utet Giuridica, 2011; M. PICCINNI, *I minori d'età*, in C. M. MAZZONI- M. PICCINNI, *La persona fisica*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), Milano, Giuffrè, 2016, p. 403 ss.;

² Corte cost. n. 16/81 e per una lettura organica della sua giurisprudenza sul tema si veda: G. GIACOBBE, *Diritti della personalità del minore e mezzi di comunicazione: spunti per una riflessione*, in *Iustitia*, 3/2003, p. 409.

Ebbene, le disposizioni costituzionali articolano questo *favor* nel disegnare uno statuto del minore che comprende, tra le altre cose, un catalogo di diritti fondamentali, inalienabili e soprattutto «doppiamente inviolabili» perché, a differenza dei medesimi diritti di un adulto, essi lo accompagnano verso l'età matura e quindi costituiscono la precondizione indispensabile per l'esercizio con cognizione di causa dei diritti fondamentali dell'età adulta. Negare questi diritti significherebbe commettere un duplice illecito: uno nel momento attuale del diniego; l'altro in proiezione futura, quando il minore divenuto adulto eserciterà in modo inconsapevole e immaturo i suoi diritti politici per deficienze nel suo percorso evolutivo, dovute al mancato riconoscimento di quelle particolari cautele e protezioni che avrebbero dovuto assistere le sue libertà al tempo della minore età.

Se l'autonomia del minore dall'adulto ha il suo punto di avvio nella pari dignità della persona, equiordinarli in dignità non significa trasportare automaticamente i diritti del primo al secondo, anzi è richiesta proprio l'operazione opposta del differenziare la sfera giuridica del minore, articolandola in un catalogo di diritti autonomi³ da quelli della persona adulta. La difesa della nascente personalità del minore non potrebbe essere utilmente affidata alle libertà negative *standard*, cioè disegnate sul modello di quelle dell'adulto, perché in caso invece di riproduzione *ipso iure* del regime giuridico ordinario, verrebbe meno quel *surplus* di protezione pensato in funzione dell'esigenze minorili.

Porteremo due esempi per dimostrare che diritti, solo in apparenza identici, meritano regimi giuridici orientati alla obiettiva diversità dei rispettivi titolari.

Uno di questi è il diritto del minore a essere informato, che si caratterizza per una ridotta estensione oggettiva rispetto alla corrispondente libertà dell'adulto: le manifestazioni del pensiero oscene o violente, in quanto potenzialmente nocive al sereno sviluppo psico-fisico del minore, rimangono

³ Vedi A. PACE, in A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di BRANCA-PIZZORUSSO), Bologna-Roma, 2006, p. 100 ss., in cui l'A. riconosce al minore i «nuovi» diritti senza passare per la clausola generale dell'art. 2 Cost., interpretazione preferita invece da M. LUCIANI, *La libertà di manifestazione del pensiero nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, 1989, in part. p. 611 ss. In termini parzialmente diversi si veda A. VALASTRO, *Il sistema delle garanzie a tutela dei minori*, in A. PACE-R. ZACCARIA-G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, Jovene, 2008, p. 17 ss.

fuori dal suo perimetro (ex art. 21 Cost.)⁴. In termini speculari, l'adulto pretenderà un'informazione inclusiva anche di fatti e notizie aggressive o violenti per contenuto o modalità espositiva, potendo contare sulle proprie energie interiori per difendersi.

Pertanto, il minore vede rovesciato il suo titolo soggettivo nei confronti dell'*illegal content*⁵: da creditore del diritto a essere il destinatario di contenuti "violenti" o osceni a creditore del divieto a riceverli, perché le sue acerbe categorie intellettive non basterebbero da sole a proteggerlo, a tal fine è necessario l'intervento suppletivo della legge, che agisce sul suo diritto a venire a conoscenza della realtà, privandolo dei fatti e delle notizie che potrebbero nuocerli.

Ne consegue che chi narra un fatto o esprime un'idea destinata a un minore lo deve fare osservando modalità di forma e di contenuto diverse da quelle che caratterizzano il rapporto informativo con l'adulto; quindi, questo *favor* determina che la medesima condotta riceva una qualificazione antitetica: atto lecito di esercizio di un diritto, se destinata a un adulto, fatto illecito se rivolta a un minore. In conclusione, la diversità ontologica dell'art. 21 Cost., lì dove destinato al minore, diventa limite addizionale alla libera manifestazione del pensiero dell'adulto⁶.

⁴ Conservano intatta la loro efficacia le riflessioni intorno ai limiti di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1957, spec. p. 42 ss.

⁵ L'*illegal content* è un *umbrella concept* perché racchiude in sé comportamenti non tipizzabili *ex ante* e corrispondenti a condotte *contra ius*, come tali già sanzionate *offline*. Una definizione di contenuto illecito si può trovare in alcuni documenti dell'Unione Europea: EUROPEAN COMMISSION, *Public Consultation on the Evaluation and Modernisation of the Legal Framework for the Enforcement of Intellectual Property Rights* (December 9, 2015); *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, and the Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe*, COM(2016) 288 Final, (May 25, 2016); *Communication from the Commission to the European Parliament, the ECouncil, the European economic and social committee and the committee of the regions. Tackling Illegal content online*, COM (2017) 555 final (September 28, 2017). D'altro canto, il concetto di contenuto illegale non può che avere un significato variabile nel tempo e in ragione della cultura giuridica di un dato ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla diversità di approccio fra il modello statunitense, più aperto e permissivo, e quello Europeo, più attento alla tutela dei soggetti deboli e vulnerabili. In dottrina tale ultimo aspetto è ben trattato da C. OMER, *Intermediary Liability for Harmful Speech: Lessons from Abroad*, (2014) 28 *Harvard Journal of Law & Technology*, p. 289-323.

⁶ P. F. LOTITO, *Art. 24. Diritti del bambino*, in R. BIFULCO-M. CARTABIA -A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 185 ss.; F. RAIA, *Privacy e diritto di cronaca con riguardo a particolari categorie di soggetti: le persone pubbliche e i minori*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/libetadiritti/raia.html> .

La stessa asimmetria regolatoria tra situazioni soggettive del minore e corrispondenti diritti dell'adulto si ripropone anche rispetto al diritto alla riservatezza del primo, il cui ambito di protezione si dilata se confrontato con il foro interno di un adulto: il minore vanta infatti una *privacy* più tenace di quella di un adulto nel bilanciamento con il diritto di cronaca, destinato ad arretrare a meno che la notizia non sia nell'esclusivo interesse del minore, apprezzamento questo, delicatissimo e rimesso al giudizio del giornalista (art. 7, co. 3, Codice dei giornalisti)⁷.

In questa cornice normativa si inseriscono i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, che ha ritenuto non sussistere per il giornalista l'esimente del consenso genitoriale quando viene ospitato in trasmissione televisiva un minore che, ad esempio, esprima il suo giudizio sulla vita sentimentale della madre: cioè l'assenso dei genitori non esonera il giornalista dall'obbligo di verificare l'esistenza di un interesse oggettivo del minore rispetto alle informazioni che lo riguardano⁸.

La progressiva sostituzione di Internet ai mezzi di informazione tradizionali e la centralità dei luoghi di incontri virtuali hanno costretto il legislatore, in *primis* quello sovranazionale, a raffinare le tecniche di protezione dei dati minorili disegnando una tutela *ad hoc* nel momento in cui il minore mostrava interesse a prendere parte al gioco virtuale dei *social networks* piuttosto che a reclamare la sua *privacy* divorata dalla rete.

In Internet la sua *privacy* dà valore indisponibile e meritevole di protezione diventa merce di scambio del minore, incline a cederla con una certa disinvoltura contro la prestazione di servizi digitali, apparentemente gratuiti, ma di fatto pagati dietro la cessione definitiva dell'intera massa dei propri dati⁹. Dinanzi a tecniche di acquisizione dei dati *omnibus* e aggressive, elaborate

⁷ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Delibera 29 novembre 2018 Regole deontologiche relative al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica pubblicate, ai sensi dell'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101. (Delibera n. 491). (18A08452)*, in G.U. n.3 del 4-1-2019, a seguito del Regolamento UE 2016/679, il profilo di cui all'art. 7 è rimasto immutato rispetto all'originaria stesura del codice.

⁸ Cfr. Provv. 28 maggio 2011 e anche il Provv. 5 sett. 2001; queste prime decisioni sono divenute un *trend* confermatosi nel tempo, di cui ampia traccia si rinviene anche nel Provv. n. 293 del 18 ottobre 2012, reperibile in <https://www.gdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2109781>.

⁹ Il fenomeno dilagante dei *Big Data* non è trattabile in una nota, consapevoli di ciò in questa sede ci limiteremo a ricordare al lettore che con esso si intendono le raccolte a strascico dei dati verso tutti, rispetto a

dai Giganti del *web*, e a fronte di un diffuso disinteresse dei minori a tenere per sé la propria intimità, il legislatore europeo¹⁰ ha previsto che particolari garanzie assistessero il suo consenso informato. Così l'art 8 del Regolamento UE 2016/679¹¹ ha distinto la categoria, un tempo unitaria, dei minori in ragione dell'età, diventando il raggiungimento dei 16 anni la linea di discriminazione per tipologie differenziate di assenso.

Se il minore è un sedicenne, basterà il suo consenso per trattarne i dati. Questa scelta rimanda a un'illimitata fiducia nell'autodeterminazione del nativo digitale, ma al tempo stesso sottovaluta che nascere nell'era internettiana non mette il minore al riparo dai pericoli della rete, anzi lo porta a ignorarli perché non li riconosce come rischi alla sua incolumità fisica e psichica. Nel caso in cui la persona sia di età inferiore ai 16, la cessione dei dati sarà condizionata al consenso dei genitori. Quindi l'aggravamento di tutela previsto dal Regolamento si risolve esclusivamente nell'alternativa descritta, il che rende la soluzione europea una forma di difesa poco efficace; mentre si sarebbero potute disegnare forme di tutela più adeguate al pericolo da scongiurare, alle quali il legislatore ha invece rinunciato per un omaggio formalistico alla concezione personalissima della *privacy*, che come diritto personalissimo non tollera intrusioni di terzi. A nostro avviso questa impostazione pseudo-ideologica della questione nasconde invece un'opzione politica ben precisa del decisore europeo: dare spazio e far crescere gli interessi economici degli operatori del *web* pronti ad acquisire a ogni costo il consenso minorile. La regola europea non è dettata da un'adesione reale alla tesi della natura personalissima della *privacy*¹² perché se fosse questa

ogni tipologia di dato e senza una finalità specifica. *Ex multis*, si veda l'innovativo lavoro di M. STUCKE-A.-P. GRUNES, *Big Data and policy competition policy*, Oxford University Press, 2016.

¹⁰ La sensibilità verso l'universo minorile è precedente al Regolamento UE 2016/679, si veda già il COUNCIL OF EUROPE, *Strategy FOR THE RIGHTS OF THE CHILD (2016-2021) CHILDREN'S HUMAN RIGHTS*, [HTTPS://RM.COE.INT/168066CEF8](https://rm.coe.int/168066cef8), DI RECENTE ANCORA IL COUNCIL of Europe, *Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment*, 2018, in <https://rm.coe.int/guidelines-to-respect-protect-and-fulfil-the-rights-of-the-child-in-th/16808d881a>.

¹¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>.

¹² *Contra* C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO- C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, E.S., Napoli, 2017, a p. 122.

l'ispirazione di fondo sarebbe risolta diversamente la *querelle* sull'indisponibilità del diritto alla privacy, declassato dallo stesso Regolamento a merce di scambio negoziale contro i servizi digitali. Una tutela seria della privacy avrebbe dovuto rompere il nesso sinallagmatico tra consenso ai dati e consenso al contratto *on line* nel senso di permettere il diniego al trattamento dei dati senza pregiudicare il consenso al contratto di fornitura dei servizi in rete; questo salto di qualità annunciato nel *Consid.* 32¹³ non è andato oltre le buone intenzioni, perché non si è tradotto in una prescrizione vincolante; infatti l'art.7, co.4, ritorna all'antico vizio di un unico consenso valevole per due distinte operazioni: il trattamento dei dati e il perfezionamento del negozio digitale. Il legislatore dopo una bella dichiarazione di principio abbassa il tiro e si accontenta che “nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si [tenga] nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto”. Quindi, il Regolamento non ha voluto escludere *ipso iure* e automaticamente l'unicità del consenso, preferendo vietare questa coincidenza solo in presenza di date condizioni e dietro valutazione discrezionale di un'autorità, ancora da identificare. Per questa fondamentale ragione non ci convince la tesi secondo la quale la natura personalissima della privacy sia il *leitmotif* del Regolamento e di conseguenza non se ne possono condividere le conseguenze sul terreno del consenso minorile al trattamento dei suoi dati.

Siamo pertanto pervenuti a una prima conclusione in merito alle libertà negative – riservatezza, diritto a essere informato e altre – esse non sono neutre rispetto all'età del destinatario, potendo il rispettivo contenuto e quindi la loro veste giuridica variare in ragione dell'attitudine all'autodifesa del suo titolare.

Una volta che l'ordinamento abbia procurato ai minori un'adeguata protezione dai pericoli esterni – risultato ancora da conseguirsi – si può

¹³ *Consid.* 32 del Reg. UE 2016/679 richiede che il consenso si esprima con atto positivo inequivocabile di manifestazione dell'intenzione libera, specifica, informata e inconfondibile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano. Distinguendo bene che se il consenso dell'interessato è richiesto attraverso mezzi elettronici, la richiesta deve essere chiara, concisa e *non interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso* (corsivo Nostro).

ritenere lo Stato adempiente del suo dovere di solidarietà nei loro confronti? Oppure i minori potrebbero altresì rivendicare azioni positive verso il soggetto pubblico, ossia prestazione di servizi funzionali a sostenerli, aiutarli nel loro percorso verso l'autonomia di giudizio?

A questo punto del discorso appare necessario esaminare quali siano le pretese a comportamenti prestazionali funzionali all'autodeterminazione dell'individuo da far valere verso il debitore; quanto a quest'ultimo, egli potrà essere un soggetto autoritativo oppure forze sociali e persino persone fisiche, perché il termine "Repubblica", impiegato dal Costituente, comporta che l'individuazione del destinatario dei doveri di *facere* interessi una categoria di soggetti, che non conosce preclusioni in ragione della natura o della forma giuridica dell'onerato. In tal caso, i minori potranno pretendere, rispettivamente, dallo Stato un'istruzione gratuita e obbligatoria, e dalla famiglia un'educazione secondo le proprie inclinazioni¹⁴. Il catalogo sommariamente esemplificato è sintetizzabile nel diritto del minore a una crescita libera e serena, ma per conseguire questo risultato gli andranno riconosciuti entrambi i modelli di libertà: cioè tanto le negative, di cui si è detto prima, che le positive, di cui diremo ora.

Diritti, questi ultimi, a una prestazione educativa, informativa e d'intrattenimento, i quali rimandano a una *policy* pubblica diretta a promuovere l'autodeterminazione del minore, persona non solo da difendere, ma anche da aiutare nel suo addestramento verso la maturità.

In quest'ultima accezione il diritto del minore diventa credito a che la Repubblica crei le condizioni favorevoli alla sua autodeterminazione con misure idonee a sollecitare i differenti stadi della crescita psicofisica. Credito che decresce con l'evoluzione fisico-mentale della persona fino a estinguersi quando il minore, ormai maturo, sarà in grado di agire da solo perché adeguatamente attrezzato a muoversi in autonomia di giudizio in ogni contesto, e principalmente in quello politico-sociale.

E se ogni obbligo ha sempre un beneficiario – nel nostro caso il minore – dovrà esibire anche un debitore, ancora da individuare. L'impresa informativa

¹⁴ G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in C. MANCINA-M. RICCIARDI (a cura di), *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Roma, Donzelli, 2012, p. 69 ss.

può essere il soggetto passivo di questa relazione solidaristica, a prescindere dalla sua natura e dallo strumento diffusivo impiegato¹⁵?

In altri termini: la triade della cultura anglosassone – *education, information e entertainment* – s'impone solo al gestore del servizio pubblico o anche all'impresa commerciale? A sostenere la prima tesi si accoglierebbe una nozione di servizio pubblico¹⁶ dilatata nell'oggetto, perché comprensiva del dovere educativo verso i minori ma, al tempo stesso, ristretta nel soggetto, perché avara nell'interpretare il concetto di solidarietà sociale¹⁷, da cui sarebbero tenuti indenni gli operatori privati. È come se la loro impresa, invece di vendere idee e, quindi, di intervenire nel processo democratico di formazione delle coscienze, vendesse mele.

Preferiamo aderire a un'altra concezione di obbligato, quella che include anche il *broadcaster* privato e chi genera in prima persona o tramite terzi flussi informativi in rete, qui il riferimento è chiaramente ai fornitori di piattaforme dai contenuti gratuiti e/o a pagamento (Netflix, Amazon *et alii*) o autogenerati dagli utenti (Youtube). Né si potrebbero trarre indicazioni preclusive a tale apertura dai documenti europei che, evitando espressioni blindate e prescrittive, si prestano a essere interpretati anche nel senso da noi suggerito. A tale regola ermeneutica si aggiunge una considerazione di sistema: la convergenza dei mezzi e dei contenuti, introdotta dal Pacchetto direttive TLC 2002, comporta una disciplina omogenea della relazione tra impresa di tendenza e minore. In altri termini, la protezione del minore deve prescindere dal terreno di gioco, *off line* o *on line*, così come deve essere indifferente dalla natura giuridica del mezzo impiegato, tv o piattaforme digitali, a titolarità pubblica o privata. Invero, si tratta di distinzioni già vecchie nel momento in cui scriviamo, perché incapaci di abbracciare l'intera e sfuggente fisionomia dell'operatore orizzontalmente e verticalmente integrato, impegnato in una

¹⁵ F. DONATI, *La radiotelevisione: l'evoluzione del quadro normativo italiano*, in A. NICITA - G.B. RAMALLO - F. SILVA (a cura di), *La nuova televisione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 147 ss.

¹⁶ Si rinvia alla numerosa manualistica (fra cui, CARETTI, ZACCARIA *et alii*) per il dibattito sul servizio pubblico e le sue prospettive.

¹⁷ In tema, cfr.: L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte Costituzionale*, in M.CAVINO-E. GROSSO-J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 532 ss.

mission complessa: sia come *media-company*, che come *dominus* di asset strategici¹⁸.

Qui si sta suggerendo una lettura estensiva degli obblighi di solidarietà educativa, in quanto ciò che rileva non è la natura del fornitore dell'attività informativa, ma *l'ubi consistam* dell'attività medesima. La delicatezza del suo oggetto impone l'obbedienza a regole prescrittive o proibitive, sensibilmente limitative della libertà di parola dell'imprenditore e della sua capacità d'impresa¹⁹ in quanto dirette a orientare l'attività informativa al *common good*. In caso contrario, tale attività economica, privata della sua vocazione sociale, ripiegherebbe egoisticamente sulla ricerca del profitto individuale, venendo a perdere il tratto distintivo rispetto a una generica attività di produzione di beni e servizi per il mercato. Anche frammenti normativi concorrono a sostenere questa interpretazione: non si capirebbe quale possa essere il contenuto prescrittivo di espressioni tipo «servizio di interesse generale»²⁰ o «tutela dell'armonico sviluppo psichico e morale del minore»²¹, se non quello di un'attività privata di diffusione tenuta a condividere – per dirlo con termini connotati da una cultura che li ha precisamente elaborati – i compiti di *education, entertainment and information* con la concessionaria pubblica. Ritenuto esigibile anche nei confronti dell'impresa commerciale il dovere di disegnare una programmazione dedicata ai minori, altra sarebbe la questione inerente al finanziamento di tale obbligo e alla legittimità del ricorso al canone. Pensiamo che questo nuovo gruppo di doveri si collochi sul medesimo piano degli

¹⁸ Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri in allegato al Trattato di Amsterdam (1997) dispone infatti che “Le disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea non pregiudicano la competenza degli Stati membri a provvedere al finanziamento del servizio pubblico di radiodiffusione, nella misura in cui tale finanziamento sia accordato agli organismi di radiodiffusione ai fini dell'adempimento della missione di servizio pubblico conferita, definita e organizzata da ciascuno Stato membro e nella misura in cui tale finanziamento non perturbi le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune, tenendo conto nel contempo dell'adempimento della missione di servizio pubblico.” Ma sul punto si veda la diversa interpretazione offerta da DONATI sull'estensione del dovere educativo all'imprenditore dell'azienda di informazione in questo volume.

¹⁹ Si pensi, quanto agli obblighi statici, a quelli imposti dalle varie leggi del settore radiotelevisivo (ora audiovisivo) inerenti all'assetto proprietario interno, la riferibilità del capitale di controllo a un certo livello a una persona fisica, la visibilità esterna della struttura aziendale e delle sue modifiche nel tempo. Agli obblighi conformativi il modo di essere dell'impresa si aggiungono i consueti doveri orientativi la capacità aziendale, vale a dire gli obblighi di programmazioni, settati sull'oggetto, sulla tipologia dei servizi e infine sulle modalità della comunicazione. In termini generali, si consulti la manualistica, tra i molti: R. ZACCARIA con la collaborazione di A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2010, p. 253 ss.; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 131 ss.

²⁰ L. n. 112/04 (art. 6), poi riprodotto nel D.lgs. n. 177/05 (art. 7).

²¹ Ancora la L. n. 112/04 (art. 3, co. 2).

obblighi connessi alla programmazione o al profilo statico dell'impresa, aventi tutti come denominatore comune l'interesse sociale sottostante l'attività informativa, il quale assegna all'impresa un assetto statutario speciale²². Il *broadcaster* dovrebbe allora sopportare a titolo individuale²³ un sacrificio economico per assecondare la vocazione sociale dell'attività intrapresa, la quale, seppur operante sul mercato, non è governata unicamente dalla logica del profitto. Del resto questo non sarebbe l'unico obbligo di fine imposto al fornitore di servizi audiovisivi, già tenuto a osservare ben altri doveri, qualitativi e quantitativi, prescrizioni o divieti, la cui ragion d'essere risiede ancora una volta nella sensibilità del prodotto industriale da vendere: opinioni, idee che, incidendo simultaneamente, indisturbatamente e diffusamente sulla formazione del convincimento individuale, influenzano in ultima istanza il decidere consapevole di un'intera collettività.

Chi, come noi, sostiene questa tesi, valuterà assolutamente inadeguate le programmazioni delle tv private destinate al pubblico minorile, così come quelle della tv pubblica, la quale, a prescindere dalle dichiarazioni di principio presenti anche nell'ultimo contratto triennale²⁴, è latitante quando si tratta di passare dalle intenzioni ai fatti. Ne sia prova la tiepida attenzione che la sua programmazione ha rivolto ai problemi della crescita e degli stadi evolutivi del minore. Solo per dare concretezza a quanto si sta dicendo, ricordiamo la mancata realizzazione di programmi d'informazione sui pericoli della rete da parte della Rai, prevenzione questa, da tempo avviata dalla BBC²⁵. La circostanza che l'operatore, pubblico e/o privato, non contribuisca alla

²² Quanto all'impresa informativa come destinataria di uno statuto speciale, impositivo di divieti e obblighi positivi al suo titolare, statici e dinamici, in ragione del valore costituzionale dell' "informazione" si rinvia alle riflessioni di: L. CARLASSARE (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, Cedam, 2007; P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 319; A. CHIMENTI, *Informazione e televisione. La libertà vigilata*, Roma-Bari, Laterza, 2000. Sugli orientamenti del giudice delle leggi sul tema specifico, cfr.: A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-A. RUGGERI-A. SAITTA-G. SILVESTRI, *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, *passim*.

²³ Condivide il nostro punto di vista R. MANFRELOTTO, *Diritto alla formazione del minore e audiovisivo: dalla libertà di manifestazione del pensiero all'obbligo di contenuto*, in G. DE MINICO (a cura di), *Nuovi media e minori*, Roma, Aracne, 2012, p. 113 ss.

²⁴ Contratto nazionale di servizio stipulato tra il Ministero dello Sviluppo Economico e la Rai – Radiotelevisione italiana s.p.a. per il periodo 2018-2022, spec. art. 8, pubblicato in G.U., Serie generale, n. 55, del 7 marzo 2018.

²⁵ A riprova della campagna educativa intrapresa dalla BBC, si può consultare il neo canale tematico, nel quale l'emittente illustra con un linguaggio accessibile le modalità per l'uso consapevole e sicuro di Internet da parte di adulti e di minori. Volendo al seguente link: <http://www.bbc.co.uk/webwise/>.

crescita del minore²⁶, non è dovuta all'assenza di un puntuale obbligo di solidarietà sociale, quanto all'esistenza di un profondo scarto tra ciò che è l'impresa e ciò che dovrebbe essere, con tutti ciò che ne segue in termini di responsabilità giuridica.

In conclusione, la Costituzione nel porre un catalogo di libertà negative e positive disegnate su misura del minore sollecita il decisore politico a proteggere serenità e compiutezza del suo sviluppo psico-fisico anche a costo di sacrificare valori costituzionali antagonisti. Riteniamo, infine, che la Repubblica quando si adopera per la crescita armonica dei minori compie due azioni: adempie a un obbligo nel loro interesse e osserva un onere nell'interesse della cosa pubblica: contare in futuro su donne e uomini in grado di esercitare consapevolmente i diritti civili e politici.

3. Il sistema delle fonti: compatibilità con il favor

Ci chiediamo ora se il sistema delle fonti abbia assecondato questo *favor*. In materia sono intervenuti più atti: leggi, regolamenti delle A.I., codici di autoregolazione e sentenze dei giudici. Questi atti hanno conformato le libertà fondamentali prima esaminate, che sono ambiti protetti da riserva assoluta di legge, la quale, nell'ordinare al legislatore di parlare per primo su una certa materia, al tempo stesso vieta agli altri poteri di disciplinare l'oggetto riservato, se non che in termini complementari e successivi nel tempo.

Ad esempio, il legislatore è stato avaro nel dettare indicazioni cogenti al potere regolamentare delle A.I., consentendo pertanto a queste di stabilire in via iniziale e originaria la misura di coesistenza tra il diritto degli utenti a una programmazione plurale, ancorché oscena o violenta, e diritto del minore alla normalità del suo sviluppo psichico, minacciato da manifestazioni del pensiero sensibili. Aver affidato una decisione politica, ancorché di settore, a soggetti

²⁶ Offre un'ampia panoramica sulle libertà promesse in Costituzione, ma negate in via di fatto, M. AINIS, *Le libertà negate*, Milano, Rizzoli, 2004.

privi della necessaria legittimazione rappresentativa²⁷ ha ferito più volte il sistema costituzionale: ha violato il principio di gerarchia delle fonti perché il regolamento ha dettato per primo regole astratte e generali in luogo della legge; ha violato la riserva di legge perché il regolamento è intervenuto su un terreno a lui vietato perché di esclusiva competenza dell'atto primario; e infine ha creato una zona franca al *judicial review* della Corte, che, giustamente precluso sugli atti formalmente secondari, è stato altresì inibito su atti sostanzialmente primari.

Discorso analogo potrebbe farsi per l'autoregolazione degli organismi rappresentativi di settore, il codice TV e minori, che come atto di *self-regulation* vincolante un'intera categoria professionale di riferimento ancorché più ampia della base associativa che si autoregola²⁸, presenta criticità di ordine costituzionale maggiori di quelle prima esposte per i regolamenti delle A.I.

Funzionale al nostro discorso è la riflessione sulla genesi solitaria del codice Tv e Minori, redatto e sottoscritto dalle sole emittenti televisive pubbliche e private, ma poi grazie al suo recepimento *ex lege* divenne atto normativo vincolante *erga omnes*, e cioè produsse incontestabili effetti dispositivi, non solo verso le emittenti non firmatarie dell'atto, ma soprattutto nei confronti dei minori, parimenti rimasti estranei al suo percorso normativo, ma non alla sua vincolatività²⁹. Per questa ragione non dovrà stupirci se proprio il codice abbia arretrato la soglia di difesa dei minori rispetto a quanto avesse fatto in precedenza la legge, in quanto se il potere spetta a una sola delle parti del rapporto, sarà fisiologica la sua torsione egoistica, mancando l'accordo come momento riequilibratore delle contrapposte domande sociali.

A ciò si aggiunga un'ulteriore osservazione: la presenza di regole dal contenuto evanescente e la contestuale difficoltà di interpretazione delle

²⁷ Ampiamente sul potere regolamentare delle A.I e sulle sue criticità costituzionali sia consentito il richiamo a in G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, 2005, in part. cap. II.

²⁸ S. VENTURINI, *Autoregolamentazione e coregolamentazione nell'audiovisivo*, in F. BASSAN-E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 349 ss.; R. ESPOSITO – C. PISTOLESI, *Qualche riflessione sui rapporti tra ordinamenti giuridici pubblici e privati (a proposito del c.d. Codice di autoregolamentazione Tv e minori prima e dopo la legge Gasparri)*, in *Responsabilità comunicazione impresa*, 2005, fasc. 1, p. 47 ss.; B. LENA, *Il rapporto minori e televisione tra legislazione ed autonormazione*, in *Famiglia e diritto*, 6/2004, p. 620 ss.; E. ROSSI, *La vigilanza sulle regole*, in F. DEL CAMPO (a cura di), *Bambini vs televisione*, ed. Mgspress, Trieste, 2008, p. 27 ss.; A. ODDI, *Tv e minori*, in A. PACE – R. ZACCARIA – G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 419 ss.

²⁹ L. Gasparri, 3 maggio 2004, n. 112, poi recepita nel Testo Unico dei servizi media audiovisivi.

medesime³⁰, negli anni ha comportato una macchinosa attività di coordinamento fra gli organismi deputati a sorvegliare sulla sua applicazione, quali il Comitato Tv e minori e la stessa A:G.Com.³¹, con un'eccessiva propensione da parte di quest'ultima ad archiviare le pur numerose segnalazioni di violazione provenienti dalle associazioni di categoria e dagli utenti, lì dove ci si sarebbe attesi un atteggiamento di verifica più scrupoloso, considerato che l'Autorità ha tra i suoi doveri istituzionale la difesa della parte debole del rapporto di servizio: il cittadino-utente³².

4. Gli atti regolativi: aderenza all'architettura costituzionale

Questa parte del lavoro si concentra sul contenuto degli atti regolativi e sulla loro compatibilità con il *favor minoris* costituzionalmente posto³³.

Quanto detto nel paragrafo precedente denuncia il mancato rispetto della riserva di legge da parte delle fonti sub-costituzionali; rimane, invece, da vedere se almeno la disciplina sostanziale abbia accordato ai minori una protezione prioritaria rispetto agli altri beni potenzialmente contrastanti.

La disciplina in questione non è solo quella riguardante la manifestazione del pensiero finalizzata all'intrattenimento e all'informazione, ma anche la comunicazione finalizzata al messaggio pubblicitario.

Quanto alla prima, essa è sottoposta ai limiti di contenuto dettati per proteggere la normalità dello sviluppo psico-fisico del minore, di cui sono espressione i divieti di trasmettere programmi osceni o violenti perché nocivi degli stadi evolutivi. Tale divieto, inizialmente assoluto nella previsione della l. n. 223/90 (art. 15, co. 10), perché sganciato dalle fasce orarie di trasmissione, veniva poi attenuato nel «Codice di autoregolamentazione tv e minori».

³⁰ M. AVVISATI, *Il minore e la governante degli organi di sistema*, in G. DE MINICO (a cura di), *Nuovi media e minori*, cit., p. 51 ss.

³¹ S. MICONI, *Servizi di media televisivi e tutela dell'utente vulnerabile: il caso del minore*, in *Contratto e impresa*, 6/2015, pp.1472-1496.

³² La stessa Autorità riconosce a sé stessa questo compito, poi affidato alle buone intenzioni piuttosto che concretamente attuato: cfr. ID., *Libro bianco. Media e Minori*, 2.20. *Review*, 2018, in <https://www.agcom.it/libro-bianco-media-e-minori>.

³³ Giova ancora una volta precisare che l'indagine non riguarderà la Direttiva (UE) n. 2018/1808.

Per cui, ciò che un tempo era vietato trasmettere perché violento o pornografico, poteva essere mandato in onda, a condizione che l'emittente offrisse su altra rete generalista un programma adatto alla visione familiare e sempre che ne anticipasse la proiezione con segnali inequivoci di avviso alle famiglie della sua inidoneità alla visione minorile.

È prevalsa dunque la tesi di una tutela relativa dei minori, perché affidata alle fasce orarie, alla possibilità di una visione alternativa e all'informazione preventiva. Ma fasce, segni di riconoscimento, controllo parentale diventano il lasciapassare per i contenuti sensibili, alibi a protezione degli interessi economici delle emittenti in danno dei diritti del minore, declassati da valore primario a bene recessivo.

Analogo trattamento ha ricevuto il diritto del minore a non ricevere un'informazione completa, quando l'essenzialità notiziale dovesse includere immagini o notizie particolarmente raccapriccianti. Quindi, tra il diritto del minore a un'informazione parziale e quello del pubblico adulto a riceverne una completa, ancorché sensibile, è prevalso quest'ultimo con le cautele già viste in tema di programmazione a fini di intrattenimento. Sarà pertanto sufficiente far precedere l'informazione in oggetto dall'avvertenza della sua inidoneità a essere ascoltata da un pubblico minorile per poter essere trasmessa³⁴.

Né tantomeno ci deve stupire il fatto che il Codice, nato per difendere i diritti dei minori, li abbia invece violati, in quanto la sua provenienza dai soli operatori del settore è la premessa all'involuzione egoistica della disciplina, come già osservato prima.

Successivamente, con il d.lgs. n. 44/10 si è superato definitivamente il divieto di trasmissione di programmi gravemente nocivi per le sole tv non lineari (c.d. *on demand*), in quanto l'osservanza di taluni accorgimenti tecnici³⁵

³⁴ Cfr. «Codice di autoregolamentazione tv e minori», cit., art. 2.3, rubricato «Programmi di informazione».

³⁵ D.lgs. n. 177/05, art. 34, come novellato dal d.lgs. n. 44/10, nonché dal d.lgs. n. 120/12, recante «Modifiche ed integrazioni al DLG 15 marzo 2010, n. 44, recante attuazione della Direttiva 2007/65/ce relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive» (in *G.U.*, n. 176 del 30 luglio 2012), in recepimento della Direttiva Servizi Media Audiovisivi, come risultante nel testo della Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2010, relativa al «coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi».

assicurerebbe l'assenza dalla loro visione del pubblico minorile. Detti accorgimenti consistono in codici di accesso personalizzati, distinti da quelli *standard*, inviati separatamente, ma attivabili solo su richiesta e disattivabili sempre, che dovrebbero, nell'intenzione del legislatore europeo, escludere con ragionevole certezza il pubblico minorile dalla visione³⁶.

Possiamo ritenere che tali rimedi preventivi siano all'altezza del compito affidato loro e, come tali, in grado di giustificare trattamenti normativi antitetici tra servizi lineari e non lineari³⁷?

In altri termini, questi codici ci assicurano che i minori non accedano ai film nocivi, oppure i codici apprestano una difesa solo virtuale, perché affidata alla buona volontà dei genitori? In tale ultimo caso, la tecnica avrebbe reso lecito e fruibile con un mezzo ciò che è illecito e inaccessibile con altro, in dispregio del principio della convergenza dei contenuti a prescindere dal mezzo trasmissivo, pur promessoci dalla Direttiva tv senza frontiere. Qui si chiede alla tecnica qualcosa in meno di quanto potrebbe dare, preferendosi le presunzioni di tutela agli accertamenti effettivi della protezione prestata. Un sistema, questo, da correggere con accorgimenti di altro tipo, certamente più costosi per le imprese, ma idonei a selezionare il pubblico in ragione della nocività del contenuto: quali, ad esempio, una funzione di controllo parentale a operatività automatica, e non su attivazione, e un criterio d'identificazione effettiva dell'utente temporaneo, non su presunzioni indimostrate della coincidenza tra il possessore del codice e il legittimato al suo utilizzo, ma sull'accertamento della corrispondenza reale dell'identità dell'utente, grazie ai dati biometrici.

Solo per dare un esempio di una soluzione alternativa, si consideri l'esperienza anglosassone³⁸, che già da qualche tempo sperimenta in aggiunta

³⁶ M. AVVISATI, *Il minore e la governance degli organi di sistema*, cit., p. 51 ss. esamina con puntualità l'evoluzione procurata alla protezione minorile dal d.lgs. n. 44/10 e dai successivi atti normativi; di avviso contrario è L. MUSELLI, *Internet e tutela dei minori*, in *Dir. Inf. Informatica*, 2011, p. 728 ss.

³⁷ Per servizio lineare – art. 1, lett. e) della Direttiva 2010/13/CE – si intende una programmazione audiovisiva che non offre all'utente la possibilità di scegliere cosa e quando vedere. Infatti, la sua libertà si esaurisce in un prendere o lasciare, poiché il palinsesto è predisposto a monte dall'emittente. Al contrario, un servizio non lineare o a richiesta – art. 1, lett. g) della Direttiva 2010/13/CE – consente all'utente di scegliere cosa, quando e dove vedere il programma selezionato all'interno di una videoteca, offertagli dal *broadcaster*. Di conseguenza, tale utente è destinatario di una tutela diversa da quella riservata ai primi. La dicotomia fra servizi lineari e non lineari, introdotta a livello europeo, è stata poi recepita in senso conforme dal Tusmar all'art. 2, rispettivamente alle lett. e) e m).

ai codici selettivi rimedi ulteriori: quali il pagamento con carta di credito, il consenso espresso e puntuale³⁹ e altri ancora. Quindi, il legislatore britannico punta al cumulo dei mezzi nella convinzione che la tutela dei minori non si possa affidare alle presunzioni, ma si debba basare sugli accertamenti effettivi della reale identità delle persone. La cultura britannica, coerente con la filosofia del *fear of law*, ha poi completato la politica di prevenzione con misure precauzionali dirette a educare il pubblico minorile e adulto sui pericoli del *web* e su come evitarli. Ciò è stato reso possibile grazie a un atteggiamento della BBC e delle TV commerciali, collaborativo nel condividere il dovere educativo verso le categorie deboli, trascurando le etichette giuridiche assegnate dalla dottrina agli impegni solidali a favore degli aventi titolo.

Invece, il d.lgs. n. 44/10 contemplava, noncurante della previsione europea, un certo numero di eccezioni al divieto assoluto di programmazione altamente nociva, dettate in ragione della tipologia di servizio, al fine di equiparare ai servizi non lineari le piattaforme *on demand*; si è trattato di deroghe così vistose da giustificare i rilievi della Commissione europea⁴⁰. Talune deroghe, nonostante l'intervento del legislatore in adeguamento al dettato comunitario, (art. 34 Tusmar, ultima versione) sono, invece, sopravvissute: infatti, il divieto

³⁸ Per un esame dettagliato dello stato dell'arte nel Regno Unito si rinvia a F. ABBONDANTE, *La tutela dei minori nella realtà anglosassone*, in G. DE MINICO (a cura di), *Nuovi media e Minori*, cit., p. 267 ss.

³⁹ In proposito, si veda: OFCOM, *Sexually Explicit Material and Video on Demand Services. A Report to DCMS by OFCOM*, 4 August 2011, in <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/internet/explicit-material-vod.pdf>. Mentre l'Independent Parliamentary Inquiry into Online Child Protection, *Findings and Recommendations*, April 2012, in <http://www.claireperry.org.uk/downloads/independent-parliamentary-inquiry-into-online-childprotection.pdf>, ha suggerito di imporre ai *service provider* su rete fissa l'applicazione di un filtraggio di *opt in* per consentire ai genitori di scegliere l'accesso ai contenuti pericolosi. Per completezza informativa, si ricorda che solo *Talk Talk* ha già messo in opera il suddetto rimedio, mentre BT e altri, adducendo presunte diminuzioni di velocità di banda e reali aumenti di costi, sono al momento recalcitranti. A tutela aggiuntiva pretesa dalla tecnica hanno al momento rinunciato il nostro ministero e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

⁴⁰ Sulla controversa vicenda si impone un chiarimento. L'originaria versione dell'art. 34 contenuta nel Decreto Romani ha dato adito a interpretazioni di comodo da parte dei fornitori di contenuti lineari, come le *pay tv*, che mandavano in onda programmi «gravemente nocivi» in orario notturno (dalle 23 alle 7), ancorché con una funzione di controllo parentale che inibiva l'accesso al contenuto. La Direttiva, tuttavia, prevedeva regole più leggere soltanto per i servizi a richiesta, non per quelli ad accesso condizionato: la precedente versione del Tusmar fu quindi oggetto di rilievi da parte della Commissione europea nei confronti dell'Italia, manifestati nel progetto pilota *eu Pilot* 1890/11/INSO. Sicché, il decreto legislativo, 28 giugno 2012, n. 120, introdusse una nuova versione dell'art. 34: in sintesi, si riespandeva il divieto assoluto di trasmettere programmi gravemente nocivi anche in orari notturni, con la sola esclusione dei programmi specificamente acquistabili su richiesta e a pagamento all'interno di una *library*, reintroducendo il diverso regime tra trasmissioni lineari (sia in chiaro sia a pagamento) e trasmissioni non lineari (*on-demand*).

sembrerebbe riferirsi ai soli film, consentendo dunque programmi di intrattenimento e *talk show*.

In sintesi, la difesa del minore dai contenuti si è annacquata, da valore assoluto è diventato un bene difendibile a certe condizioni, il cui avverarsi è tutt'altro che certo: fasce orarie, visione alternativa, informazione preventiva, accorgimenti tecnici, differenziazioni dei servizi, peculiarità delle piattaforme trasmissive e tipologia di programmi. Quindi, ciò che è vietato con un mezzo diventa lecito, se trasmesso con altro, pur nell'invariabilità del soggetto, così esposto ai pericoli più insidiosi provenienti proprio dai mezzi a lui più familiari.

Anche rispetto ai messaggi pubblicitari la tutela dei minori⁴¹, in principio volta verso l'alto, è oggi in fase discendente: infatti, dal divieto assoluto d'interruzione dei cartoni animati posto dalla l. n. 223/90⁴² si è passati al divieto relativo, che ammette l'interruzione dei cartoni se di durata superiore ai 30 minuti; così come il divieto di impiegare i minori di anni 14 negli *spot*⁴³ è sfumato nella liceità del loro utilizzo nel rispetto delle cautele normativamente disposte⁴⁴.

Eppure, la comunicazione commerciale sopporterebbe limiti ben maggiori di quelli propri della manifestazione del pensiero, in quanto usa il pensiero per stimolare l'acquisto da parte del suo destinatario del bene pubblicizzato. Ciò va detto a chiarimento del fatto che limiti più stringenti sarebbero stati compatibili con la legalità costituzionale, se solo il legislatore lo avesse voluto.

Vogliamo qui sostenere la legittimità del divieto assoluto di interrompere i programmi destinati ai minori, perché rileviamo una contraddizione logica tra

⁴¹ Mantengono la loro innovatività le riflessioni DI G. SAVORANI, *La riforma della disciplina del sistema radiotelevisivo e gli interessi degli utenti: questioni in tema di pubblicità, televendite, tutela dei minori e sponsorizzazione di programmi*, in *Pol. Dir.*, 3/1997, p. 449 ss. Ricordiamo inoltre le voci di: A. BARBERA, *Mezzi di comunicazione televisiva e tutela dei minori*, reperibile in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0058_barbera.pdf; L. MUSSELLI, *Televisione e minori: tutela pubblicitaria*, Milano, Giuffrè, 2009, *passim*; F. BRUNO - G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 828 ss.; G. M. ROBERTI-V.Z. ZENCOVICH, *Le linee guida del D. Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 («Decreto Romani»)*, in *Diritto dell'informazione dell'informatica*, 1/2010, p. 1 ss.

⁴² L. n. 223/90, art. 8, co. 1. In tema, cfr. P. CARETTI, *Commento all'art. 8, commi 1-11*, in E. ROPPO-R. ZACCARIA, (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 160 ss.

⁴³ L. n. 112/04, art. 10, co. 3.

⁴⁴ D.M. 18 aprile 2006, n. 218, *Regolamento recante disciplina dell'impiego di minori di anni quattordici in programmi televisivi*, in *G.U.*, n. 141 del 20 giugno 2006, in modifica dell'articolo 10 commi 4, 5 e 6 della legge 3 maggio 2004, n. 112 e successive modificazioni e dell'articolo 35, commi 1 e 2, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177.

il fine ultimo della pubblicità – provocare la propensione al consumo del bene reclamizzato – e il divieto alla stessa di abusare della credulità o dell'inesperienza dei minori. Infatti, un messaggio pubblicitario inserito all'interno di programmi per i minori, eventualmente con minori protagonisti, è uno strumento che fa leva surrettiziamente sull'inesperienza del minore per provocare l'acquisto del bene: da qui l'ossimoro giuridico della disciplina permissiva vigente.

La direzione da noi indicata è quella fatta propria dal regolatore anglosassone, l'OFCOM⁴⁵, che ha già dal 2007 vietato *spot* di bevande gassose o di merendine nei programmi dei minori, questi ultimi privi di capacità auto difensiva e che dunque necessitano di essere protetti con una *intrusive regulation*. L'atto, emanato dopo estenuante e accanita consultazione pubblica, vide le imprese di merendine e quelle televisive solidali nell'opporsi all'OFCOM, pur di evitare il danno per ridotti introiti nelle vendite e nella pubblicità. L'OFCOM ritenne che il prioritario valore della salute fisica dei minori ben valesse una compressione dei profitti commerciali e pertanto non desistette dal suo proposito iniziale di bandire da taluni programmi *intrusive regulation*, che poi lo stesso OFCOM non ha esitato di aggiornare rendendolo ancora più severo.

Completa l'analisi del contenuto dei messaggi pubblicitari l'osservazione che l'unico settore, dotato di una disciplina pubblicitaria più severa, se rivolta ai minori, è quello della pubblicità ingannevole. Questa inversione di tendenza non è affatto singolare, se si ha presente la finalità della pubblicità ingannevole: la difesa della buona fede del consumatore. In sintesi, tale disciplina vuole proteggere in ultima istanza la sicurezza delle contrattazioni e, quindi, l'economia di mercato, tutelando l'affidamento legittimo del consumatore in ordine alla veridicità del messaggio pubblicitario. In questo modo, il legislatore ha apprestato una protezione rafforzata al minore, non come titolare dei diritti della persona, ma nella sua dimensione di consumatore, cioè in quanto anello essenziale, ma al tempo stesso debole, del processo produttivo da sostenere.

⁴⁵ OFCOM, *Television Advertising of Food and Drink Products to Children* (22 February 2007): «We understand fully that these prohibitions would have an impact on broadcaster revenues. We will seek to work with the broadcasting industry to mitigate these adverse effects wherever possible, consistent with the objectives of the policy», p. 1, in http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/foodads_new/statement/.

In conclusione, la disciplina dei contenuti della programmazione risolve il conflitto tra interessi economici dell'impresa di comunicazione e diritti dei minori a vantaggio dei primi, lasciando che la posizione dell'utente debole sia solo in linea di principio il bene tutelato prioritariamente.

5. Favor e mezzi tecnici

Quanto alle fonti regolatrici di Internet il discorso si articolerà per punti⁴⁶.

L'esame sarebbe estremamente semplice se accogliessimo l'iniziale impostazione americana che identificava la rete nell'«heaven of self-regulation»⁵⁰: cioè nel regno dell'assoluta anarchia⁵¹ normativa. La tesi presuppone che la *self-regulation* sia idonea *ex se* a proteggere i minori. In termini più generali, la questione introduce una domanda di fondo: l'autoregolazione è in grado di svolgere compiti tutori verso chi ha⁴⁷ bisogno di essere protetto?

Questa capacità va verificata caso per caso, assumendo come parametro il metodo autoregolativo prescelto dal singolo episodio di *self-regulation*. Se quest'ultimo ha previsto una partecipazione alle trattative negoziali limitata a una sola delle parti del rapporto sostanziale da disciplinare, il suo esito non potrà che essere una disciplina sbilanciata a favore del suo autore solitario, perché obbediente unicamente alle sue aspettative economiche, pur producendo effetti nei confronti delle parti estromesse dalla contrattazione precedente il negozio normativo⁴⁸. Basti osservare qualche esperienza di autoregolazione, ancorché di tipo nazionale, per rendersi conto dell'inevitabile

⁴⁶ Per un'analisi degli ultimi *trend* relativi all'utilizzo della rete, e con specifico riguardo alle fasce d'età dei più giovani, v. il *paper Internet@Italia 2018. Domanda e offerta di servizi online e scenari di digitalizzazione*, 2018, indagine realizzata dal Gruppo di lavoro congiunto Istat-FUB e reperibile al seguente link: <https://www.istat.it/it/files/2018/06/Internet@Italia-2018.pdf>.

⁴⁷ Si tratta del manifesto di Internet disegnato dall'*Electronic Frontier Foundation*, il cui *leader*, L.P. Barlow, sostenne che «Governments of Industrial World, you weary giants and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask of the past to leave us alone. Yet are not welcome among us. You have no sovereignty were we gather». Nella letteratura Americana, sconfinata sul tema, si ricordano in proposito le voci di: LESSIG, JOHNSON, POST e COHEN, tra i primi sostenitori della rete «as a distinct place», che in nome della sua autonomia si dà istituzioni e regole *ex se*.

⁴⁸ Nella dottrina civilistica: G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, Cedam, 1994, pp. 188 ss.

torsione egoistica di una regolazione unilateralmente dettata: il «Codice di autoregolazione Internet e minori»⁴⁹. L'atto pose una disciplina sbilanciata a favore degli *internet providers*, risultato prevedibile considerata la sua provenienza solitaria. Infine, la natura negoziale dell'atto, non assistito dalla forza cogente della legge a differenza del «Codice di autoregolazione tv e minori»⁴⁹ prima osservato, privava di efficacia deterrente o punitiva le già deboli sanzioni: queste ultime si risolvevano in misure reattive interne al rapporto endoassociativo tra *provider* e associazione di categoria: ad esempio, si pensi all'inibizione al *provider* di usare il marchio di qualità, esponibile solo da chi si fosse attenuto al Codice. Insomma, un Codice che di certo non attendeva a compiti protettivi verso le fasce deboli; ne sia prova il fatto che la sua progressiva inoperatività, divenuta un ritiro dell'atto in via di fatto, non indebolì la tutela dei minori perché essa non aveva tratto beneficio dalla sua emanazione.

Il panorama internazionale offre una vasta scelta di modelli negoziali dannosi per il contraente debole: le autodichiarazioni sull'età di chi s'iscrive alle comunità virtuali, reputate da Facebook valide esimenti da ogni accertamento sull'effettivo compimento della maggiore età da parte dell'utente; le clausole di esonero da responsabilità per contenuti illeciti ospitati da Youtube e Google, complici le obsolete definizioni di *broadcaster*

⁴⁹ Codice di autoregolamentazione «Internet e minori», reperibile in: <http://www.privacy.it/codinternetminori.html>.

Per un commento, si legga il *paper* della Fondazione Ugo Bordoni dal titolo *Codice di autoregolamentazione «Internet e minori»*, 2003, reperibile al sito http://www.osservatoriominori.org/files/codice_internet_minori.pdf, e ivi per la bibliografia riportata.

Per riflessioni di carattere generale sul tema della regolamentazione orientata al *favor minoris* nel contesto della rete cfr., *infra*, nota 26, e più di recente S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Roma - Bari, Laterza, 2014; C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei "social networks"*, in *Rass. Dir. Civ.*, 4/2016; A. THIENE, *I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, Vol. 9, n. 13/2017, pp. 26-39; M.BIANCA-A.GAMBINO- R.MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social networks*, Milano, Giuffrè, 2016; G. RIVA, *I social network*, Bologna, Il Mulino, 2016; Livingstone, S., Haddon, L., & Gorzig, A. (2011). *Social Networking, Age and Privacy*. EukidsOnlineII.

Con specifico riferimento al rapporto fra minori, Internet e consenso informato, anche alla luce dei nuovi orientamenti europei, si rinvia a A. Soro, *Liberi e connessi*, Torino, Codice edizioni, 2016; A. Mantelero, *Children online and the future EU data protection framework: empirical evidences and legal analysis*, in "Int. J. Technology Policy and Law", 2016; L. Bolognini - C. Bistolfi, *L'età del consenso digitale – Privacy e minori on line, riflessioni sugli impatti dell'art. 8 del Regolamento 2016/679(UE)*, in http://anticyberbullismo.it/wp-content/uploads/2017/06/Et%C3%A0_del_consenso_digitale_IIP_CNAC_2017.pdf.

inapplicabili a chi a rigore non è l'autore di palinsesti da altri confezionati⁵⁰; le presunzioni di coincidenza tra la legittimazione legale e la situazione effettiva, prima esaminate rispetto ai codici delle tv *on demand*.

Né si poteva attendere un esito regolativo di equilibrio, essendo mancato non solo il contratto come momento compensativo delle contrapposte pretese delle parti, ma anche l'eterodirezione dell'autoregolazione verso fini obiettivi. Qui si vuole sostenere che il necessario consenso, ove raggiunto, tra tutte le parti del rapporto sostanziale non basterebbe per il conseguimento del bene comune. In tal caso, come la dottrina anglosassone indica, la realizzazione del *common good*, se non è affidata alle regole imperative, precedenti la *self-regulation*, diventa un evento futuro e incerto, in quanto rimesso alla sua occasionale coincidenza con gli interessi dei gruppi privati che si autoregolano⁵¹.

La dottrina americana⁵², delusa da un'autoregolazione egoistica, ha incontrato quella anglosassone sul terreno comune dell'indefettibilità di

⁵⁰ La Direttiva 2010/13/CE, al *Consid.* n. (4) si orientava verso la regolamentazione comune delle nuove forme di comunicazione di massa, allorquando disponeva che «(...) un quadro normativo riguardante le attività di trasmissione dovrebbe tenere conto dell'impatto dei cambiamenti strutturali, della diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (tic) e delle innovazioni tecnologiche sui modelli d'attività». Ma l'intenzione veniva poi tradita dall'art. 1, lett. a), secondo il quale «Per siffatto servizio di media audiovisivo si intende una trasmissione televisiva come definita alla lettera e)», cioè «fornito da un fornitore di servizi di media per la visione simultanea di programmi sulla base di un *palinsesto* di programmi» (corsivo nostro). In proposito, le faq interpretative dell'A.G.Com. si conformano all'orientamento europeo, allorquando escludono espressamente che i siti aggregatori di contenuti possano considerarsi un servizio media audiovisivo: cfr., sul punto, l'orientamento agcom reperibile al seguente indirizzo web, <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=481>. Per una timida apertura di segno opposto, cfr. il caso *Rti c. YouTube* (ordinanza della IX sezione civile del Tribunale di Roma del 15 dicembre 2009), in cui la società Rti aveva avviato un'azione legale intesa a impedire l'*upload* di alcuni video del programma televisivo «Grande fratello» sulla piattaforma di YouTube. Il Tribunale ha ritenuto che YouTube avesse una diretta responsabilità nella segmentazione delle *clip*, che traesse vantaggio dalla pubblicità affiancata alle *clip*, e infine che avesse adottato una *policy* di *notice and take-down*, riservandosi il diritto di «controllare i contenuti». In conclusione, la piattaforma era da parificare, a detta del giudice, a un editore quanto meno sotto il profilo della responsabilità. Sulla contraddizione della Direttiva che, nei fatti, disattende quanto premesso, sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Sul broadcasting etichette giuridiche ormai superate*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 aprile 2012, nel quale si evidenzia che la Direttiva tv senza frontiere «(...) non mantenne la promessa e lasciò pressoché invariata la diversità dei contenuti a seconda del mezzo impiegato».

⁵¹ J. KAY - J. VICKERS, *Regulatory Reform: An Appraisal*, in G. MAJONE (a cura di), *Deregulation or Re-regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States*, Londra-New York, 1990, p. 239 ss.

⁵² Per tutti, si legga la lezione di L. LESSIG, *Code Version 2.0*, Perseus Books Group, 2006, p. 290, che supera l'incondizionata fiducia nella *self* combinando insieme quattro elementi: *law, self-regulation, market and architecture*, anche se, a differenza di quanto da noi sostenuto, l'Autore non afferma un necessario ordine di intervento, né dunque una preferenza della legge sulla *self*.

un'eteronormazione pronta a orientare in anticipo la *self-regulation*, ma anche a dettare in prima battuta le regole immediatamente disciplinanti la materia⁵³.

Chiediamoci allora cosa significhi rispetto a Internet che l'eteronormazione debba dirigere la *self-regulation*?

In altri termini, chi è il legislatore di una realtà per definizione a-spaziale, dove la condotta disciplinata, se pur perfezionatasi in un territorio circoscritto, diffonde i suoi effetti simultaneamente nello spazio globale e virtuale della rete? Sarebbe sufficiente proibire quella condotta in uno Stato, se poi altri Stati la ammettessero?

La risposta è ovviamente negativa; si pensi alla diffusione di materiale pedopornografico vietato in uno Stato, ma ammesso in altro, con la conseguenza che chi volesse visitare il sito che lo ospita, ancorché residente nello Stato proibente, si conetterà con un *server* collocato nello Stato permissivo, aggirando così il divieto e così vanificando la disciplina più restrittiva.

Gli esempi sarebbero innumerevoli e denunciano la necessità di una regolazione sì sovrana, ma con un'estensione universale, perché capace di abbracciare la totalità dello spazio virtualmente coperto dalla rete, senza lasciare nessuna zona d'ombra, onde evitare che questi luoghi diventino i terreni ideali per comportamenti e condotte altrove proibiti.

Il nostro ragionamento intorno al legislatore deputato a dettare le regole si sposta necessariamente sul concetto di ordinamento, nel cui ambito andrà individuato un ordine giuridico sì originario, e pertanto sovrano, ma privo della dimensione territoriale, per l'incompatibilità tra la competenza spaziale, propria della regolazione statale, e l'allergia ai limiti materiali, tipica della *regulation* di Internet. Internet segna la definitiva crisi della statualità del diritto, il cui monopolio, già conteso dagli ordinamenti territoriali interni, insidiato da quelli privati di autoregolazione, e asciugato da quelli sovranazionali, è costretto ora a confrontarsi con un diritto «oltre lo spazio»⁵⁴. Quest'ultimo, come tale, non può essere il prodotto di un singolo ordinamento che, secondo

⁵³ Una proposta ben articolata, oltre l'insegnamento di LESSIG, si deve a: C.D. RAAB-P. DE HERT, *Tools for Technology Regulation: Seeking Analytical Approaches beyond Lessig and Hood*, in R. BROWNSWORD - K. YEUNG (a cura di), *Regulating Technologies*, Oregon, Hart publishing, 2008, p. 263 ss.; da ultimo, ma meno convincente: A. MURRAY, *Information Technology Law*, Oxford, 2010, p. 62 ss.

⁵⁴ In proposito ampiamente cfr.: T. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, ES, 2017, *passim*.

i parametri consueti, si avvale di una ben definita estensione geografica per individuare una comunità stabilmente stanziata e destinataria delle sue regole imperative⁵⁵.

Piuttosto, la nostra attenzione si rivolge a ordinamenti sovrani, ma indipendenti dalla variabile spaziale, fattispecie in parte realizzatesi rispetto alla comunità politica internazionale ma anche a quella spirituale della Chiesa. Del resto, la funzione primaria assolta dal territorio, identificare i regolati, è uno di quei fattori giuridici propri della concretezza del reale, che non si possono trasporre nella virtualità di Internet, il cui popolo di naviganti non è identificabile in forza di una stabile residenza entro confini delimitati nello spazio; pertanto, data l'insufficienza di questo criterio, chiediamoci se esista un bagaglio di valori ai quali la comunità internazionale possa guardare⁵⁶.

A nostro avviso, il diritto internazionale dovrà attingere ai principi e alle idealità del moderno costituzionalismo, purché declinati e, quindi, adattati alle tipicità della rete⁵⁷.

E come esiste *off line* un preciso rapporto di sovra ordinazione dei valori fondamentali sulle libertà economiche, così il medesimo ordine si imporrà nella realtà virtuale. Alla relazione gerarchica tra i valori corrisponderà, a livello di fonti del diritto, una stringente relazione di sussidiarietà tra le stesse, che non implica solo la prevalenza dell'eteronomia (ancorché leggera nel contenuto) sulla autonomia, ma un più severo ordine di intervento, che impedisce alla fonte sussidiaria (cioè quella autonoma) di parlare per prima in supplenza di quella primaria assente, come impongono la riserva di legge della nostra Costituzione, nonché il più generico richiamo alla legge disposto dalle Carte internazionali – dalla CEDU al Patto internazionale sui diritti civili e

⁵⁵ Per un esame più approfondito su profili indicati sopra sia consentito il rinvio a: G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, 2012, cap. 1.

⁵⁶ Già G. TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, 2012, pp. 66, parlava di necessità e al tempo stesso di difficoltà a individuare l'Autore di un patrimonio valoriale per Internet, individuabile nella comunità degli *stakeholder*, negli Stati nazionali o anche in un corpo internazionale autoritativo in combinazioni variabili ancora tutte da definire, ne siano prova gli appuntamenti degli *Internet Governance Forum* passati e anche prossimi che hanno sempre avuto una particolare attenzione a questo oggetto. Si veda l'agenda anche dell'IGF di Berlino novembre 2019 in <https://www.intgovforum.org/multilingual/content/igf-2019>.

⁵⁷ Sia permesso il rinvio al nostro ultimo lavoro: G. De Minico, *Libertà digitali. Luci e ombre*, Giappichelli, 2018, in part. cap.1.

politici (1966) – legittimate a integrare il nostro ordinamento interno in virtù del rinvio di cui all'art. 117, co. 1, Cost.

Quando parliamo di costituzionalizzazione della rete, non intendiamo riferirci ai procedimenti di revisione costituzionale – presenti nella variabilità delle forme previste nelle moderne Costituzioni – perché l'elasticità del tessuto precettivo delle Costituzioni, che abbina in una proporzione variabile da testo a testo disposizioni blindate a clausole elastiche, si presta bene a interpretazioni evolutive, che consentono di acquisire al dettato costituzionale anche istituti assenti, ma accostabili per funzione a quelli menzionati, al punto da ritenere che se il costituente dell'epoca li avesse conosciuti, li avrebbe inclusi. A questo esito non si sottrae neanche Internet⁵⁸, acquisibile alla nozione di «altri mezzi di diffusione del pensiero»⁵⁹, per sintesi citati nella distesa endiadi libertà di parola e mezzi espressivi, di cui all'art. 21, co. 1. Il ricorso all'art. 138⁶⁰ Cost. a noi sembrerebbe un rimedio più pericoloso del

⁵⁸ M. Villone, *I linguaggi della politica nella realtà virtuale*, in A. CIANCIO - G. DE MINICO - G. DEMURO - F. DONATI - M. VILLONE (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità. Omologazione o diversità?*, Aracne, Roma, 2012, p. 13 ss.

⁵⁹ *Contra* tra i primi: S. RODOTÀ, *Un Articolo21-bis per Internet*, in www.articolo21.org/2183/notizia/un-articolo21bis-per-internet.html, posizione poi ripresa con autonomia di argomentazioni da: G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in www.constituzionalismo.it, n. 2/2011, reperibile in http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=392#_ftn12, proponendo invece, per attrazione di materia, l'inserimento di un emendamento al secondo comma dell'art. 21, cioè «dopo l'enunciazione generale del principio di manifestazione del pensiero (espressa nel 1 comma), come sua specificazione nel campo dell'informatica e nuove tecnologie».

E. CHELI reputa invece sufficiente il ricorso all'interpretazione evolutiva dell'art. 2, nella Relazione, *Sviluppo delle reti a banda larga e modello costituzionale*, al *Forum Comunicazioni* «Le proposte del pd per un'agenda digitale italiana», Roma, 18-1-2011, *paper* su gentile concessione dell'Autore.

⁶⁰ Disegno di legge costituzionale, A.S. n. 2485, XVI Leg., «Introduzione dell'articolo 21-bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet», assegnato alla I Commissione Affari Costituzionali l'1/2/2011: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I». Parimenti finalizzato alla costituzionalizzazione di Internet, aggravata peraltro dall'enumerazione tipizzata dei limiti alla libertà di pensiero, è anche il disegno di legge costituzionale, A.S. n. 2922, XVI Leg., «Modifiche all'articolo 21 della Costituzione in materia di istituzione del diritto di accesso alle reti telematiche».

Il tema è stato riproposto anche nella Leg. XVII, si vedano: il Disegno di legge costituzionale, A.S. 1317, 17/2/2014, modifica all'articolo 21 della Costituzione, <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/43981.htm>; nonché il Disegno di legge costituzionale, A.S. 1561, 10/7/2014, introduzione dell'articolo 34bis della Costituzione, in <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44665.htm>. In dottrina su quest'ultima tornata di disegni di revisione cfr.: O. POLLICINO, *Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 (diritto di accesso ad Internet)*, in <http://www.medialaws.eu/esame-in-sede-referente-dei-ddl-1317-e-1561-diritto-di-accesso-ad-internet/> e sia consentito il

rischio che intende evitare, perché si aprirebbe la via a inopinate modifiche della prima Parte della Costituzione, che neanche l'argomento dell'irrivocabilità del nocciolo duro delle libertà fondamentali riuscirebbe ad arginare per l'indeterminatezza di concetti di nocciolo e di durezza. La prima obiezione si completa con un'altra considerazione: qualunque novazione testuale si potrebbe rivelare insufficiente a fronte di tecnologie future oggi imprevedibili, il che sottoporrebbe la Costituzione a continue manutenzioni imposte dall'adeguamento testuale, violando la sua natura di atto relativamente impermeabile al tempo.

Qui, invece, l'espressione "costituzionalizzazione" rimanda a un'altra necessità: l'attuazione dell'uguaglianza sostanziale⁶¹ anche nella realtà virtuale, principio, questo, che rispetto ai minori imporrà l'introduzione di regole livellatrici delle loro iniziali disparità al fine di allinearli nella partenza alle persone adulte. I nostri minori, quindi, svantaggiati dalla loro originaria immaturità, andranno protetti ed educati da una regolazione asimmetrica *in bonam partem*, che assegni loro posizioni di vantaggio rispetto alla condizione giuridica degli adulti in vista dell'equiordinazione finale a processo evolutivo concluso.

Quanto al contenuto di queste regole, si sconsiglia la riproduzione dei precetti propri dei mezzi diffusivi tradizionali. Infatti, il noto caso americano *Reno v. ACLU*⁶² ci ha insegnato che trasferire *sic et simpliciter* le regole, nate nel contesto materiale, alla realtà di Internet, non funziona, perché il suo esito oscillerà da un eccesso normativo per tutelare i più deboli, con il sacrificio sproporzionato della libertà di parola degli adulti, all'estremo opposto del vuoto normativo, consegnando la rete all'anarchia autoregolativa. In sintesi, l'unicità della rete rivendica una regolazione indipendente da quella del mezzo televisivo; il caso richiamato del *Communication Decency Act* dimostrò che

rinvio alla nostra audizione, *A proposito dei disegni di legge di revisione costituzionale, A.S. 1561 e 1317*, in *I Commissione del Senato, Leg. XVII*, 10/3/2015.

⁶¹ Ulteriori implicazioni si possono trarre dall'applicazione dell'uguaglianza sostanziale alla rete: sia in termini di diritto di accesso degli utenti, che di pretesa degli operatori all'uso equiordinato delle reti, quelle in rame ma anche di nuova generazione. Su queste questioni regolatorie e di compatibilità costituzionale sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Diritti Regole Internet*, in www.costituzionalismo.it, n. 8/2011, reperibile al seguente link: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/393/>.

⁶² SUPREME COURT, *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), in part. l'opinione del giudice J. Stevens, http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=aclu%20v%20reno%20&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0521_0844_ZO.htm.

Internet non era una torta, da tagliare a fette longitudinali come si fa con le fasce orarie della tv. Pertanto, il divieto di trasmettere programmi offensivi durante gli orari protetti, se trasportato intatto su Internet, si sarebbe trasformato nella proibizione assoluta di trasmettere gli *hard content*, negando agli adulti il contrapposto diritto di accedervi⁶³.

Infine, la regolazione di Internet sui minori dovrà scegliere quale ruolo da affidare alla tecnica, e quindi l'alternativa fra il diverso destinatario del vantaggio tecnologico: la categoria debole, meritevole di una legislazione premiale, o quella già forte, che dunque riceverà un *surplus* di tutela⁶⁴.

Finora, circoscrivendo il nostro giudizio al caso italiano, abbiamo visto legislatore (d.lgs. n. 44/10) e Autorità (A.G.COM.) pretendere dall'evoluzione tecnologica meno di quanto avrebbe potuto dare, accontentandosi di presunte protezioni, in quanto congeniali con gli interessi economici di chi avrebbe dovuto pagare i costi di efficaci accorgimenti tecnici, se adottati. Si sarebbe potuto fare meglio e un esempio concreto l'ha offerto la corrispondente anglosassone OFCOM, che si è spesa per un'innovazione tecnologica a favore dei minori, riuscendo a coniugare, in una discreta misura di equilibrio, il diritto alla protezione rafforzata dei primi con il diritto della persona adulta a ricevere le manifestazioni del pensiero sensibili.

Quanto all'Unione europea, essa manifesta una crescente e illimitata fiducia nei codici, atteggiamento questo che aveva caratterizzato la prima esperienza di *self* statunitense e che era stato prontamente corretto in forme co-regolative, dove l'intervento eteronomo anticipato e adeguatamente dettagliato in principi e obiettivi ha avuto il pregio di guidare la autoregolazione verso i fini voluti dal decisore politico e non necessariamente coincidenti con quelli egoistici delle Autorità private autrici dei codici.

Vediamo allora che tipo di *self-regulation* è apprezzata dall'ordinamento europeo. La sua ultima Direttiva 2018/1808⁶⁵ affida a essa quasi in esclusiva la

⁶³ La sentenza, tradotta in italiano da V. ZENO ZENCOVICH, è reperibile in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, p. 64 ss.

⁶⁴ In generale su come orientare la tecnica nella regolazione della rete sia consentito il rinvio a: G. DE MINICO, *Towards an Internet bill of rights*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 1, 37, 2015 in: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol37/iss1/1>.

⁶⁵ Direttiva (UE) n. 2018/1808 del 14 novembre 2018, *supra* già citata, in part. si veda l'art. 28, par. 3: "Gli Stati membri assicurano che tutti i fornitori di piattaforme per la condivisione di video sotto la loro giurisdizione applichino tali misure. Tali misure devono essere praticabili e proporzionate, tenendo conto

tutela dei minori, con l'aggravante che nel dettare all'autoregolazione poche e avare indicazioni si preoccupa di escludere che essa sia la fonte legittimata a imporre ai Giganti della rete obblighi di controllo preventivi, rendendo invece omaggio alla tesi dell'impossibilità di visionare *ex ante* i contenuti generati e immessi nei siti dai terzi. Così, questa nuova Direttiva Smau ha riconfermato i soli obblighi di controllo *ex post* attivabili su richiesta di soggetti qualificati, lì dove essa poteva rappresentare l'occasione per ripensare e, se del caso, differenziare, la posizione degli operatori di rete, evitando l'impropria estensione della Direttiva 2000/31 CE (*e-Commerce*) ben oltre il suo ambito applicativo. Del resto, non si comprende perché si continui a osservare, come si farebbe rispetto a un dogma di fede, la regola che esonera motori di ricerca, comunità virtuali e siti generati dagli utenti dalla responsabilità editoriale prevista per il *broadcaster* in ragione del fatto che a essi non sarebbe imputabile la paternità psicologica del palinsesto. Ma è lecito chiedersi se al tempo di Internet sia autore il solo *broadcaster* tradizionale o anche chi indicizza, prioritarizza, organizza contenuti altrui regalando a noi utenti digitali l'illusione di esserne gli artefici.

Il Regno Unito è un esempio di impostazione della questione su coordinate antitetiche alla finzione europea: ha scelto un approccio pragmatico e non ideologico perché si sta interrogando su come imporre a questi *Giants* un *legal duty of care* verso i minori. La cultura britannica si è lasciata alle spalle il dilemma *broadcaster* o mero *hoster* di contenuti altrui, perché ora è impegnata a capire come scrivere questo dovere in modo da renderlo il più "consistent" possibile con la cura preventiva dei minori. Quindi, il documento del parlamento inglese⁶⁶ ha compiuto alcuni significativi passi avanti: ha superato l'esonero da responsabilità, ha imposto in suo luogo il temuto obbligo di controllo *ex ante*, generalizzato e passibile di esecuzione coattiva; infine, ha

delle dimensioni della piattaforma per la condivisione di video e della natura del servizio offerto. Tali misure non conducono a misure di controllo *ex ante* o al filtraggio dei contenuti nel momento in cui vengono caricati che non siano conformi all'articolo 15 della direttiva 2000/31/CE. Ai fini della tutela dei minori di cui al paragrafo 1, lettera a), del presente articolo, i contenuti maggiormente nocivi sono soggetti alle più rigorose misure di controllo dell'accesso".

⁶⁶ HOUSE OF COMMONS SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Impact of social media and screen-use on young people's health, Fourteenth Report of Session 2017–19, Report, together with formal minutes relating to the report Ordered by the House of Commons, 29 th January 2019*, reperibile al seguente link: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/822/822.pdf>

mostrato apprezzamento verso le misure di protezione preventive, da preferirsi a quelle repressive di *reductio in pristinum* che giungono quando il danno si è irreversibilmente realizzato. Infatti, la sanzione del blocco di un video ormai diffuso viralmente in rete è tanto severa quanto inutile perché anche se venisse rimosso, non potrebbe restituire al minore l'integrità della sua dignità irrimediabilmente lesa.

La questione, al momento ancora da definire, non è dunque l'alternativa tra *ex ante* o *ex post*, qui la cultura anglosassone non ha più dubbi: punta ad anticipare e prevenire l'illecito⁶⁷, ma non ha ancora ben chiaro come fare a impedire che l'*illegal content* raggiunga i minori e al tempo stesso che sia liberamente fruibile dal pubblico adulto. E qui la tecnica può venire in soccorso con le navigazioni selettive, gli accessi vietati solo per i minori, i blocchi riservati a taluni soggetti senza così compromettere il pari diritto fondamentale dell'adulto di andare dove più gli aggrada. Queste misure presuppongono che l'identificazione del minore avvenga secondo criteri effettivi di attendibilità. Il che, da un lato porta a escludere l'utilità della mera autodichiarazione; dall'altro, grazie all'acquisizione dei dati biometrici, consentirà sì la certezza della corrispondenza del dato con il suo titolare, ma porrà delicati problemi di *privacy* stante la massa di dati raccolti dai minori identificati, senza trascurare infine che queste navigazioni orientate presuppongono che il minore non si avvalga di un adulto per connettersi, cosa che non è affatto certa e che se accadesse vanificherebbe l'intero sistema di protezione, rendendo sproporzionato il danno alla *privacy* rispetto all'incertezza del vantaggio per il minore.

Non vogliamo soffermarci ancora sul profilo tecnico, qui ci premeva mettere in evidenza da un lato la necessità di ripensare il pedissequo omaggio a un certo pensiero giuridico; e, dall'altro, l'opportunità di tentare nuove strade, prestando però attenzione a capire in che modo questi nuovi obblighi di controllo riescano a trovare un'adeguata misura di conciliazione tra i diritti

⁶⁷ Il documento citato nella nota precedente suggerisce «...that this could be translated into a statutory requirement for social media companies to have a 'duty of care' towards its users. A duty of care, applying to both a person and to companies, has been defined as a requirement to: take care in relation to a particular activity as it affects particular people or things. If that person does not take care, and someone comes to a harm identified in the relevant regime as a result, there are legal consequences, primarily through a regulatory scheme but also with the option of personal legal redress».

dei minori a essere tenuti indenni dall'*illegal content* e l'opposto diritto dell'adulto di riceverlo, volendo.

6. Idee per una conclusione

Quanto al contenuto, il legislatore dovrà creare asimmetrie in senso inverso: il baricentro, ora sbilanciato a favore degli utenti adulti e delle imprese di comunicazione, andrà orientato verso i minori, cui spettano energie normative integrative e prestazioni aggiuntive per riequilibrare la loro fisiologica disparità rispetto all'adulto, potenzialmente in grado di autodeterminarsi. Il che significa rovesciare la dinamica attuale relativa alla disciplina tra minori e programmazione.

Rispetto ai nuovi linguaggi della comunicazione il cammino è appena iniziato: c'è da mettere ordine tra i quattro fattori indicati sopra secondo il criterio della preferenza riconosciuta alla legge sui regolamenti delle A.I., sull'autoregolazione e sulle sentenze; diversamente la difesa dei minori verrebbe affidata alla *self regulation* dei padroni di Internet oppure ai regolamenti di Autorità prive della necessaria legittimazione politico-rappresentativa, rendendo incerta la realizzazione della protezione rafforzata.

Nel merito la nuova disciplina dovrà obbedire, non al dogma di una convergenza limitata ai mezzi, bensì all'obiettivo di una tutela dei minori sostanzialmente omogenea, cioè indifferente al mezzo di trasmissione impiegato, nonché al terreno di gioco, *on line* o *off line*.

Mentre *broadcaster* pubblici e Tv private dovranno condividere l'ulteriore compito di aiutare i minori nel loro percorso di crescita con una programmazione televisiva *tailored* sulle diverse esigenze dell'età evolutiva in quanto si tratta di una *mission* non riservata al servizio pubblico, ma parte costitutiva dell'impresa audiovisiva, come tale indifferente alla natura pubblica o privata del suo proprietario.

Solo a queste condizioni si potrà ritenere azzerata la distanza tra il dover essere costituzionale del *favor minoris* e l'effettività del dato normativo.