

La normativa a tutela dei minori nel Testo Unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi con uno sguardo rivolto al regolamento (UE) 2022/2065*

Marco Orofino

Abstract

Lo scritto mira ad indagare le innovazioni introdotte dal d. lgs. 208/2021 recante il Testo Unico sui servizi di media audiovisivi (cd. TUSMA) in materia di tutela dei minori. Nella prima parte sono oggetto di analisi le norme sui poteri di sospensione delle trasmissioni transfrontaliere, sulle trasmissioni pubblicitarie, sui divieti e i vincoli alla trasmissione di contenuti audiovisivi potenzialmente lesivi e, soprattutto, le nuove norme applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video. Nella seconda parte, l'analisi ha ad oggetto i temi trasversali della protezione dei dati dei minori e del ruolo dell'AGCOM nel nuovo quadro normativo. In conclusione si prende brevemente in esame l'impatto che il nuovo regolamento europeo sui servizi digitali avrà sul TUSMA.

This paper examines the innovations regarding the protection of minors, introduced by the legislative decree no. 208 of 2021 containing the Audiovisual Media Services Code (so-called TUSMA). In the first part, the writing considers the rules on the powers to suspend cross-border broadcasts, on advertising broadcasts, on the prohibitions and restrictions regarding the broadcasting of potentially harmful audiovisual content and, above all, the new rules applicable to video sharing platform services. In the second part, the analysis concerns the issues of the protection of minors' data and the role of the Italian Communications Authority in the new regulatory framework. In conclusion, it briefly observes the impact that the new European Regulation on digital services will have on TUSMA.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio "a doppio cieco".

Sommario

1. Premessa. - 2. Il potere di sospensione delle trasmissioni frontaliere al fine di tutelare il minore dall'esposizione ai contenuti inappropriati. - 3. La specifica attenzione garantita ai minori nell'ambito delle nuove norme poste "a tutela dei diritti fondamentali". - 4. La realizzazione di iniziative scolastiche e programmi per un uso corretto e consapevole del mezzo televisivo e la riserva di programmazione a favore dei minori. - 5. Le norme a tutela dei minori applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video. - 6. Norme a tutela dei minori in ambito pubblicitario. - 7. Il divieto di trattamento dei dati personali a fini commerciali dei dati dei minori raccolti. - 8. Il ruolo dell'AGCOM nel nuovo quadro normativo con specifica attenzione all'attuazione delle norme poste a tutela dei minori. - 9. L'ampliamento delle competenze del Comitato Media-Minori - 10. Osservazioni conclusive.

Keywords

tutela dei minori - fornitori di servizi media audiovisivi - piattaforme per la condivisione video - TUSMA - servizi di media audiovisivi

1. Premessa

Con il d.lgs. 208/2021, l'Italia ha adottato il nuovo Testo Unico dei servizi di media audiovisivi (cd. TUSMA), recependo così nell'ordinamento interno la direttiva (UE) 2018/1808 "recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato"¹.

La direttiva (UE) 2018/1808 prendeva le mosse dalla profonda evoluzione del mercato dei servizi di media audiovisivi determinata dall'attuale convergenza tra la televisione e i servizi internet. Un'evoluzione che richiedeva «un quadro giuridico aggiornato onde riflettere l'evoluzione del mercato e raggiungere un equilibrio tra l'accesso ai servizi di contenuti online, la tutela dei consumatori e la competitività»².

L'obiettivo del Legislatore europeo era duplice.

Da un lato, la nuova direttiva mirava all'attenuazione della differenziazione normativa tra servizi media audiovisivi lineari e non lineari ossia tra la televisione tradizionale e la fornitura di contenuti a catalogo. Una differenziazione che era a fondamento del precedente quadro normativo, ma che alla luce delle innovazioni tecnologiche e delle ibridazioni in atto appariva sempre meno giustificata e sempre più foriera di rappresentare un ostacolo al funzionamento del mercato unico.

Da un altro lato, la direttiva puntava alla definizione di regole applicabili ai fornitori

¹ Il recepimento italiano della direttiva (UE) 2018/1808 nel nuovo Testo Unico è giunto, in modo non dissimile da quanto avvenuto in molti altri Stati membri in grande ritardo sia per la pandemia sia, e soprattutto, per il livello degli interessi coinvolti e la rilevanza delle innovazioni messe in atto.

² Così considerando 1 della direttiva (UE) 2018/1808.

di piattaforme per la condivisione di contenuti media audiovisivi *online*³. Rispetto a questo secondo obiettivo vale la pena, fin da subito, osservare come esso rappresenti un primo tentativo rispetto al pacchetto digitale che l'Unione europea sta portando avanti⁴. Un pacchetto di riforme volte a disciplinare la società digitale che si compone di numerosi atti, sia già approvati sia in via di approvazione che incideranno anche sulle norme che sono qui oggetto di esame. Tra di essi, in particolare occorre segnalare il regolamento (UE) 2022/2065 “relativo a un mercato unico dei servizi digitali (che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)”. Tale regolamento (cd. Regolamento DSA) definisce regole, anche in materia di minori, per le piattaforme online⁵.

Pertanto tutte le innovazioni, di cui alla direttiva (UE) 2018/1808, riguardanti le piattaforme di condivisione dovranno essere oggetto di verifica in maniera da tale da trovarsi pronti nel momento in cui a far data dal 17 febbraio 2024 il regolamento diverrà integralmente applicabile⁶.

In questo contributo si procederà all'esame delle norme riguardanti i minori contenute nel Testo Unico dei servizi di media audiovisivi adottato in recepimento della direttiva (UE) 2018/1808⁷. Si darà quindi conto di come il *favor minoris* di cui l'Unione europea si è fatta, negli ultimi anni fondamentale sostenitrice in tanti settori, si è concretizzato in quello dei media audiovisivi⁸.

Nelle conclusioni si darà anche conto se tali norme nazionali possano o meno considerarsi compatibili con il Regolamento DSA, se è lecito attendersi delle disapplicazioni e se siano necessarie integrazioni alle norme interne.

³ Per «servizio di piattaforma per la condivisione di video» la direttiva (UE) 2018/1808 intende un servizio il cui «obiettivo principale [...], di una sua sezione distinguibile o di una sua funzionalità essenziale sia la fornitura di programmi, video generati dagli utenti o entrambi per il grande pubblico, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale, al fine di informare, intrattenere o istruire attraverso reti di comunicazioni elettroniche e la cui organizzazione è determinata dal fornitore della piattaforma per la condivisione di video, anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante visualizzazione, attribuzione di tag e sequenziamento».

⁴ Cfr. sul “pacchetto digitale” proposto dalla Commissione europea a dicembre 2020 ed in particolare sulla necessità di una maggiore responsabilizzazione degli intermediari digitali per i contenuti prodotti e diffusi dagli utenti finali dei loro servizi, prestando particolare attenzione alle piattaforme di grandi dimensioni, M.R. Allegri, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Rivista italiana di Informatica e di Diritto*, 2, 2021, 7 ss.

⁵ Per piattaforme *online* il regolamento (UE) 2022/2065 intende, con formula piuttosto ampia, un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico.

⁶ Solo l'art. 24, par. 2, 3 e 6, l'art. 33, par. da 3 a 6, l'art. 37, par. 7, l'art. 40, par. 13, l'art. 43 e il capo IV, sez. 4, 5 e 6, sono già in vigore a far data dal 16 novembre 2022.

⁷ Cfr. sulle innovazioni introdotte dalla direttiva in materia di tutela dei minori, F. Donati, *La tutela dei minori nella direttiva 2018/1808*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 59 ss. Sulla compatibilità delle nuove norme europee rispetto al *favor constitutionis* per il minore nell'ordinamento italiano G. De Minico, *Il Favor Minoris: Un orizzonte Lontano*, in *Astridonline*, 4, 2019.

⁸ Una ricostruzione assai accurata è quella di G. Pesci, *Prospettive e recenti sviluppi della tutela dei minori online*, in *Cyberspazio e diritto: Rivista internazionale di informatica giuridica*, 2022, 311. Con specifico riferimento al settore della protezione dati il GDPR contiene norme importantissime a tutela dei minori. Sia consentito sul punto il rinvio a M. Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in M. Orofino – F.G. Pizzetti, *Privacy, minori e cyberbullismo*, Torino, 2018, 1 ss.

2. Il potere di sospensione delle trasmissioni frontaliere al fine di tutelare il minore dall'esposizione ai contenuti inappropriati

Il primo punto in cui i minori sono espressamente presi in considerazione dal nuovo T.U. è nell'art. 7, rubricato "Trasmissioni transfrontaliere". La norma è posta tra i Principi del nuovo Testo Unico.

Il primo comma afferma, infatti, il principio della libertà di ricezione di servizi di media audiovisivi provenienti da altri Stati membri dell'Unione europea e, specifica che non è ostacolata la loro ritrasmissione sul territorio nazionale italiano.

Il principio generale è temperato dall'espressione «salvo i casi previsti» che apre a possibili interdizioni. I casi che possono giustificare la deroga al principio generale sono elencati nel comma 2 dell'art. 7.

Tra di essi al primo punto, lett. a), del c. 2, è espressamente citata la circostanza di violazione manifesta, seria e grave del divieto di trasmettere programmi che possano «nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei "minori di diciotto anni"». La norma prosegue con la specificazione, da intendersi come non esaustiva, di programmi che contengano scene pornografiche o di violenza gratuita e con l'ulteriore precisazione che il divieto scatta a meno che la scelta dell'ora di trasmissione o qualsiasi altro accorgimento tecnico escludano che i minori che si trovano nell'area di diffusione assistano normalmente a tali programmi.

La norma presenta un certo grado di indeterminatezza. Il compito di dare attuazione alle previsioni è rimesso all'AGCOM. A tal fine l'Autorità stipula protocolli d'intesa con il Ministero della Salute, il Ministero della Difesa, il Ministero dell'Interno e il Ministero della Giustizia.

La medesima Autorità è, inoltre, incaricata di disporre la sospensione provvisoria della trasmissione o della ritrasmissione dei servizi di media audiovisivi erogati da un fornitore sottoposto alla giurisdizione di un altro Stato membro in tutti i casi elencati nel c. 2^o.

In ogni caso, la sospensione disposta dall'AGCOM è da intendersi come *extrema ratio*, comunque, subordinata al verificarsi di una serie di condizioni elencate al c. 3 dell'art. 7 del T.U.

La prima è che il fornitore abbia nei dodici mesi precedenti già tenuto, in almeno due occasioni, il comportamento ritenuto illegittimo. La seconda è che l'Autorità abbia notificato, per iscritto, le presunte violazioni e le misure che intende adottare. La terza è che il fornitore ricevuta contestazione abbia avuto la possibilità di rappresentare nell'ambito di un contraddittorio le proprie osservazioni rispetto alle singole violazioni

⁹ Gli altri casi che possono condurre a tale interruzione sono: a) la violazione manifesta, seria e grave del divieto di trasmissione di programmi che contengono incitamento alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di un gruppo, per motivi di razza, sesso, religione o nazionalità; b) l'erogazione di servizi di media audiovisivi tali da rappresentare un rischio serio e grave di pregiudizio per la salute pubblica; c) la violazione manifesta seria e grave del divieto di pubblica provocazione a commettere i reati di terrorismo di cui all'art. 5 della direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017; d) il pregiudizio o rischio grave e serio di pregiudizio per la pubblica sicurezza, ivi compresa la salvaguardia della difesa e della sicurezza nazionali.

notificate dall'Autorità. La quarta è che si siano svolte, senza successo ossia senza il raggiungimento di una “soluzione amichevole” le consultazioni con lo Stato membro che ha la giurisdizione sul fornitore di servizi oggetto di contestazione e con la Commissione.

Questa previsione, al di là dell'utilizzo assai improprio dell'espressione soluzione amichevole utilizzata nel T.U., è assai interessante perché rinvia ad un meccanismo di soluzione di eventuali controversie che è disciplinato a livello europeo dall'art. 3 della direttiva (UE) 2018/1808 con lo scopo di superare i conflitti di giurisdizione tra gli Stati in un settore, quello della trasmissione radiotelevisiva, in cui come noto la frequenza e la relativa capacità trasmissiva non rispondono alle logiche dei confini nazionali quanto piuttosto alle regole della fisica.

Un meccanismo in cui l'ultima parola spetta alla Commissione europea sulla base del parere fornito dall'ERGA (*European Regulators Group for Audiovisual Media Services*, organismo in cui sono rappresentati i regolatori dei 27 Stati membri) anche alla luce del c. 5 dell'art. 7 che prevede che l'Autorità nazionale si conformi alle decisioni con le quali la Commissione europea accerti l'incompatibilità della sospensione rispetto al diritto dell'Unione.

Al potere ordinario di sospensione, il Testo Unico affianca un potere straordinario al quale l'Autorità può ricorrere in casi urgenti. Fermo restando che la norma non definisce la nozione di caso urgente, rinviando dunque anche per questo all'attuazione dell'AGCOM, la differenza rispetto al procedimento ordinario sta nella possibilità di derogare al presupposto della ripetitività delle violazioni e alla notifica previa. Rimane però fermo, l'obbligo di garantire un contraddittorio e di svolgere quanto prima le consultazioni con lo Stato membro e con la Commissione. Del pari, la Commissione può sempre chiedere all'esito della sua analisi il ritiro della misura adottata.

3. La specifica attenzione garantita ai minori nell'ambito delle nuove norme poste “a tutela dei diritti fondamentali”

Nel Titolo IV del TUSMA recante la disciplina aggiornata dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, il Capo I è significativamente intitolato “Disposizioni applicabili a tutti i servizi di media audiovisivi e radiofonici – Norme a tutela dei diritti fondamentali della persona e dei minori”.

La prima parte della rubrica segnala il tentativo di offrire una disciplina comune dei servizi di media audiovisivi e radiofonici superando, quindi, per quanto possibile la dicotomia tra servizi lineari e servizi a catalogo. La seconda parte della rubrica dà conto della particolare attenzione che le nuove norme pongono nei confronti dei minori, destinatari di norme specifiche a loro tutela, unitamente a quelle dettate per tutelare i diritti fondamentali di tutte le persone (minori ovviamente inclusi). Il tutto secondo una progressione per cui il minore, in quanto soggetto vulnerabile, riceva una tutela rafforzata¹⁰.

¹⁰ Sui soggetti vulnerabili P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, 2022.

Nell'ambito di questo Capo, merita particolare attenzione l'art. 37.

Tale articolo è specificamente dedicato alla tutela dei minori nella programmazione audiovisiva.

Il primo comma si apre con alcuni specifici divieti.

Il primo divieto riguarda la trasmissione di programmi televisivi gravemente nocivi per lo «sviluppo fisico, psichico o morale dei minori» ed in particolare tra di essi quelli «che presentano scene di violenza gratuita o insistita o efferata ovvero scene pornografiche». Il secondo divieto, più specifico, riguarda la trasmissione di film «la cui proiezione o rappresentazione in pubblico ai minori di anni diciotto sia stata vietata dalle Autorità a ciò competenti».

I divieti in questione sono da intendersi come assoluti per i servizi lineari.

Per i servizi a richiesta, invece, tali programmazioni sono trasmissibili solo se soddisfatti i criteri forniti al c. 3 ossia nel caso in cui il fornitore adotti un sistema capace di escludere che i minori vedano o ascoltino normalmente tali programmi come, ad esempio, attraverso un meccanismo di controllo specifico e selettivo che vincoli la visione nonché attraverso apposita segnaletica.

Il secondo comma dell'art. 37 introduce limiti in relazione alle fasce orarie di programmazione. Fermi restando i divieti del comma precedente, la norma qui prevede che i programmi che possano nuocere «allo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori o film vietati ai minori di anni quattordici» debbano essere preferibilmente trasmessi, fra le ore 23 e le ore 7. Laddove la programmazione avvenga in orari diversi, essa è lecita solo se siano previsti accorgimenti che rendano difficile vedere o ascoltare normalmente tali programmi da parte dei minori.

Il compito di dare attuazione a quanto previsto sia nel primo che nel secondo comma è affidato all'AGCOM che è chiamata a definire, attraverso procedure di co-regolazione, sia i criteri per individuare i programmi vietati sia eventuali altri accorgimenti utili per escludere la visione da parte di minori¹¹.

In questo l'AGCOM procede d'intesa con il Ministero dello Sviluppo Economico, sentiti l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e il Comitato di applicazione del Codice di autoregolamentazione media e minori. La norma provvede, in modo non esaustivo né tassativo, a fare menzione del possibile uso di numeri di identificazione personale, di sistemi di filtraggio, di verifica dell'età o di identificazione.

La scelta rimessa alla co-regolazione è quindi piuttosto ampia e trova due sole limitazioni generali ai sensi delle lett. a) e b). La prima sta nel fatto che il contenuto classificabile «a visione non libera» deve essere offerto con una funzione di controllo parentale che sia in grado di inibire l'accesso in mancanza dello specifico codice segreto che ne rende la visione possibile. La seconda limitazione è che il codice segreto deve essere comunicato con modalità riservate, corredato dalle avvertenze in merito alla responsabilità nell'utilizzo e alla custodia, al contraente maggiorenne che stipula il contratto relativo alla fornitura del contenuto o del servizio.

¹¹ I fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici e le emittenti radiofoniche si conformano ai menzionati criteri e alla disciplina di dettaglio entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore dei regolamenti emessi dall'Autorità, garantendo il rispetto delle condizioni direttamente poste dal presente articolo, assicurando al contempo che i contenuti classificati ai sensi del c. 1 siano ricevibili e fruibili unicamente nel rispetto delle condizioni fissate ai sensi del c. 5.

In ogni caso, le trasmissioni sia radiofoniche sia radiotelevisive, tanto in chiaro che a pagamento, devono essere rispettivamente precedute da un'avvertenza acustica e identificate, per l'intera durata della trasmissione, da un simbolo visivo chiaramente percepibile e riconoscibile dall'utente¹².

Anche in questo caso è previsto l'intervento dell'AGCOM che, ricorrendo a procedure di co-regolamentazione, è chiamata ad individuare misure tecniche diverse e aggiuntive.

4. La realizzazione di iniziative scolastiche e programmi per un uso corretto e consapevole del mezzo televisivo e la riserva di programmazione a favore dei minori

I c. 10 ed 11 dell'art. 37 contengono due previsioni di grande importanza per i minori. Il c. 10 prevede che il Ministro dello Sviluppo Economico, d'intesa con il Ministro dell'istruzione, con l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e con il Presidente del Consiglio dei ministri¹³, disponga la realizzazione di iniziative scolastiche per un uso corretto e consapevole del mezzo televisivo, nonché di programmi con le stesse finalità rivolti ai genitori, utilizzando a tale fine anche gli stessi mezzi radiotelevisivi, in orari caratterizzati da ascolti medi elevati e soprattutto nella fascia oraria compresa tra le ore 19 e le ore 23, e in particolare i mezzi della società concessionaria del pubblico servizio radiofonico, televisivo e multimediale.

Il tema dell'educazione dei minori all'uso corretto e consapevole del mezzo televisivo è oggi essenziale (quanto e più di ieri) alla luce della grande diffusione di fornitori di contenuti a catalogo così come è essenziale fornire alle famiglie le informazioni necessarie per implementare i blocchi o i sistemi di *parental control* che la tecnologia rende disponibili.

Con riferimento alla seconda previsione, il c. 11 specifica che le quote di riserva per la trasmissione di opere europee previste nella normativa europea e recepite nel Testo Unico all'art. 52 dovranno necessariamente annoverare anche opere cinematografiche o per la televisione, comprese quelle di animazione, specificamente rivolte ai minori, produzioni e programmi adatti ai minori ovvero idonei alla visione da parte dei minori oltre che degli adulti¹⁴.

Il tempo minimo di trasmissione di tale programmazione, nell'ambito della quota complessiva, è ancora una volta rimessa alla determinazione dall'Autorità con proprio regolamento.

Per la concessionaria del servizio pubblico, l'art. 54, c. 8, prevede un'ulteriore sotto quota non inferiore al 7% della quota prevista per le opere europee, di cui almeno il

¹² A norma del c. 4 dell'art. 37 le limitazioni di cui sopra si applicano anche alle anteprime di opere cinematografiche destinate alla proiezione o distribuzione in pubblico nella misura in cui le limitazioni ed i vincoli si applicano alla trasmissione dell'opera cinematografica di cui costituiscono promozione.

¹³ Nel caso in cui il Presidente del Consiglio abbia delegato ad un Ministro o ad un sottosegretario le relative competenze l'intesa di cui al c. 10 dell'art. 37 del TUSMA è da ricercarsi con l'autorità delegata.

¹⁴ Art. 54 del TUSMA recante "Disposizioni applicative in materia di opere audiovisive di espressione originale italiana".

65% deve essere riservato ad opere di animazione.

5. Le norme a tutela dei minori applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video

Il Capo II, rubricato “Disposizioni applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video” è dedicato alla regolazione delle cd. piattaforme per la condivisione di video. Gli artt. 41 e 42 del TUSMA introducono specifici poteri di regolazione e di monitoraggio nei loro confronti e rappresentano il recepimento nazionale di uno degli aspetti più peculiari della normativa europea. Occorre segnalare come le norme qui in commento si trovino oggi nella difficile situazione di doversi legare sia con la direttiva 2000/31/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 70/2003, sia con il regolamento (UE) 2022/2065 che, come detto, è già in vigore ma si applicherà, nella sua interezza, a decorrere dal 17 febbraio 2024¹⁵.

Si trovano, cioè, in mezzo tra un regime della responsabilità dei fornitori ormai corroso dal passare del tempo ed uno nuovo ancora tutto da valutare alla prova dei fatti¹⁶.

Allo stato dell’arte, l’art. 41 detta le “Disposizioni generali” ossia definisce l’ambito di applicazione materiale della legislazione italiana riprendendo le nozioni “europee” di stabilimento, impresa controllata ed i principi di libera circolazione infra europea, qui operando un rinvio proprio all’art. 5, c. 2, 3 e 4 del d.lgs. 70/2003 per la procedura di limitazione della libera circolazione di programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive veicolati da una piattaforma per la condivisione di video.

Con riferimento alle ipotesi che legittimano la limitazione, il TUSMA prevede, *ex lett.* a) del c. 7 dell’art. 41, specularmente a quanto sancito per le trasmissioni televisive, «la tutela dei minori da contenuti che possono nuocere al loro sviluppo fisico, psichico o morale».

L’art. 42 definisce le “Misure di tutela” ribadendo ai sensi del primo comma, che i fornitori di piattaforme per la condivisione di video devono adottare misure adeguate per tutelare i minori da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali che possano nuocere al loro sviluppo fisico mentale o morale.

Per quanto riguarda i video maggiormente nocivi, da intendersi in analogia con l’art. 37 T.U., quelli «che presentano scene di violenza gratuita o insistita o efferata ovvero scene pornografiche», i fornitori di servizi sono chiamati ad adottare le più rigorose tecniche di controllo dell’accesso¹⁷.

La norma rinvia in proposito all’art. 38, c. 3 del T.U. che prevede, in caso di violazione, la sanzione della disattivazione dell’impianto di trasmissione. Nel caso di specie occor-

¹⁵ Sul DSA, O. Pollicino – G. De Gregorio, *L'alba di nuove responsabilità sulle piattaforme digitali: il Digital Services Act*, in *Agenda Digitale*, 15 dicembre 2020; O. Pollicino – G. De Gregorio – M. Bassini, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in *medialaws.eu*, 23 novembre 2020.

¹⁶ Sull’incapacità del vecchio regime della responsabilità di ordinare un mercato ormai esploso v. anche l’analisi di M. Bassini, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: mala tempora currunt*, in questa *Rivista*, 2, 2019, 248 ss.

¹⁷ Così l’art. 42, c. 6, del TUSMA.

re dire che il rinvio non è chiaro perché il concetto di disattivazione non è trasferibile automaticamente sul web. Per cui la norma può essere letta come possibilità di oscuramento del contenuto o come possibilità di rendere inaccessibile la piattaforma. La seconda ipotesi deve, però, ritenersi poco praticabile per via del doveroso rispetto del principio di proporzionalità della sanzione rispetto all'illecito.

Il secondo comma dell'art. 42 pone il principio generale della necessaria conformazione, per i fornitori di piattaforme, alle disposizioni generali relative alle comunicazioni commerciali audiovisive sia quelle promosse commercialmente, vendute o organizzate sia quelle non promosse, vendute o organizzate dagli stessi assumendo su di esse il dovere di informare gli utenti nel caso in cui i programmi e i video generati contengano tali comunicazioni.

Il terzo comma dell'art. 42 estende il modello della co-regolazione e dell'autoregolazione ai fornitori di piattaforme per la condivisione, prevedendo a tal fine il necessario coinvolgimento del Comitato media-minori e dell'AGCOM. Quest'ultima in particolare deve, ricevutane comunicazione, verificare la conformità delle proposte alla legge ed ai propri regolamenti e, nel caso in cui la verifica dia esito positivo, adottarle con propria delibera. La delibera dell'AGCOM conferisce al Codice efficacia ed è la base legale del successivo controllo sulla loro attuazione che l'AGCOM è chiamata a svolgere.

I Codici adottati devono individuare misure finalizzate a ridurre l'esposizione dei minori di anni dodici alle comunicazioni commerciali relative a prodotti alimentari (incluse bevande) che contengano sostanze (zuccheri, sale, sodio, acidi grassi, grassi) la cui assunzione eccessiva rispetto alla quantità raccomandata non è raccomandata nell'ambito di una corretta dieta¹⁸.

L'attività di autoregolazione, sanzionata a valle dall'approvazione tramite delibera dell'AGCOM, è destinata ad incontrare un limite anche a monte nelle Linee Guida che l'Autorità stessa può adottare, sempre in stretta cooperazione con il Comitato media minori e con il Garante per l'infanzia e per l'adolescenza.

Tali Linee guida, a norma del c. 5 dell'art. 42, devono indicare i criteri specifici informativi dei codici di condotta alla luce della natura e del contenuto del servizio offerto, prendendo in specifica considerazione le categorie da tutelare, tra cui evidentemente vi sono i minori¹⁹.

Per quanto, infine, riguarda gli obblighi che i fornitori di piattaforme per la condivisione sono tenuti a rispettare, è di particolare interesse il c. 7 dell'art. 42 che definisce un vero e proprio decalogo in cui la tutela dei minori è assolutamente centrale.

Il primo obbligo consiste nella necessaria specificazione dei contenuti che non debbono essere condivisi – perché ritenuti idonei a nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori – nelle condizioni del servizio della piattaforma. L'accettazione da parte degli utenti deve costituire una condizione di accesso al servizio.

¹⁸ In ogni caso i Codici devono garantire che le comunicazioni commerciali non accentuino la qualità positiva degli aspetti nutrizionali di tali prodotti e bevande.

¹⁹ Con la delibera n. 16/22/CONS del 4 febbraio, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) ha indetto una consultazione pubblica finalizzata all'adozione di Linee guida per l'attuazione dell'art. 7-bis del d.l. 28/2020 dedicato ai «sistemi di protezione dei minori dai rischi del cyberspazio».

Il secondo obbligo riguarda l'inclusione, nei termini e nelle condizioni dei servizi di piattaforme per la condivisione di video, dei requisiti per le comunicazioni commerciali audiovisive non promosse commercialmente, vendute o organizzate dai fornitori di piattaforme per la condivisione di video.

Il terzo obbligo consiste nell'implementazione di funzionalità che consentano agli utenti che caricano video generati dagli utenti di dichiarare se tali video contengono comunicazioni commerciali audiovisive di cui sono a conoscenza anche presumibilmente.

Il quarto obbligo è la predisposizione di meccanismi trasparenti e facilmente utilizzabili per consentire agli utenti di segnalare o indicare al fornitore di piattaforme interessato, i contenuti che non dovrebbero essere caricati sulla piattaforma.

Il quinto obbligo riguarda l'implementazione di sistemi mediante i quali i fornitori di piattaforme per la condivisione di video possono spiegare agli utenti di tali piattaforme quale sia il seguito che le loro segnalazioni ricevono.

Il sesto obbligo consiste nell'utilizzo di sistemi per verificare, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, l'età degli utenti delle piattaforme di condivisione di video per quanto attiene ai contenuti che possono nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori.

Il settimo obbligo è la predisposizione di sistemi di facile uso che consentano agli utenti delle piattaforme per la condivisione di video di valutare i contenuti in esse presenti

L'ottavo obbligo è la previsione di sistemi di controllo parentale sotto la vigilanza dell'utente finale per quanto attiene ai contenuti che possano nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori.

Il nono, e penultimo obbligo, è la predisposizione di procedure trasparenti, di facile uso ed efficaci per la gestione e la risoluzione dei reclami degli utenti nei confronti dei fornitori di piattaforme per la condivisione di video

Il decimo obbligo è l'adozione di misure e strumenti efficaci di alfabetizzazione mediatica al fine di sensibilizzare gli utenti in merito a tali misure e strumenti. Questi strumenti devono necessariamente prendere in specifica considerazione i minori e le loro famiglie e rappresentano attuazione di quel necessario progetto di educazione digitale di cui l'UE è promotrice.

6. Norme a tutela dei minori in ambito pubblicitario

Forse meno innovative, giacché si muovono su un terreno nel quale l'intervento europeo è più consolidato, ma non per questo meno importanti per la ricostruzione del quadro complessivo, sono le norme, contenute nel Capo III del Testo Unico, e poste a tutela dei minori in materia di pubblicità, sponsorizzazione e inserimento di prodotti. I minori sono espressamente presi in considerazione nell'art. 43 recante "Principi generali in materia di comunicazione commerciali audiovisive e radiofoniche" e nell'art. 47 rubricato "Disposizioni sulle televendite".

Per quanto riguarda l'art. 43, la norma prevede una serie di obblighi che riguardano i

fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana. Tra di essi, la lett. e) vieta le comunicazioni commerciali audiovisive per le bevande alcoliche che si rivolgono specificamente ai minori o né incoraggiano un uso smodato e la lett. g) che vieta, più in generale, le comunicazioni commerciali che possano arrecare un pregiudizio fisico o morale ai minori. Più nel dettaglio, le comunicazioni commerciali non possono esortare i minori all'acquisto di un prodotto o di un servizio sfruttando la loro inesperienza, non possono incoraggiarli a persuadere i loro genitori all'acquisto di prodotti, non devono sfruttare la fiducia che i minori ripongono nei genitori o negli insegnanti ovvero in altre persone, e, infine, non possono mostrare minori che si trovano in situazioni pericolose.

Nonostante il tentativo di specificare alcuni divieti la formulazione della lett. g) permane assai ampia. Il compito di individuare cosa debba ritenersi «poter arrecare un pregiudizio fisico o morale ai minori» è affidato ancora una volta alla co-regolamentazione e all'auto-regolamentazione.

In questo senso il riferimento è al c. 4 dell'art. 43 che è dedicato ai codici di condotta che i fornitori di servizi di media possono adottare d'intesa con l'AGCOM e sentiti i Ministeri dello Sviluppo economico e, in questo caso, anche della Salute.

La norma in questione pone particolare attenzione ai prodotti alimentari con l'obiettivo di promuovere una dieta sana e varia per le più giovani generazioni. Per questa ragione rimette ai codici di condotta anche il compito di prevedere come limitare l'esposizione dei minori a contenuti pubblicitari che riguardano prodotti ricchi di grasso, sale e zuccheri.

Per quanto riguarda l'art. 47, ossia le televendite, il c. 2 specifica che esse non debbano né esortare i minori a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi né arrecare loro un pregiudizio morale o fisico.

Inoltre, a loro ulteriore tutela, la norma prevede che la televendita non debba: a) esortare direttamente i minori ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l'inesperienza o la credulità; b) esortare direttamente i minori a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi; c) sfruttare la particolare fiducia che i minori ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) mostrare, senza motivo, minori in situazioni pericolose.

7. Il divieto di trattamento dei dati personali a fini commerciali dei dati dei minori raccolti nell'esercizio delle misure e degli strumenti previsti a loro tutela

Due norme che meritano specifica attenzione, rispettivamente poste nell'ambito delle misure dettate a protezione dei diritti fondamentali e dei minori e delle misure destinate ai fornitori di piattaforme di condivisione, sono quelle che vietano il trattamento dei dati personali relativi a minori raccolti in applicazione delle misure tecniche previste per limitare l'accesso a contenuti non idonei alla loro visione. Si tratta specificamente dell'art. 37, c. 9, e dell'art. 42, c. 7, lett. e).

Le norme in questione intervengono ad integrare quanto disposto dal regolamento

(UE) 679/2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, comunemente noto con l'acronimo GDPR.

Il punto è interessante perché il GDPR detta una pluralità di norme immediatamente applicabili al trattamento di dati personali di minori, ma non contiene uno specifico divieto, come nel caso qui oggetto di analisi. In generale, infatti, il GDPR preferisce responsabilizzare i titolari piuttosto che imporre divieti, anche in conseguenza del fatto che esso persegue contemporaneamente l'obiettivo della protezione dei diritti e del favorire la circolazione dei dati²⁰.

Questa valorizzazione passa anche attraverso la previsione del consenso dei minori per il trattamento dei loro dati nell'ambito della fornitura di servizi della società dell'informazione²¹. Questo perché così facendo impone ai titolari un *surplus* di attenzione nell'esercizio dei compiti loro propri.

Tornando però al caso qui in esame, occorre sottolineare come non si tratta di un divieto generale per i fornitori di servizi media audiovisivi e di piattaforme per la condivisione di contenuti.

Questo per due ragioni. In primo luogo perché riguarda solo il trattamento di quei dati necessari per le attività che i fornitori devono svolgere a tutela dei minori stessi. In secondo luogo perché il divieto di trattamento riguarda solo tre specifiche finalità: commerciali, di profilazione e di pubblicità mirata.

In ogni caso, al fine di superare qualsiasi dubbio sulla compatibilità della norma interna rispetto al quadro normativo europeo in materia di protezione dei dati personali, occorre precisare che la previsione del Testo Unico è diretto recepimento (la formulazione è identica) di un obbligo che la direttiva europea poneva in capo agli Stati membri.

8. Il ruolo dell'AGCOM nel nuovo quadro normativo con specifica attenzione all'attuazione delle norme poste a tutela dei minori

Come emerge in modo assai evidente dalla mera descrizione delle norme che mirano a tutelare i minori, il TUSMA affida all'AGCOM un ruolo di primo piano nella regolazione, certamente accresciuto rispetto al precedente quadro normativo. Più chiaramente, occorre dire, che l'apparato di attuazione della normativa in esame è quasi integralmente rimesso a regolamenti dell'AGCOM²².

²⁰ Su questo punto le osservazioni di F. Pizzetti (a cura di) *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 12, che fin da subito ha evidenziato come una lettura del GDPR solo come normativa a presidio delle libertà e dei diritti delle persone fosse non solo insufficiente, ma pure sbagliata perché dimenticava l'obiettivo strategico della circolazione dei dati per la costruzione della società digitale.

²¹ Sul tema del consenso del minore, in termini assai critici, M. Bianca, *La tutela del minore nell'età digitale. Riflessioni a margine della lettura del libro bianco AGCOM 2.0. su media e minori*, in *Comunicazione.doc.*, 2018, 59 ss.

²² Su questo specifico tema il parere del Consiglio di Stato, sez. Consultiva per gli Atti Normativi,

Molto si è detto negli anni sulla questione se l'Autorità indipendente potesse o meno intervenire con proprie regole in materia di diritti fondamentali, in particolar modo laddove fosse possibile scorgere nella Costituzione italiana una riserva di legge assoluta. La questione fu oggetto di un confronto acceso in dottrina allorché l'AGCOM, ai sensi del d.lgs. 70/2003, adottò il regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative che prevedeva una procedura di *notice and take down* all'esito della quale l'Autorità poteva disporre la cancellazione del contenuto²³

Nel caso qui in esame la questione è però diversa.

Innanzitutto, l'intervento dell'Autorità di regolazione è previsto dalla normativa europea. Senza voler aprire il vaso di pandora della prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale (anche costituzionale) e dei contro-limiti a questa prevalenza, occorre dire che la legittimazione europea è assai importante. Ciò soprattutto perché avviene in un settore che per sua natura è parte integrante di quella società digitale di cui l'Unione europea sta progressivamente scrivendo le regole anche attraverso un lavoro giurisprudenziale che conduce una continua reinterpretazione in senso evolutivo della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni.

In secondo luogo, nel disegno europeo, il coinvolgimento delle Autorità di regolazione si inserisce in una strategia normativa che mira alla valorizzazione dell'auto-regolazione e della co-regolazione non tanto nel senso che si lascia meramente ai privati il compito di darsi le proprie regole quanto piuttosto secondo una strategia in cui i fornitori di servizi media audiovisivi e i fornitori di piattaforme per la condivisione di video sono chiamati a partecipare nella definizione di regole perché sono loro ad essere responsabili (e passibili di sanzione) nel caso in cui non garantiscano ai minori una tutela adeguata²⁴.

Un modello che l'Unione europea ha già sperimentato con buon successo nel settore della protezione dei dati e che sembra riproporre, almeno in parte, anche nella normativa sui servizi media audiovisivi e nel recentemente approvato Regolamento DSA. Per cui, può dirsi che l'AGCOM nelle norme del T.U. che si sono analizzate non ha solo un ruolo di garanzia per i minori, nel senso che partecipando con i fornitori di servizi media audiovisivi alla scrittura delle regole attuative degli obblighi di legge li guida verso un sistema di massima tutela, ma pure un ruolo di garanzia per i fornitori stessi perché offre loro una sponda laddove altrimenti essi sarebbero chiamati a farsi carico dell'attuazione, rischiando di esserne responsabili nel caso in cui non raggiun-

Adunanza di Sezione del 21 settembre 2021.

²³ Delibera n. 680/13/CONS. Su di essa sia consentito rinviare a M. Orofino, *L'intervento regolamentare dell'AGCOM in materia di diritto d'autore: profili di criticità formale e sostanziale*, in F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto d'autore*, Torino, 2013, 123 ss. La vicenda è stata oggetto di un ampio contenzioso giurisprudenziale giungendo tanto davanti alla Corte costituzionale quanto al Consiglio di Stato. La questione è, infine, stata sanata con l'irrobustimento della normativa che attribuisce all'AGCOM il potere regolamentare e sanzionatorio con riferimento al diritto d'autore online. L'accurata ricostruzione di S. Lavagnini, *Riforma del diritto d'autore e nuovi poteri di Agcom: cosa cambia e prossimi step*, in *Agendadigitale.eu*, 26 gennaio 2022.

²⁴ Queste forme di auto regolazione "controllata" e di co regolazione sono anche la risposta europea al problema della diffusione di poteri privati incidenti sui diritti fondamentali. Su questa questione F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Torino, 2022.

gessero gli obiettivi previsti dal Testo Unico e dalla direttiva.

9. L'ampliamento delle competenze del Comitato Media-Minori

Un ruolo piuttosto rilevante nella *governance* complessiva del sistema lo ha il cd. Comitato media e minori. Tale organo ha una storia ormai lunga alle spalle. Istituito, infatti, originariamente come organo di autodisciplina tra le imprese radiotelevisive, fu istituzionalizzato dalla legge n. 112 del 2004²⁵.

La sua positivizzazione già rispondeva ad un approccio, che all'epoca era assai innovativo, volto ad integrare nel dato normativo il principio dell'autoregolazione²⁶. Dalla l. 112/2004 il Comitato era poi trasmigrato con il d.lgs. 177/2005 nel Testo Unico della radiotelevisione, poi divenuto Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici.

L'art. 8 del nuovo T.U., rubricato "Funzioni del Ministero dello Sviluppo Economico", specifica al c. 2 che presso il suddetto ministero opera il Comitato di applicazione del Codice di autoregolamentazione media e minori²⁷.

Il nome odierno del Comitato riflette l'estensione progressiva delle sue competenze. Dall'originario Comitato di applicazione del codice di autoregolamentazione TV e minori si è passati al Comitato di applicazione del Codice di autoregolamentazione media e minori²⁸, mantenuto anche nell'attuale Testo Unico con la specificazione che esso opera nei settori dei servizi media audiovisivi e della radiofonia.

Una specificazione da leggersi oggi ai sensi delle definizioni contenute nell'art. 3 che al c. 1, lett. a), chiarisce come per servizio di media audiovisivo debba intendersi «un servizio [...] che abbia come obiettivo principale del servizio stesso o di una sua sezione distinguibile, la fornitura di programmi al grande pubblico, sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media, al fine di informare, intrattenere o istruire [...]» ossia, come ulteriormente specificato alla lett. b) una trasmissione televisiva attraverso un servizio media audiovisivo lineare oppure un servizio di media audiovisivo a richiesta sulla base di un catalogo oppure una comunicazione commerciale audiovisiva.

Per cui il Comitato acquisisce oggi competenze piene rispetto a tutti i servizi media audiovisivi.

Di conseguenza, in un contesto in cui auto-regolamentazione e co-regolamentazione divengono capisaldi del nuovo impianto normativo è lecito attendersi che si giunga

²⁵ Il Comitato media minori è "inglobato" dalla l. 112/2004 secondo la felice espressione utilizzata da M. Cuniberti, *La legge n. 112 del 2004: aspetti generali*, in *La riforma del sistema radiotelevisivo*, aggiornamento ad Aa.Vv., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2014, 17.

²⁶ Così, assai acutamente, mette in luce L. Musselli, *Televisione e minori: tutela pubblicistica*, Milano, 2009, 85.

²⁷ Il nuovo Testo Unico, qui oggetto di analisi, conferma la collocazione ministeriale del Comitato presso il Ministero dello Sviluppo Economico, che a far data dal 30 ottobre 2010, aveva assunto le competenze del Ministero delle Comunicazioni.

²⁸ Ciò è avvenuto ai sensi dell'art. 6, c. 1, d.P.R. 172/2007.

anche ad un ampliamento del Codice di autoregolamentazione²⁹.

D'altra parte le disposizioni di cui ai c. 6 e 7 dell'art. 37 del T.U. sembrano dirlo esplicitamente³⁰.

Il c. 6 prevede, infatti, che i fornitori di servizi di media diffusi tramite qualsiasi canale o piattaforma siano già oggi obbligati ad osservare le disposizioni oggi esistenti. Inoltre, la norma aggiunge che essi saranno tenuti anche a rispettare quelle che fossero in futuro adottate, facendo quindi presagire la necessità di un'integrazione.

A questo si aggiunge il c. 7 che stabilisce che i fornitori di servizi di media siano altresì obbligati a garantire, anche secondo quanto stabilito nel Codice, l'applicazione di specifiche misure a tutela dei minori nella fascia oraria di programmazione compresa tra le ore 16 e le ore 19 e all'interno dei programmi direttamente rivolti ai minori, con particolare riguardo ai messaggi pubblicitari, alle promozioni e ogni altra forma di comunicazione commerciale audiovisiva. In questo modo prevedendo la necessità di una specifica modifica del Codice, alla luce delle innovazioni apportate.

10. Osservazioni conclusive e sulla compatibilità del quadro giuridico rispetto alle nuove norme del regolamento

In conclusione di questo breve contributo occorre formulare alcune osservazioni sia di carattere generale relative all'analisi svolta sia specificamente riguardanti i rapporti tra il quadro giuridico analizzato e alcune nuove disposizioni introdotte dal regolamento europeo sui servizi digitali (Regolamento DSA).

La prima osservazione riguarda evidentemente il salto di qualità della disciplina europea, e di quella nazionale di recepimento, nella protezione dei minori rispetto a contenuti potenzialmente pericolosi. Questo innalzamento delle tutele passa in particolar modo dagli obblighi introdotti a carico dei fornitori di piattaforme per la condivisione di contenuti nonché dai nuovi poteri assegnati all'AGCOM. In altri termini si allarga il novero dei soggetti coinvolti (e pertanto delle fattispecie vincolate) e si rafforzano i poteri interdettivi e sanzionatori. Inoltre, si punta attraverso l'ampio ricorso alla co-regolazione al coinvolgimento dei fornitori stessi.

Tanto la responsabilizzazione dei fornitori di contenuti quanto l'approccio *risk-based* della normativa in esame ricordano molto da vicino la strategia seguita dal "Legislatore" europeo fin dall'approvazione del GDPR. Una strategia che pare oggi essere divenuta comune in molti atti normativi, già in vigore oppure ancora *in itinere* facenti parte del pacchetto digitale con cui l'UE mira a disciplinare la società digitale³¹.

²⁹ V. in proposito, D. Pacelli – C. Rumi, *La tutela del minore nell'ambito del Codice di autoregolamentazione*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 231 ss.

³⁰ Eventuali nuovi atti di autoregolamentazione sono recepiti con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico, previo parere della Commissione parlamentare di cui alla l. 451/1997.

³¹ A. Simoncini, *L'intervento regolamentare dell'AGCOM in materia di diritto d'autore: profili di criticità formale e sostanziale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2021, 411 ss., il quale avverte come tale strategia è possibile solo se si individua chiaramente il comportamento vietato e contemporaneamente quello consentito a determinate condizioni.

La seconda osservazione riguarda specificamente il tentativo di attuare l'obiettivo europeo di promuovere l'auto-regolazione e la co-regolazione.

Il tema è stato trattato recentemente da molti autori che hanno sottolineato, con diversità di accenti, quanto l'emersione di questa opzione dipenda dai fenomeni di globalizzazione tipici della società digitale, dalla sfiducia verso l'idoneità della legge a disciplinare la società digitale, dalla maggiore flessibilità che co-regolazione ed auto-regolazione garantiscono in un contesto in cui le tecnologie disponibili cambiano con estrema rapidità, dalla superiore differenziazione che co-regolazione ed auto-regolazione garantiscono rispetto alla necessaria generalità ed astrattezza della norme di legge.

Ognuna di queste letture apporta ovviamente un tassello alla comprensione di fenomeni in corso che appaiono assai complessi e mutevoli. Rispetto ad essi, si possono offrire due contributi relativi a quanto osservato in questo scritto. Il primo riguarda il fatto che il ricorso alla co-regolazione e all'auto-regolazione nel TUSMA oscilli tra due ipotesi: quella del regolamento dell'AGCOM adottato secondo procedure che prevedono la compartecipazione dei regolati e quella del Codice di condotta che l'Autorità è chiamata ad approvare al fine di renderlo vincolante anche da un punto di vista normativo. Il successo della prima ipotesi è legato alla capacità dell'AGCOM di sollecitare a monte e cogliere a valle le argomentazioni dei regolati e più in generale di tutti i soggetti interessati o comunque attivi nel settore. Il successo della seconda è, invece, strettamente dipendente dalla rappresentatività dei partecipanti al processo di elaborazione del codice di condotta³².

La terza osservazione generale riguarda il ruolo dell'AGCOM.

L'attribuzione di poteri regolamentari è assai significativa. I regolamenti dell'AGCOM sono destinati tra l'altro a disciplinare fattispecie che incidono direttamente su posizioni soggettive dando consistenza normativa a proposizioni che nel decreto legislativo riservano margini cospicui di adattamento e d'interpretazione. È evidente che ciò risponda anche ad un disegno europeo volto a valorizzare le autorità di regolazione. Pur tuttavia non può evitarsi di segnalare come le consultazioni preventive sugli schemi di regolamento siano uno strumento debole se inteso a colmare quel deficit democratico che è inevitabile in scelte rimesse alla discrezionalità di Autorità che debbono essere e restare indipendenti. Il tema di come bilanciare l'espansione del ruolo delle autorità indipendenti preservando i circuiti di decisione politica deve tornare ad essere al centro della riflessione della dottrina. Questo perché le norme del cd. Pacchetto digitale vanno tutte nella direzione qui osservata e richiedono evidentemente dei correttivi per evitare che i Parlamenti ed i Governi nazionali risultino completamente esclusi dalla loro attuazione.

Altrettanto significativa sempre con riferimento ad AGCOM è l'attribuzione di poteri interdittivi, conformativi e sanzionatori nei confronti dei fornitori di servizi media audiovisivi e di piattaforme per la condivisione di contenuti. Se da un punto di vista teorico può dirsi che l'AGCOM assuma un ruolo di garanzia anche in materia di diritti fondamentali, testimoniando il proseguimento di una traiettoria che affianca alle

³² Forse può dirsi che l'unica pecca sta nel fatto che l'obbligo legale di osservare tali atti non è adeguatamente esplicitato.

funzioni di regolazione quelle di controllo; da un punto di vista sostanziale occorre segnalare che tale trasformazione deve essere necessariamente accompagnata da un rafforzamento dell'Autorità stessa in termini di risorse finanziarie e di personale.

Per quanto attiene, infine, ai rapporti tra le norme del TUSMA ed il regolamento sui servizi digitali (Regolamento DSA) occorre specificare che la questione non coinvolge i fornitori di servizi media audiovisivi ma essenzialmente le piattaforme per la condivisione di contenuti³³.

In proposito il considerando 10 del DSA specifica come esso non «dovrebbe pregiudicare altri atti del diritto dell'Unione che disciplinano la prestazione di servizi della società dell'informazione, quali la direttiva 2010/13/UE così come modificata dalla direttiva (UE) 2018/1808»³⁴.

Questo però non è dirimente. Non solo perché, in altre parti del DSA, si specifica come esso integri l'applicazione della direttiva 2010/13/UE ma pure perché vi sono sovrapposizioni inevitabili; si pensi ad esempio alle regole che disciplinano l'ambito territoriale di applicazione delle norme.

Limitando l'esame alle norme che incidono sulla tutela dei minori si prenda ad esempio l'art. 28 del DSA. La norma contiene un obbligo ed un divieto a carico di tutti i fornitori di piattaforme che evidentemente si sovrappongono in tutto o in parte a disposizioni presenti nel TUSMAR e qui oggetto di analisi

Nel dettaglio, l'art. 28, primo paragrafo, DSA prevede che i fornitori di piattaforme adottino le misure adeguate e proporzionate per garantire ai minori un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione sul loro servizio. La nozione di protezione elevata è certamente più ampia di quella riferita ai contenuti lesivi contenuta nel Testo Unico. Per ciò che attiene al divieto, di cui al secondo paragrafo dell'art. 28, esso impone ai fornitori di non proporre sull'interfaccia messaggi pubblicitari basati sulla profilazione del destinatario del servizio se sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è un minore³⁵. Il divieto è molto più esteso di quelli definiti dal TUSMA e relativi solo a specifici contenuti pubblicitari.

In conclusione alcune piccole osservazioni sulla disciplina del DSA delle cd. grandi piattaforme ossia quelle che secondo la normativa hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni³⁶. Si tratta delle norme forse più interessanti dell'intero regolamento poiché pongono a carico di tali soggetti un *surplus* di obblighi in ragione della capacità pervasiva dei contenuti da loro veicolati. Tra di essi meritano attenzione l'obbligo di valutazione del rischio della loro attività e gli obblighi di attenuazione dei medesimi. In entrambi i casi, infatti, occorre segnalare che la tutela dei minori è parametro di valutazione così come obiettivo degli strumenti di attenuazione del rischio.

³³ Occorre ricordare che il DSA non si applica alle piattaforme che si qualificano come micro imprese o piccole imprese. art. 19 del Regolamento DSA.

³⁴ La medesima previsione contenuta nel citato considerando è poi nell'art. 2 del Regolamento DSA relativo all'ambito di applicazione materiale della normativa europea.

³⁵ Come specificato nella norma, questa previsione non obbliga il fornitore del servizio a trattare dati personali ulteriori per accertare se il destinatario sia o meno effettivamente un minore.

³⁶ Art. 33 del Regolamento DSA che prevede anche un obbligo di designazione di tali soggetti da parte della Commissione europea.

Su tali previsioni qui appena accennate sarà certamente necessario riflettere in modo analitico. Per ora può dirsi che esse vanno certamente a comporre un quadro di maggior tutela destinato ad integrare, rafforzandolo, quello definito, anche per le piattaforme, dalla direttiva sui servizi media audiovisivi e dal Testo Unico italiano.