

# media LAWS

Rivista di diritto dei media  
1/2024 luglio



**DIRETTORE RESPONSABILE**  
**EDITOR-IN-CHIEF**

Oreste Pollicino (Università Bocconi)

**DIRETTORI**  
**EDITORS**

Giulio Enea Vigevani (Università di Milano - Bicocca)  
Carlo Melzi d'Eril (Avvocato in Milano)  
Marina Castellaneta (Università di Bari)  
Marco Bassini (Tilburg University)

**VICEDIRETTORI**  
**VICE-EDITORS**

Marco Cuniberti (Università di Milano)  
Giovanni Maria Riccio (Università di Salerno)  
Marco Orofino (Università di Milano)  
Ernesto Apa (Avvocato in Roma)

**REDAZIONE**  
**EDITORIAL BOARD**

Marco Bassini (*coordinatore*) (Tilburg University)  
Flavia Bavetta (*vice coordinatore*) (Università Bocconi)

**Redazione di Bari**

Teresa Catalano, Giuseppe Gallo, Stefania Rutigliano

**Redazione di Milano-Bicocca**

Martina Cazzaniga, Marco Cecili, Maria Galbusera,  
Giacomo Mingardo, Giulia Napoli

**Redazione di Milano-Bocconi**

Pietro Dunn, Claudia Massa, Giuseppe Muto, Federica Paolucci

**SEDE**  
**CONTACTS**

Studio legale Melzi d'Eril Vigevani  
Via San Barnaba 32 - 20122 Milano

Università Bocconi - Dipartimento di Studi Giuridici  
Via Roentgen 1 - 20136 Milano  
e-mail: [submissions@medialaws.eu](mailto:submissions@medialaws.eu)

**COMITATO SCIENTIFICO - STEERING COMMITTEE**

Shulamit Almog (*University of Haifa*), Fabio Basile (*Università di Milano*), Mirzia Bianca (*La Sapienza – Università di Roma*), Elda Brogi (*European University Institute*), Giuseppe Busia (*Autorità Nazionale Anticorruzione*), Licia Califano (*Università di Urbino, già Garante per la protezione dei dati personali*), Angelo Marcello Cardani (*Università Bocconi, già Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Marta Cartabia (*Università Bocconi, Presidente emerito della Corte costituzionale*), Massimo Ceresa-Gastaldo (*Università Bocconi*), Pasquale Costanzo (*Università di Genova*), Marilisa D'Amico (*Università di Milano*), Filippo Donati (*Consiglio Superiore della Magistratura*), Mario Esposito (*Università del Salento*), Giusella Finocchiaro (*Università di Bologna*), Tommaso Edoardo Frosini (*Università Suor Orsola Benincasa*), Maurizio Fumo (*Suprema Corte di Cassazione*), Alberto Maria Gambino (*Università Europea – Roma*), Michale Geist (*University of Ottawa*), Glauco Giostra (*La Sapienza – Università di Roma*), Enrico Grosso (*Università di Torino*), Uta Kohl (*University of Southampton*), Krystyna Kowalik-Bańczyk (*Tribunale dell'Unione europea*), Simone Lonati (*Università Bocconi*), Fiona Macmillan (*University of London*), Vittorio Manes (*Università di Bologna*), Michela Manetti (*Università di Siena*), Christopher Mardsen (*University of Sussex*), Manuel D. Masseno (*Istituto Politécnico de Beja*), Roberto Mastroianni (*Tribunale UE*), Luigi Montuori (*Garante per la protezione dei dati personali*), Antonio Nicita (*LUMSA, già Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Monica Palmirani (*Università di Bologna*), Miquel Pequera (*Universitat Oberta de Catalunya*), Vincenzo Pezzella (*Suprema Corte di Cassazione*), Laura Pineschi (*Università di Parma*), Giovanni Pitruzzella (*Corte di giustizia UE*), Francesco Pizzetti (*Università di Torino*), Andrea Pugiotto (*Università di Ferrara*), Margherita Ramajoli (*Università di Milano*), Gianpaolo Maria Ruotolo (*Università di Foggia*), Sergio Seminara (*Università di Pavia*), Salvatore Sica (*Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa*), Pietro Sirena (*Università Bocconi*), Francesco Viganò (*Corte costituzionale*), Luciano Violante (*Fondazione Leonardo - Civiltà delle Macchine*), Lorenza Violini (*Università di Milano*), Roberto Zaccaria (*Università di Firenze*), Nicolò Zanon (*Corte costituzionale*), Vincenzo Zeno-Zencovich (*Università di Roma Tre*)

**COMITATO DEGLI ESPERTI PER LA VALUTAZIONE - ADVISORY BOARD**

Maria Romana Allegri, Giulio Allevato, Benedetta Barbisan, Marco Bellezza, Daniela Bifulco, Elena Bindi, Carlo Blengino, Monica Bonini, Manfredi Bontempelli, Fernando Bruno, Daniele Butturini, Irene Calboli, Simone Calzolaio, Quirino Camerlengo, Gianluca Campus, Nicola Canzian, Marina Caporale, Andrea Cardone, Corrado Caruso, Stefano Catalano, Adolfo Ceretti, Francesco Clementi, Roberto Cornelli, Giovanna Corrias Lucente, Filippo Danovi, Monica Delsignore, Giovanni De Gregorio, Giovanna De Minico, Gabriele Della Morte, Marius Dragomir, Fernanda Faini, Fabio Ferrari, Roberto Flor, Federico Furlan, Giovanni Battista Gallus, Marco Gambaro, Gianluca Gardini, Ottavio Grandinetti, Antonino Gullo, Erik Longo, Valerio Lubello, Federico Lubian, Nicola Lupo, Paola Marsocci, Claudio Martinelli, Alberto Mattiacci, Alessandro Melchionda, Massimiliano Mezzanotte, Francesco Paolo Micozzi, Donatella Morana, Piergiuseppe Otranto, Omar Makimov Pallotta, Anna Papa, Paolo Passaglia, Irene Pellizzone, Sabrina Peron, Bilyana Petkova, Davide Petrini, Marina Pietrangelo, Federico Gustavo Pizzetti, Augusto Preta, Giorgio Resta, Federico Riboldi, Francesca Rosa, Andrej Savin, Salvatore Scuto, Monica Alessia Senior, Stefania Stefanelli, Giulia Tiberi, Bruno Tonoletti, Emilio Tosi, Lara Trucco, Luca Vanoni, Gianluca Varraso, Silvia Vimercati, Thomas Wischmeyer, Paolo Zicchittu

---

**MediaLaws - Rivista di diritto dei media è una rivista quadrimestrale telematica, ad accesso libero, che si propone di pubblicare saggi, note e commenti attinenti al diritto dell'informazione italiano, comparato ed europeo.**

La rivista nasce per iniziativa di Oreste Pollicino, Giulio Enea Vigevani, Carlo Melzi d'Eril e Marco Bassini e raccoglie le riflessioni di studiosi, italiani e stranieri, di diritto dei media.

I contributi sono scritti e ceduti a titolo gratuito e senza oneri per gli autori. Essi sono attribuiti dagli autori con licenza Creative Commons “Attribuzione – Non commerciale 3.0” Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. 633/1941).

Il lettore può utilizzare i contenuti della rivista con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons “Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia” (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare menzionando la fonte e, laddove necessario a seconda dell'uso, conservando il logo e il formato grafico originale.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La qualità e il rigore scientifici dei saggi della Rivista sono garantiti da una procedura di *double-blind peer review* affidata a un comitato di esperti per la valutazione individuato secondo criteri di competenza e rotazione e aggiornato ogni anno.

---

## **MediaLaws - Rivista di diritto dei media**

### **Regolamento per la pubblicazione dei contributi**

1. “MediaLaws – Rivista di diritto dei media” è una rivista telematica e ad accesso aperto che pubblica con cadenza quadrimestrale contributi attinenti al diritto dell’informazione.
2. Gli organi della rivista sono il Comitato di direzione, il Comitato scientifico e il Comitato degli esperti per la valutazione. L’elenco dei componenti del Comitato di direzione e del Comitato scientifico della rivista è pubblicato sul sito della stessa ([rivista.medialaws.eu](http://rivista.medialaws.eu)). Il Comitato degli esperti per la valutazione è sottoposto ad aggiornamento una volta l’anno.
3. La rivista si compone delle seguenti sezioni: ”Saggi”, “Note a sentenza” (suddivisa in “Sezione Europa”, “Sezione Italia” e “Sezione comparata”), “Cronache e commenti” e “Recensioni e riletture”. I singoli numeri potranno altresì ospitare, in via d’eccezione, contributi afferenti a sezioni diverse.
4. La sezione “Saggi” ospita contributi che trattano in maniera estesa e approfondita un tema di ricerca, con taglio critico e supporto bibliografico.
5. La sezione “Note a sentenza” ospita commenti alle novità giurisprudenziali provenienti dalle corti italiane, europee e straniere.
6. La sezione “Cronache e commenti” ospita commenti a questioni e novità giuridiche di attualità nella dimensione nazionale, europea e comparata.
7. La sezione “Recensioni e riletture” ospita commenti di opere rispettivamente di recente o più risalente pubblicazione.
8. La richiesta di pubblicazione di un contributo è inviata all’indirizzo di posta elettronica [submissions@medialaws.eu](mailto:submissions@medialaws.eu), corredata dei dati, della qualifica e dei recapiti dell’autore, nonché della dichiarazione che il contributo sia esclusiva opera dell’autore e, nel caso in cui lo scritto sia già destinato a pubblicazione, l’indicazione della sede editoriale.
9. La direzione effettua un esame preliminare del contributo, verificando l’attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.
10. In caso di esito positivo, la direzione procede ad assegnare il contributo alla sezione opportuna.
11. I saggi sono inviati alla valutazione, secondo il metodo del doppio cieco, di revisori scelti dall’elenco degli esperti per la valutazione della rivista secondo il criterio della competenza, della conoscenza linguistica e della rotazione. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore. La direzione garantisce l’anonimato della valutazione.
12. La direzione comunica all’autore l’esito della valutazione.  
Se entrambe sono positive, il contributo è pubblicato.  
Se sono positive ma suggeriscono modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell’autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. La direzione si riserva la facoltà di sottoporre il contributo così come modificato a nuova valutazione, anche interna agli organi della rivista. Se solo una valutazione è positiva, con o senza modifiche, la direzione si riserva la facoltà di trasmettere il contributo a un terzo valutatore. Se entrambe le valutazioni sono negative, il contributo non viene pubblicato.
13. Per pubblicare il contributo, l’Autore deve inviare una versione definitiva corretta secondo le regole editoriali della rivista pubblicate sul sito della stessa, un abstract in lingua italiana e inglese e un elenco di cinque parole chiave. Il mancato rispetto dei criteri editoriali costituisce motivo di rigetto della proposta.
14. Le valutazioni vengono archiviate dalla direzione della rivista per almeno tre anni.
15. A discrezione della direzione, i saggi di autori di particolare autorevolezza o richiesti dalla direzione possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di referaggio a doppio cieco ovvero essere sottoposti a mero referaggio anonimo, previa segnalazione in nota.

## Editoriale

- 9 Artificial intelligence, natural stupidity and other legal idiocies**  
Vincenzo Zeno-Zencovich

## Saggi

- 14 Comunicazione politica e Costituzione tra televisione e piattaforme digitali**  
Giulio Enea Vigevani e Martina Cazzaniga
- 32 Storia di un lungo addio: la censura cinematografica nell'esperienza italiana**  
Nicola Canzian
- 53 Minori in rete tra consenso e verifica dell'età. Analisi comparata e proposte di adeguamento al GDPR**  
Giovanna Capilli
- 73 The human person in the "silicon universe"**  
Luca Di Majo
- 86 Normative Considerations on Impact Assessments in EU Digital Policy**  
Pier Giorgio Chiara - Federico Galli
- 106 Il nuovo regolamento AGCOM sui titoli abilitativi per la diffusione dei servizi di media audiovisivi – Tra promozione del mercato e oneri burocratici**  
Liliana Ciliberti

## Note a sentenza

- 132 Costituzione e neo-fascismo: quando il saluto fascista è reato?**  
Salvatore Curreri
- 136 Il giornalismo d'inchiesta tra verità e deontologia: un'analisi dell'ordinanza n. 30522/2023 della Corte di Cassazione**  
Giulia Napoli
- 146 Legalità e giusto processo nei procedimenti dinanzi al Garante**  
Maria Vittoria La Rosa - Laura Liguori

## Cronache

- 153 Navigating the Transatlantic AI Landscape: The EU Artificial Intelligence Act and its Ripple Effect on the US**  
Vanessa Villanueva Collao
- 159 *Collecting* – Tra esigenze di coordinamento del sistema e strumenti di promozione della concorrenza**  
Liliana Ciliberti

## **Editorial**

- 9 Artificial intelligence, natural stupidity and other legal idiocies**  
Vincenzo Zeno-Zencovich

## **Essays**

- 14 Political Communication and the Constitution between Television and Digital Platforms**  
Giulio Enea Vigevani e Martina Cazzaniga
- 32 Story of a long goodbye: film censorship in the Italian experience**  
Nicola Canzian
- 53 Children online between consent and verification age. Comparative analysis and proposals for GDPR compliance**  
Giovanna Capilli
- 73 The human person in the “silicon universe”**  
Luca Di Majo
- 86 Normative Considerations on Impact Assessments in EU Digital Policy**  
Pier Giorgio Chiara - Federico Galli
- 106 The new AGCOM regulation on authorizations for the transmission of audiovisual media services - Between market promotion and bureaucratic tasks**  
Liliana Ciliberti

## **Case notes**

- 132 Constitution and neo-fascism: when is the fascist salute a crime?**  
Salvatore Curreri
- 136 Investigative journalism, the search for truth and the role of deontology in the Italian Supreme Court order no. 30522/2023**  
Giulia Napoli
- 146 Lawfulness and right to a fair trial in the proceedings before the Italian Data Protection Authority**  
Maria Vittoria La Rosa - Laura Liguori

## **Comments**

- 153 Navigating the Transatlantic AI Landscape: The EU Artificial Intelligence Act and its Ripple Effect on the US**  
Vanessa Villanueva Collao
- 159 Collecting societies - System coordination and competition promotion**  
Liliana Ciliberti

---

*Sono stati sottoposti a referaggio anonimo a doppio cieco i contributi di Nicola Canzian, Giovanna Capilli, Giulio Enea Vigevani - Martina Cazzaniga, Pier Giorgio Chiara - Federico Galli, Lihana Ciliberti, Luca Di Majo, Vincenzo Zeno-Zencovich. Su determinazione della Direzione, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, sono stati altresì sottoposti a referaggio anonimo i contributi di Giulia Napoli, Vanessa Villanueva Collao.*

---

# Editoriale

# Artificial intelligence, natural stupidity and other legal idiocies

Vincenzo Zeno-Zencovich

## Summary

1. A dystopian past. – 2. Dogmatism vs. Science. – 3. AI as an alien species. – 4. Other legal idiocies

---

## 1. A dystopian past

*The scene:* Germany, at the end of the 19<sup>th</sup> century: a buoyant technical, scientific, and cultural atmosphere.

*The actors:* two engineers, Messrs. Benz and Daimler who have just perfected a very performing internal combustion engine which, in their expectations, will bring a revolution in industry, substituting old, cumbersome and manpower consuming, steam engines.

They proudly travel to Brussels to present their invention to the EU Commission (yes, it already existed!), expecting to receive a very warm welcome by their noble compatriot Princess Ursula von XY.

Instead, they are given the cold shoulder, and their enthusiasm is thoroughly questioned.

Have they considered the very high risk that their invention entails? The impact assessment that the EU has already conducted forecasts that in the following century more than a million people will die of car accidents in Europe; and even more will be killed by tanks, battleships and warplanes which use their invention. Furthermore, the Commission is unfavourably impressed by the non-compliance with the precautionary principle. The two inventors have in no way considered how the landscape will be devastated by motorways, and the permanent damage to the environment: CO<sup>2</sup> emissions, global warming, climate change. To sum all this up, what is required before authorizing such devices is a comprehensive regulation that can protect Europe and its citizens from such dramatic consequences.

A few years later – we are already at the dawn of the 20<sup>th</sup> century - the EU comes up with the “*Internal Combustion Engine Act*”: 270 pages, 200 recitals, 100 articles, 12 annexes.

Messrs. Benz and Daimler try to read and understand it, but rapidly give up and emigrate to the US. Another German engineer, Mr. Diesel, is enjoined by the Independent Motor Authority to cease the development of a new engine which has not passed the

“sandbox test” because considered highly polluting. A few European industrialists, Messrs. Citroen, Peugeot and Agnelli, who were ready to invest in the new technologies, find it much more prudent to devote their capitals to farming. At the New York Stock Exchange, the shares of the Ford Motor Co. skyrocket.

But who cares? European values have been reaffirmed and there is no doubt that horse and buggies are authentically “green” if only you think of the tons of manure you can recycle for organic agriculture.

## **2. Dogmatism vs. Science**

The EU approach to AI is the typical approach of a bureaucracy which in the name of very high-level principles wants to control scientific and technical development. Four centuries ago, Galileo Galilei’s astronomical discoveries were silenced by threatening excommunication and banishment for having challenged even higher level, theological, principles. But outside the reach of the retrograde Catholic Church, Galilei’s ideas thrived, bolstered maritime trade, astronomical discoveries of outer space and a general development of scientific reasoning and method.

The AI Act puts into place a similar attempt. Scientific development is accepted and acceptable only if it conforms to certain values set by the 21st century clergy, *i.e.* the EU institutions. What is lacking – today as four centuries ago – is the understanding of what science and technical development are about, what are their epistemology, what are their intrinsic values and how they collide with the dogma of regulating anything that appears on Earth and beyond.

Under certain aspects such resistance is understandable: AI most probably can replace – for better or for worse – many functions that now are run by the EU personnel. On the other hand, given the undeniable competitive advantage of foreign AI, the AI Act is a typical Technical Barrier to Trade (a specialty in which Europeans excel) to protect its non-competitive digital industry, and to negotiate better bilateral agreements with the US and China.

## **3. AI as an alien species**

Beyond the regulatory frenzy which has taken the EU, the AI Act is an example of a science-fiction idea of AI, as if the latter were some sort of alien species menacing Europe, its citizens, its values<sup>1</sup>. There are several misconceptions behind this approach. The first is the ambiguous use of the term “intelligence” which appears to mimic human abilities, while it is consolidated science that human – and even more non-human animal – “intelligence” resides not only in mental faculties, but in the whole body, in its four senses and internal organs. This corporeal intelligence is something that a non-material entity such as AI does not possess. AI, instead, does something that

---

<sup>1</sup> Not surprisingly, one of the most quoted images used to forebode the dangers of AI is Hal the computer that wants to take command of the spaceship in Kubrick’s “*2001 Odyssey in the Space*”.

humans are not able to do, *i.e.* process thousands, millions, billions of data drawing inferential conclusions upon which decisions are taken. Computational ability, is therefore, an extremely limited part of what we mean for “intelligence”.

Apart from the misnomer, the second misconception is that what we know of and on AI is not what AI will be in the very near future. The Act is an attempt to shape the development of a technology which is completely out of the EU’s reach. This denotes a fear of the unknown and the conceited idea to master it.

However, it is doubtful that the EU institutions have the capabilities to forecast future developments and if one sticks only to the digital environment, one should question the sources and forecasts it has relied upon in the last 40 years.

Decades ago, the formula “Voodoo economics” was invented for haphazard forecasts and measures similar to pins stuck in a doll. One could easily adapt the formula into “Voodoo regulation”. This is not because of some innate irrationality of the EU legislature, but simply as an application of the “precautionary” dogma, whose first tenet is that a political institution, if it does not want to be accused of overlooking risks, must adopt – for its own survival – a “worst scenario” approach. Clearly this reduces in the first place the political risks, because it will be very difficult to prove counter-factually that a more flexible approach would have been better. But the misconception is broader. The paradox is that by presenting AI as a potentially dis-humanizing technology the EU institutions have put into place what Karl Mannheim called a self-fulfilled prophecy.

What seems to be ignored in the Act is that AI is a product of humans. And as with any human product its quality depends not on some casual and unpredictable event (the by now mythological “black-box”) but on the quality of the data analytics that move it and the quality of the data that is fed into it at the beginning and is continuously collected.

And behind each and every phase of an AI tool are human beings with their abilities and their limits. To put things bluntly, stupid people create artificial stupidity. Stupidity is not a feature that can – stupidly – be measured and curbed through some IQ test, but a much more nuanced notion that must take into account the context, the circumstances, the actors, the purpose. A complexity which surely AI is capable of tackling but only if fine-tuned. And this is a costly, time-consuming, skilled operation that is the essence of quality.

And stupidity (which, to paraphrase René Descartes, *«est la chose du monde la mieux partagée»*) can be found not only in the creation of AI tools, but even more in their implementation, especially when humans – and not a machine – tend to have a fideistic trust in their results. Natural stupidity – which is devastating when coupled with assumed “artificial intelligence” – is the lack of doubts and especially the loss of the basic notion that just as human make mistakes, also human produced tools can make mistakes. And that the latter can be more easily detected through appropriate digital technologies which must be nor glorified nor damned, but simply properly used.

#### 4. Other legal idiocies

When facing a 270-page text made up by more than ninety thousand words one should legitimately ask oneself if the drafters were in their right senses<sup>2</sup>. And further wonder if it has ever dawned upon them the doubt that such a text is completely unworkable, unless some high placed official in Brussels was winking his or her eye in order that we understand that the AI Act is simply a declamatory exercise in regulation, a sort of mock-test which will have no consequences. But sadly, that is not the case, because all the declarations are in the sense that the AI Act is a dead-serious attempt to regulate the new technology and present Europe as the standard-setting world authority in this field.

The problem is that this text is at odds with the most abused mouth-washing principle in the EU, *i.e.* the Rule-of-law, of which the certainty of law is an essential component. When a legal text is ambiguous, open to multiple interpretations, contradictory, totally devoid of the sense of proportionality, self-multiplying in unknown directions like the generative AI it purports to regulate (see article 7 on the delegated powers) it is quite impossible for rational operators – whether public or private – to plan their activity over a reasonable time-span, deploying human and financial resources, verifying the effects and the performance of the measures adopted. The AI Act is a typical measure written by someone who will never be asked to abide by the rules it has set – and at any rate it will apply to itself the Humpty Dumpty principle («When I use a word, it means exactly what I choose it to mean – neither more nor less»).

Its only task will be to sit back and sanction – on a very casual and casuistic basis – what it does not feel is in conformity with its will and whims.

One could – ironically – suggest that the only way to make the AI Act work is through artificial intelligence. But Europe does not have such sophisticated tools, and therefore will have to resort to foreign enterprises to enforce the straitjacket it has sewn for itself. Congratulations!

---

<sup>2</sup> In my pocket Bible, which I always have with me, the four Gospels cover 146 pages and the first five books of the Old Testament (Genesis, Exodus, Leviticus, Numbers and Deuteronomy) require only 248 pages. And even suggesting that their authors may have received a little help in conciseness from above, without such supernatural aid Messrs. Portalis, Tronchet, Maleville and Bigot de Préameneu managed to contain the 2281 (twothousandtwohundredandeightyone) articles (table of contents included) of the *Code Napoléon* in 266 pages (*Les Cinq Codes*, Richomme, Paris 1811).

---

# Saggi

---

# Comunicazione politica e Costituzione tra televisione e piattaforme digitali\*

Giulio Enea Vigevani e Martina Cazzaniga\*\*

## Abstract

L'articolo mira ad analizzare la c.d. legge sulla *par condicio* trascorsi ventiquattro anni dalla sua entrata in vigore. L'evoluzione delle tecniche di trasmissione e lo sviluppo di Internet e delle piattaforme digitali hanno, infatti, radicalmente trasformato il mondo dell'informazione e le modalità della comunicazione politica. In questo contesto, si cercherà di offrire qualche risposta ad alcuni interrogativi: la legge sulla *par condicio* del 2000 può ancora essere considerata un "imperativo costituzionale"? E ancora, è necessario estendere tale normativa alle piattaforme digitali? Gli autori provano a fornire alcune linee di ragionamento: inquadrano il contesto in cui la legge è stata approvata e analizzano il suo "stato di salute" attuale; cercano di comprendere se sia necessario metterne in discussione i principi di fondo; infine, provano a immaginare come potrebbe essere delineata una disciplina coerente con i principi costituzionali nell'attuale contesto tecnologico.

The article aims to analyze the so-called *par condicio* law twenty-four years after its entry into force. The evolution of transmission techniques and the development of the Internet and digital platforms have, in fact, radically transformed the world of information and the methods of political communication. In this context, the article seeks to provide some answers to a few questions: can the *par condicio* law still be considered a 'constitutional imperative'? Furthermore, is it necessary to extend this regulation to digital platforms? The authors attempt to offer some lines of reasoning: they frame the context in which the law was approved and analyze its current 'state of health'; they seek to understand if it is necessary to question its fundamental principles; finally, they try to imagine how a regulation consistent with constitutional principles could be outlined in the current technological context.

## Sommario

1. Questioni aperte in tema di *par condicio* e comunicazione politica. – 2. La legge n. 28 del 2000: una normativa disegnata sulla televisione generalista. – 3. Oggi è tutto diverso? La persistente predominanza della televisione come mezzo di informazione.

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

\*\* Sebbene il presente scritto costituisca il frutto di riflessioni condivise degli autori, Giulio Enea Vigevani ha redatto i paragrafi 1 e 5, Martina Cazzaniga i paragrafi 2, 3 e 4.

– 4. Informazione politica e social network: quali spazi per la *par condicio* online? – 5. Quale futuro per la *par condicio*? Qualche riflessione conclusiva.

## Keywords

Legge n. 28/2000 – *par condicio* – pluralismo informativo – servizi di media audiovisivi – piattaforme digitali

---

## 1. Questioni aperte in tema di *par condicio* e comunicazione politica

L'espressione *par condicio* riporta a un tempo ormai lontano e a personalità tanto rilevanti nella storia dell'Italia repubblicana quanto dimenticate da molti. Sono trascorsi trenta anni dal primo appello del Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro sulla indispensabilità di una «*par condicio* d'ascolto» e di una parità di condizioni anche nel campo dell'informazione<sup>1</sup>; quasi trenta dalla nascita del governo presieduto da Lamberto Dini, che aveva quale punto programmatico qualificante l'introduzione di una normativa sulla *par condicio*; ventiquattro anni dall'entrata in vigore della legge n. 28 del 2000<sup>2</sup> che ha disciplinato il terreno «delicatissimo»<sup>3</sup> della comunicazione politica; più di venti dalla sentenza n. 155/2002, con la quale la Corte costituzionale ha ritenuto che tale legge rispondesse all'imperativo costituzionale di garantire il «corretto svolgimento del confronto politico su cui in permanenza si fonda, indipendentemente dai periodi di competizione elettorale, il sistema democratico»<sup>4</sup>.

In questi decenni, la comunicazione politica ha risentito inevitabilmente dei cambiamenti che hanno interessato il mondo dell'informazione, tanto da attraversare una vera e propria «fase di transizione»<sup>5</sup>. Invero, la digitalizzazione ha prodotto modalità di fruizione della televisione allora difficilmente immaginabili che, da un lato, hanno ulteriormente incrementato l'utilizzo complessivo del mezzo, dall'altra hanno limato gli ascolti dei *broadcasters* tradizionali.

Inoltre, per quanto concerne le piattaforme, esse hanno consegnato a chi li sa usare «nuovi potenti mezzi per la propaganda elettorale»<sup>6</sup> in grado di favorire una relazione continua con l'elettorato. AGCOM, in una recente segnalazione al Governo sull'esigenza di una revisione della normativa in materia di *par condicio*, ha sottolineato come la comunicazione *online*, compresa quella politica, abbia il vantaggio di svilupparsi in

---

<sup>1</sup> Intervento del Presidente della Repubblica ad Ancona del 23 settembre 1994 per la manifestazione celebrativa del 50° anniversario della Resistenza e della Guerra di Liberazione nelle Marche.

<sup>2</sup> Legge 22 febbraio 2000, n. 28, Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali o referendarie o per la comunicazione politica.

<sup>3</sup> D. Servetti, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, in questa *Rivista*, 1, 2020, 200.

<sup>4</sup> C. cost., 7 maggio 2002, n. 155, par. 2 del *considerato in diritto*.

<sup>5</sup> R. Borrello, *La par condicio nella campagna elettorale delle elezioni politiche del 25 settembre 2022: profili generali e alcuni casi specifici*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3, 2022, 2.

<sup>6</sup> F. Donati, *Internet e campagne elettorali*, in *Federalismi.it*, 16, 2019, 3.

tempo reale, con anche la possibilità per l'utente di avviare un dibattito attraverso i commenti o di condividere un'idea con un *repost*<sup>7</sup>. In questo modo, i soggetti politici «instaura[no] una comunicazione diretta e costante con gli elettori»<sup>8</sup> irrealizzabile nel mondo analogico.

In quest'ottica, è evidente la necessità di un aggiornamento del quadro normativo alla luce dell'evoluzione del contesto tecnologico e sociale di riferimento, come sollecitato dall'Autorità di settore e da molte voci in dottrina<sup>9</sup>. Aggiornamento che, in realtà, risulta assai complesso e non può essere ridotto all'alternativa tra estensione della normativa vigente anche ai nuovi *media* o creazione di una disciplina *ad hoc* per la comunicazione politica *online*<sup>10</sup>: si pongono, infatti, una serie di interrogativi che è importante esplicitare sin da subito e rispetto ai quali si tenterà almeno di fornire una linea di ragionamento.

La prima questione concerne la perdurante attualità dei principi alla base della oramai antica disciplina sulla comunicazione politica.

Da questo tema a sua volta ne discendono altri due parimenti rilevanti: la legge sulla comunicazione politica è ancora adatta all'attuale sistema della radiotelevisione e, soprattutto, ha “funzionato” in questi decenni? E, ancora, è opportuno estendere *tout court* questo impianto a mezzi di comunicazione, tra cui la rete, strutturalmente diversi rispetto alla radiotelevisione<sup>11</sup>?

Altro aspetto che solleva interrogativi riguarda la perdurante necessità di una legge sulla comunicazione politica che oggettivamente sacrifica alcuni diritti di rango costituzionale – quali la libera manifestazione del pensiero e la libertà per l'emittente radiotelevisiva di stabilire la propria linea editoriale – per tutelare i diritti politici sanciti all'art. 48 della Costituzione.

Inoltre, sembra opportuno discutere circa il campo di applicazione tale normativa: infatti, così come concepita nel 2000, la legge prevede principalmente disposizioni rivolte alla televisione generalista, con alcune previsioni più puntuali e ridotte per la televisione locale<sup>12</sup> e per la stampa<sup>13</sup>.

Oggi, invece, ai mezzi di informazione più tradizionali si affiancano i *social media* e

---

<sup>7</sup> AGCOM, *Segnalazione al governo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249 per la revisione della normativa in materia di comunicazione politica e di accesso ai mezzi di informazione*, 28 luglio 2023, 30.

<sup>8</sup> I. Spadaro, *Comunicazione politica e democrazia digitale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2020, 14.

<sup>9</sup> Tra questi, G. Gardini, *Brevi note sul divieto di comunicazione istituzionale nei periodi di campagna elettorale*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 429 ss.

<sup>10</sup> Questa alternativa viene individuata da R. Borrello in *La par condicio nella campagna elettorale delle elezioni politiche del 25 settembre 2022*, cit., 25, il quale indica che i paesi europei stanno “abbracciando”, per la maggior parte, la prima possibilità.

<sup>11</sup> Per un approfondimento circa le «similarità e differenze tra Internet e la televisione» si veda O. Grandinetti, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi “vecchi” e “nuovi” ma, per ora, tutti attuali*, in questa *Rivista*, 3, 2019, 104 ss.

<sup>12</sup> La legge n. 28/2000 è stata modificata dalla legge 6 novembre 2003, n. 313, *Disposizioni per l'attuazione del principio del pluralismo nella programmazione delle emittenti radiofoniche e televisive locali*, la quale ha, tra le altre modifiche, introdotto un Capo II dedicato esclusivamente all'emittenza radiotelevisiva locale privata.

<sup>13</sup> Alla disciplina dei messaggi politici elettorali su quotidiani e periodici è dedicato il solo art. 7 della legge n. 28/2000.

anche il sistema televisivo non è rimasto indenne rispetto a queste recenti novità: è sufficiente osservare lo sviluppo delle piattaforme video *on demand* e i cambiamenti che hanno interessato l'organizzazione dei palinsesti delle reti televisive.

E altre sfide si mostrano all'orizzonte: la prossima sarà probabilmente quella dell'intelligenza artificiale, che costituisce già ora un rilevante terreno di riflessione dato che, con tutta probabilità, coinvolgerà profondamente anche il mondo dell'informazione, anche politica, e della diffusione di audiovisivi, specie in rete<sup>14</sup>.

In tale scenario complesso, i confini tra i diversi mezzi di comunicazione tendono a assottigliarsi sempre di più: anche la televisione “sfrutta” i *social media* per interagire con i propri telespettatori e, all'inverso, le piattaforme digitali sono sempre più utilizzate per vedere video e contenuti, come una sorta di “moderna televisione”.

Sulla base di tali premesse è dunque naturale chiedersi: a fronte di tutte queste novità, come è cambiata la modalità con la quale i cittadini si informano, specie sulle questioni di interesse generale? Siamo davvero “distanti anni luce” rispetto al passato?

## **2. La legge n. 28 del 2000: una normativa disegnata sulla televisione generalista**

È noto che il sistema radiotelevisivo italiano costituisce un *unicum* sotto numerosi profili<sup>15</sup>. Per comprendere di quale contesto è “figlia” la legge sulla *par condicio*, è ancora una volta necessario ritornare ai “vizi di origine” dello sviluppo del sistema radiotelevisivo in Italia e al contesto che si era determinato a cavallo del millennio: il duopolio Rai-Mediaset, con un servizio pubblico dominato da logiche di appartenenza politica e un competitore privato capace di drenare una grande parte delle risorse del mercato pubblicitario, impedendo di fatto lo sviluppo di reali concorrenti; la presenza “ingombrante” del proprietario di Mediaset nell'agorà politica; un uso esasperato delle tecniche della comunicazione commerciale anche per la propaganda politica, con il massiccio ricorso a *spot* pubblicitari in campagna elettorale, anche nelle reti private nazionali. Il tutto in un contesto nel quale la televisione costituiva di gran lunga il principale mezzo di informazione degli italiani, per molti l'unico. Secondo i dati Istat concernenti il biennio 2001-2002, oltre il 90% della popolazione italiana – in tutte le fasce d'età – guardava la televisione quotidianamente<sup>16</sup>.

In questo contesto si comprende bene come l'allora maggioranza di centrosinistra, reduce da un clamoroso fallimento dell'obbiettivo “principale” di garantire un effet-

---

<sup>14</sup> Si pensi, ad esempio, alla tecnica dei c.d. *deepfakes* che sfrutta l'intelligenza artificiale per veicolare disinformazione anche in ambito politico. Per un approfondimento su questo tema, si consenta di rimandare a M. Cazzaniga, *Una tecnica (anche) per veicolare disinformazione: le risposte europee ai deepfakes*, in questa *Rivista*, 1, 2023, 170 ss.

<sup>15</sup> Per ricostruire la disciplina concernente la radiotelevisione, formata negli anni tra pronunce della Corte costituzionale e solo successivi – e spesso insufficienti – interventi legislativi, si rinvia a M. Cuniberti-M. Bassini, *I servizi di media audiovisivi* e a G.E. Vigevani, *I media di servizio pubblico*, entrambi in Aa.Vv., *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2022, 395 ss; E. Albanesi-A. Valastro-R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Milano, 2023, 277 ss.

<sup>16</sup> I dati sono reperibili sul [sito web dell'ISTAT](#).

tivo pluralismo dei media audiovisivi<sup>17</sup>, abbia inteso almeno raggiungere l'obiettivo "secondario" di mitigare gli effetti dello strapotere economico e mediatico del principale competitore politico introducendo regole assai dettagliate su tempi e modi della propaganda e dell'informazione politica, specie nel periodo elettorale.

Come noto, la legge n. 28 del 2000 opera una distinzione tra programmi di comunicazione politica<sup>18</sup>, messaggi politici autogestiti<sup>19</sup> e programmi di informazione<sup>20</sup>: l'obiettivo, in tutti i casi, è però comune, ovvero imporre alle emittenti radiotelevisive pubbliche e private di concedere il medesimo "spazio" alle varie formazioni politiche per la diffusione delle proprie opinioni e posizioni, in modo che siano tutte destinatarie di un trattamento paritario, nell'ottica di attuare valori quali l'imparzialità, l'equità nell'accesso al mezzo e il diritto dei cittadini di essere informati correttamente, specie durante le campagne elettorali (art. 1).

A tale "armamentario" di regole specifiche si aggiungono altre prescrizioni rilevanti, quali ad esempio il divieto di pubblicare sondaggi politici o elettorali nei quindici giorni precedenti alla "chiamata alle urne"<sup>21</sup> oltreché una disciplina *ad hoc* per la comunicazione istituzionale durante il periodo elettorale e il divieto, di grande rilievo, per le emittenti nazionali di trasmettere messaggi politici a pagamento<sup>22</sup>.

Una legge che costituisce in qualche modo un "surrogato", in grado solo di mitigare le storture di un sistema radiotelevisivo in palese conflitto con i dettami della giurisprudenza costituzionale<sup>23</sup>, che all'epoca tuttavia rispondeva, con le parole del Giudice delle leggi, ad un «imperativo costituzionale»<sup>24</sup>.

Infatti, come noto, questa è la lettura della Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 155 del 2002<sup>25</sup>, non solo ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2, 3, 4, 5 e 7 della legge 22 febbraio 2000, n. 28, in riferimento agli artt. 3, 21 e 42 della Costituzione, ma ha complessivamente ritenuto tale legge, con le parole di Roberto Zaccaria, una «normativa di attuazione costituzionale»<sup>26</sup> in quanto necessaria ad assicurare che il cittadino possa venire a conoscenza di informazioni da una pluralità di fonti ed a garantire una informazione il più possibile obbiettiva e imparziale.

<sup>17</sup> La legge 31 luglio 1997, n. 249 rinvia sostanzialmente a una data lontana e incerta l'entrata in vigore delle pur timide norme antitrust ivi previste, tanto che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 466 del 20 novembre 2002, dichiarava incostituzionale l'art. 3, comma 7, nella parte in cui «non prevede[va] la fissazione di un termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003, entro il quale i programmi, irradiati dalle emittenti eccedenti i limiti di cui al comma 6 dello stesso art. 3, devono essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo».

<sup>18</sup> Art. 2 per il periodo non elettorale e art. 4 per il periodo elettorale l. 28/2000.

<sup>19</sup> Art. 3 per il periodo non elettorale e art. 4 per il periodo elettorale l. 28/2000.

<sup>20</sup> Art. 5 l. 28/2000.

<sup>21</sup> Art. 8 l. 28/2000.

<sup>22</sup> Art. 9 l. 28/2000.

<sup>23</sup> *Ex plurimis*, sentenze n. 225 del 1974, n. 148 del 1981, n. 826 del 1988, n. 112 del 1993, n. 420 del 1994.

<sup>24</sup> C. cost., 7 maggio 2002, n. 155.

<sup>25</sup> *Ibid.* Per una interessante analisi della pronuncia si rimanda a E. Lamarque, *La comunicazione politica*, in Aa. Vv., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006, 352 ss.

<sup>26</sup> Così l'ha definita Roberto Zaccaria in *Presente e futuro della par condicio*, in M. Manetti-R. Borrello (a cura di), *Il diritto dell'informazione, temi e problemi*, Modena, 2019, 223.

Tale sentenza resta, a nostro avviso, una delle più compiute ricostruzioni sul piano costituzionale del rapporto tra libertà di propaganda politica e garanzia della corretta informazione dei cittadini.

Difatti, non solo le disposizioni della legge non sono ritenute in contrasto con gli artt. 3, 21 e 42 Cost. ma addirittura la normativa è considerata essenziale per garantire parità di *chances* a ciascun competitore, indipendentemente dai mezzi – anche economici – a sua disposizione.

Secondo il Giudice delle leggi, una regolazione particolarmente dettagliata e invasiva in questo ambito è giustificata dalla necessità di rendere effettivo il diritto dei cittadini a essere informati, oltretutto da quella di assicurare una corretta formazione dell'opinione pubblica: equilibrio e uguaglianza<sup>27</sup> sono i valori che la Corte costituzionale ha posto a fondamento di tale disciplina.

I giudici costituzionali hanno basato la propria decisione sull'esistenza, in quel periodo storico, di due presupposti: da un lato, la «particolare forza penetrativa»<sup>28</sup> della televisione, tale da poter causare un «improprio condizionamento nella formazione della volontà degli elettori»<sup>29</sup> e, d'altro lato, la non concreta realizzazione del principio del pluralismo esterno<sup>30</sup>.

Sullo sfondo vi erano poi il «caso Berlusconi»<sup>31</sup>, le persistenti ingerenze politiche, specie governative, sul servizio pubblico nonché la disparità economica dei competitori del mercato<sup>32</sup>.

Se, dunque, la decisione della Corte del 2002 risentiva del contesto legislativo, tecnologico e politico del tempo, occorre inevitabilmente calare i principi in essa espressi nel contesto odierno, per verificare se i presupposti giustificativi della legge sulla comunicazione politica siano ancora validi e attuali e soprattutto se una normativa che detta regole più stringenti per i *media* audiovisivi lineari nazionali (la c.d. «televisione generalista») risponde ancora all'imperativo costituzionale di tutelare la libertà e il pluralismo dell'informazione.

---

<sup>27</sup> G. Stegher, *Da cittadini elettori a cittadini consumatori: osservazioni sull'importanza di regolare le campagne elettorali sui social media*, in *Nomos. La attualità del diritto*, 1, 2023, 10.

<sup>28</sup> C. cost., 7 maggio 2002, n. 155, n. 3 del *considerato in diritto*.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Sul punto si veda, coeva e già richiamata, anche C. cost., 20 novembre 2002, n. 466.

<sup>31</sup> Era quello il tempo del c.d. «editto bulgaro» del 18 aprile 2002, la famosa dichiarazione dell'allora Presidente del Consiglio dei Ministri sull'«uso criminoso» della televisione pubblica da parte di Enzo Biagi, Michele Santoro e Daniele Luttazzi.

<sup>32</sup> Tale aspetto era già stato richiamato dalla Corte costituzionale in una pronuncia del 1964 in tema di affissioni nel periodo elettorale: la Corte statui che le disposizioni oggetto del dubbio di costituzionalità non si ponevano in contrasto con la libera manifestazione del pensiero in quanto si limitavano a disciplinare la materia con norme dirette a regolare il concorso di partiti e cittadini alla propaganda elettorale, in condizioni di effettiva parità, evitando che lo svolgimento della vita democratica sia ostacolato da situazioni economiche di svantaggio o politiche di minoranza. Si veda C. cost., 16 giugno 1964, n. 48.

### 3. Oggi è tutto diverso? La persistente predominanza della televisione come mezzo di informazione

Il sempre più importante utilizzo di Internet e specie dei *social media* come strumento di ricerca di informazioni e notizie potrebbe far pensare che la televisione sia oramai un mezzo obsoleto e poco utilizzato dagli italiani a fini informativi. In realtà non è così: i dati mostrano un consumo medio televisivo superiore alle quattro ore giornaliere, non dissimile a quello di venti anni orsono, sia pure più frammentato. Tale tendenza trova conferma anche per quanto concerne più specificatamente l'informazione.

Secondo un importante rapporto sul consumo dell'informazione redatto da AGCOM nel 2018, nonostante l'influenza in ascesa di Internet, «la televisione si conferma ancora il mezzo con la maggiore valenza informativa, sia per frequenza di accesso anche a scopo informativo, sia per importanza e attendibilità percepite»<sup>33</sup>.

Più di recente, AGCOM ha ribadito «la rilevanza del mezzo [televisivo] nel sistema dell'informazione in termini tanto di numerosità di telespettatori, quanto di risorse economiche posto che [...] la televisione conserva saldamente il primato per ammontare di ricavi realizzati rispetto agli altri *media*»<sup>34</sup>.

Tutti i giorni, infatti, circa il 68,8% degli italiani – decisamente più della metà – utilizza ancora la televisione per informarsi, mentre il medesimo dato concernente Internet si assesta al 41,8%<sup>35</sup>.

Inoltre, i dati sembrano smentire anche il luogo comune di un consumo sempre più riservato alle fasce più “anziane” della popolazione. In realtà, le analisi mostrano che il tempo trascorso dai c.d. “*millenials*” davanti alla televisione è circa di 225 minuti al giorno contro i 117 minuti su Internet<sup>36</sup>.

È dunque un dato di fatto che la televisione, come mezzo di informazione, non possa ancora dirsi affatto superata; al contrario, i dati non sembrano poi così distanti rispetto a quelli dei primi anni 2000.

Altro luogo comune che fatica a trovare conferma nei dati concerne la fine del “duopolio Rai-Mediaset” nella televisione in chiaro. Secondo dati AGCOM, «i primi tre operatori del settore, [ovvero RAI, Mediaset e Comcast/Sky, detengono] ancora il 73% delle risorse complessive»<sup>37</sup> e la predominanza a livello di *share* di Rai e Mediaset è ancora incontestata, data la distanza a cui seguono WB/Discovery, Comcast/Sky e Cairo Communication/La7<sup>38</sup>.

Inoltre, nell'ultimo *report* di AGCOM si registra un dato interessante: infatti, «con riferimento ai principali gruppi televisivi, gli spettatori medi giornalieri nell'intero “intero giorno” vedono Mediaset, per la prima volta nell'arco temporale considerato, superare Rai (3,09 vs 3,04 milioni di spettatori), con la concessionaria pubblica che rispetto al

<sup>33</sup> AGCOM, Servizio economico-statistico, *Rapporto sul consumo di informazione*, febbraio 2018, II.

<sup>34</sup> AGCOM, *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, 19 luglio 2023, 41.

<sup>35</sup> AGCOM, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., II.

<sup>36</sup> Ivi, 11.

<sup>37</sup> AGCOM, *Relazione annuale 2023 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, cit., 42.

<sup>38</sup> AGCOM, *Osservatorio sulle comunicazioni n. 1/2024*, 20 ss.

2022 perde circa 160 mila ascolti giornalieri mentre quelli di Mediaset mostrano una più contenuta flessione pari a 20 mila telespettatori<sup>39</sup>.

Non meglio la questione del “pluralismo interno”<sup>40</sup>: considerati i più recenti episodi di ingerenza governativa nell’assetto del servizio pubblico televisivo e addirittura nella definizione del palinsesto, la Rai pare attraversare una fase assai preoccupante in termini di autonomia e indipendenza rispetto al potere politico, tanto che si stanno ridestando anche a livello europeo quelle preoccupazioni che caratterizzarono i primi anni Duemila<sup>41</sup>.

Una certa spregiudicatezza della attuale maggioranza ha riguardato anche l’interpretazione della stessa normativa sulla *par condicio* per la campagna elettorale per le elezioni europee del giugno 2024. Si è assistito, infatti, all’adozione da parte della Commissione parlamentare per l’indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi di un provvedimento in materia di comunicazione politica, messaggi autogestiti e informazione della Rai<sup>42</sup> differente nei contenuti da quello adottato dall’Autorità concernente le reti private<sup>43</sup>, con l’esito paradossale che le regole destinate al servizio pubblico presentano minori vincoli rispetto a quelli previsti invece in capo alle reti emittenti private, in particolare con riferimento alla presenza dei soggetti istituzionali (e, dunque, dei membri del Governo)<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> AGCOM, *Comunicato stampa osservatorio sulle comunicazioni 1/2024*, 29 aprile 2024, 3.

<sup>40</sup> Ricordiamo che la Corte costituzionale, con sentenza 26 giugno 2002, n. 284 segnalò la questione del “pluralismo interno”, ribadendo l’obbligo che grava in capo al servizio pubblico radiotelevisivo di assicurare una informazione completa, di adeguato livello professionale e rigorosamente imparziale nel riflettere il dibattito tra i diversi orientamenti politici che si confrontano nel paese. Usando le parole della Corte, «solo sulla RAI grava l’obbligo di assicurare il servizio pubblico, il quale ha funzione di riequilibrio nel contesto di un sistema fondato sul doppio pilastro del pluralismo esterno e del pluralismo interno».

<sup>41</sup> A titolo di esempio, nell’agosto 2023, dopo le dimissioni di Carlo Fuortes dal ruolo di amministratore delegato della Rai e di alcuni giornalisti e conduttori molto noti dell’emittente pubblica, alcuni europarlamentari hanno presentato una *interrogazione scritta* alla Commissione europea in tema di ingerenze nei fornitori di *media* di servizio pubblico in Italia, constatando il recente accrescimento dell’«influenza del governo sulla linea editoriale e sulla programmazione» della Rai. *In risposta a tale interrogazione*, si è pronunciato in nome della Commissione Thierry Breton, commissario europeo per il mercato interno e i servizi, dichiarando che «la Commissione è consapevole dei rischi di interferenza politica che incidono sull’indipendenza dei media del servizio pubblico in Italia». Del resto, come ricorda anche Breton, nella Relazione sullo stato di diritto 2023 concernente lo Stato italiano, è stato chiaramente spiegato che «i *media* del servizio pubblico svolgono un ruolo fondamentale nel panorama dei *media* e occorre rafforzare le salvaguardie della loro indipendenza editoriale e finanziaria. Non si constatano sviluppi per quanto riguarda il quadro normativo che disciplina la *governance* e i sistemi di finanziamento dei mezzi di informazione del servizio pubblico RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.a. (RAI), malgrado l’esigenza, menzionata nella relazione sullo Stato di diritto 2022 e nell’Osservatorio del pluralismo dei media (*Media Pluralism Monitor*, MPM) 2023, di una riforma che permetta alla RAI di resistere meglio ai rischi di influenze politiche e dipendenza finanziaria nei confronti del governo». Si veda Commissione europea, *Relazione sullo Stato di diritto 2023. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia*, 5 luglio 2023, 21.

<sup>42</sup> Commissione parlamentare per l’indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, provvedimento del 9 aprile 2024, G.U. serie generale n. 87 del 13 aprile 2024.

<sup>43</sup> AGCOM, *Disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alla campagna per l’elezione dei membri del parlamento europeo spettanti all’Italia fissata per i giorni 8 e 9 giugno 2024*, delibera n. 90/24/cons.

<sup>44</sup> Art. 4, commi 4 e 6, provvedimento 9 aprile 2024, commissione parlamentare per l’indirizzo generale

E che la televisione conservi ancora una centralità nelle campagne elettorali è dimostrato da un'altra recentissima vicenda riguardante l'interpretazione delle regole sulla comunicazione politica: la cancellazione del confronto televisivo tra Giorgia Meloni ed Elly Schlein, dopo che Agcom aveva indicato alcune condizioni necessarie affinché la normativa in materia di *par condicio* non fosse violata<sup>45</sup>.

Anche tali vicende confermano che la disciplina sulla *par condicio* continua ad avere logica e fondamento nel contesto attuale: di più, a nostro avviso, una normativa *ad hoc* sui servizi di media audiovisivi lineari costituisce ancora un imperativo costituzionale. Ciò non significa ovviamente considerare la legislazione vigente un totem immodificabile; sono, infatti, numerose le norme che necessitano un profondo ripensamento. Tuttavia, sembra ancora attuale quel “nucleo duro” di principi che, se stravolto, porrebbe a rischio il diritto di essere informati in modo plurale e, dunque, la libera formazione del consenso.

Sembra questa anche la prospettiva di AGCOM<sup>46</sup>: il Consiglio dell'Autorità, nell'ambito del potere di «segnalare al Governo l'opportunità di interventi, anche legislativi, che possano contribuire all'evoluzione, sul piano interno ed internazionale, del settore delle comunicazioni»<sup>47</sup>, in un recente intervento ha inteso «formulare alcune osservazioni e proposte in ragione dell'esigenza di una revisione della normativa vigente in materia»<sup>48</sup>.

La necessità di un “ammodernamento” della disciplina, a detta di AGCOM, deriva dalle «criticità emerse a livello applicativo nel corso degli anni passati ma anche, e soprattutto, dall'evoluzione del contesto tecnologico e sociale di riferimento»<sup>49</sup>.

Quali sono, dunque, le problematiche segnalate da AGCOM?

Innanzitutto, l'ambito applicativo della legge del 2000 risulta “disallineato” rispetto al contenuto del Testo unico dei servizi di media audiovisivi<sup>50</sup>, in quanto l'attuale sistema radiotelevisivo comprende nuovi soggetti che trasmettono in chiaro che nel 2000 non erano ancora concessionari analogici (come SKY, Cielo e altre): data questa circostanza, questi ultimi non sono tenuti al rispetto degli obblighi circa la trasmissione di programmi di comunicazione politica<sup>51</sup>.

Per quanto riguarda, poi, la disciplina dei programmi di informazione *ex art.* 5, l. 28/2000, le principali problematiche concernono «il passaggio dal piano programmatico alla traduzione operativa dei principi di equilibrio e imparzialità che devono con-

---

e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi.

<sup>45</sup> Su tale vicenda si rinvia al comunicato stampa dell'Autorità, nonché a *Rai: salta il faccia a faccia Meloni-Schlein per mancanza di maggioranza*, il Sole 24 ore, 16 maggio 2024.

<sup>46</sup> Per approfondire il ruolo di AGCOM in questo ambito si veda M. R. Allegri, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, Milano, 2020, 102 ss.

<sup>47</sup> AGCOM, *Segnalazione al governo*, cit., 2.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, *Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato*.

<sup>51</sup> AGCOM, *Segnalazione al Governo*, cit., 19-20.

traddistinguere tale fattispecie, allo stato in un contesto comunicativo profondamente diverso da quello preso a riferimento dal legislatore della legge 28/2000<sup>52</sup>. Tra l'altro, alcuni commentatori sottolineano che la definizione concreta dei criteri di parità di trattamento, obiettività, completezza e imparzialità dell'informazione ha spesso generato critiche a causa della loro indeterminatezza, oltreché per la riserva di eccessiva discrezionalità all'Autorità nell'attuazione di questa normativa<sup>53</sup>.

Anche la disciplina della "comunicazione politica" risulta oramai obsoleta: a causa dell'evoluzione dei programmi televisivi e del modesto interesse degli spettatori per questa tipologia di trasmissioni<sup>54</sup>, ne è derivata una «perdita di rilevanza della fattispecie, vanificandone il ruolo di "baricentro" della *par condicio*»<sup>55</sup>.

La stessa distinzione tra comunicazione politica e programmi di informazione risulta superata, perché i generi e i formati televisivi risultano sempre meno distinti in modo netto<sup>56</sup>.

Oltre a quelle già richiamate, sono numerose le proposte di AGCOM: la previsione *ex lege* di un limite di durata dei messaggi politici autogestiti a pagamento per le emittenti locali, in modo da evitarne l'utilizzo distorto<sup>57</sup>; l'importanza di recepire in via normativa le novità introdotte da AGCOM in materia di divieto di sondaggi elettorali nei quindici giorni precedenti al voto<sup>58</sup>; viene inoltre segnalata l'assenza di un apparato di sanzioni pecuniarie in caso del mancato rispetto delle disposizioni ivi previste<sup>59</sup>.

A conclusione di questo ragionamento interamente dedicato alla *par condicio* in rapporto alla televisione e per rispondere ad uno degli interrogativi posti in apertura, non pare esservi dubbi circa la persistente attualità di una disciplina che regoli analiticamente l'informazione politica in televisione.

Riprendendo le parole di Donatella Morana, «deregolamentare la comunicazione radiotelevisiva significherebbe frustrare del tutto le (buone) ragioni che sono alla base della disciplina della l. n. 28/2000»<sup>60</sup>; resta dunque l'auspicio di un intervento riformatore che confermi la logica della normativa e la allinei all'attuale assetto dei media audiovisivi.

<sup>52</sup> Ivi, 23.

<sup>53</sup> M. R. Allegri, *Oltre la par condicio*, cit., 99.

<sup>54</sup> AGCOM, *Segnalazione al Governo*, cit., 32.

<sup>55</sup> Ivi, 23.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Ivi, 33-34.

<sup>58</sup> Ivi, 38-40.

<sup>59</sup> Ivi, 40-44.

<sup>60</sup> D. Morana, *La "legislazione di contorno" del voto referendario in Italia: la disciplina della comunicazione*, in *La democrazia diretta in Italia, Polonia e Unione europea – Atti del VII Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali*, Palermo, 2018, 319-320.

#### 4. Informazione politica e *social network*: quali spazi per la *par condicio online*?

Come già accennato in apertura, Internet, le piattaforme digitali e i *social network* non sono menzionati tra i mezzi di comunicazione a cui si applicano le regole sulla *par condicio*.

Un dato interessante: in realtà, nell'originario disegno di legge governativo, un riferimento all'universo digitale era effettivamente previsto, in quanto l'art. 1 richiamava i c.d. "servizi in rete"<sup>61</sup>. Tuttavia, durante l'*iter* parlamentare di approvazione della legge, già a partire dalla prima lettura alla Camera<sup>62</sup>, la locuzione fu eliminata e per questa ragione la principale "destinataria" della normativa è rimasta la radiotelevisione (insieme, a margine, ai quotidiani e ai periodici). Tale aspetto è però rilevante perché fa comprendere che, già agli albori del nuovo millennio, il Governo si era posto il problema – e aveva percepito la necessità – di disciplinare la comunicazione politica anche *online*. È proprio questo, infatti, uno dei quesiti fondamentali che ci si è posti in apertura: la disciplina sulla *par condicio* può essere estesa anche a Internet? E ora a questo interrogativo se ne aggiungono altri: è necessaria una disciplina legislativa per la comunicazione politica *online* o è sufficiente una qualche forma di autoregolamentazione da parte delle piattaforme? La disciplina vigente per la radiotelevisione – seppur nella prospettiva di una sua modifica nel senso sopra delineato – può essere estesa anche al mondo digitale oppure è necessaria, eventualmente, una normativa pensata *ad hoc* proprio per le peculiarità che caratterizzano la rete?

Il problema si pone, è ovvio<sup>63</sup>: in un mondo digitalizzato come quello attuale, la comunicazione politica si "nutre" anche dei "frutti" di Internet, mezzo che è in grado di ridurre le distanze tra il singolo elettore e l'esponente politico – creando una sorta di «campagna elettorale permanente»<sup>64</sup> – e che permette al singolo cittadino di partecipare più facilmente e attivamente al dibattito politico.

La questione assume rilevanza "numeri alla mano": è sicuramente vero che la televisione si conferma indiscussa protagonista tra i mezzi di informazione, ma Internet sta divenendo uno strumento sempre più utilizzato a questi fini. I dati di recente resi pubblici da AGCOM<sup>65</sup> sono significativi: nel dicembre 2023, più di 44 milioni di utenti unici si sono collegati a Internet (564 mila utenti in più rispetto a dicembre 2022) per una media di oltre 65 ore e 43 minuti complessivi. E tra questi, più di 37 milioni si

<sup>61</sup> R. Borrello, *La disciplina dell'informazione radiotelevisiva quale forma di comunicazione politica in Italia: profili generali e campagna elettorale per le elezioni politiche del 2022*, in *Populus. Revista jurídica de escola judiciária eleitoral de Bahia*, 13, 2022, 200.

<sup>62</sup> I. Spadaro, *Comunicazione politica e democrazia digitale*, cit., 21.

<sup>63</sup> Come ricorda Ottavio Grandinetti, sin dal 2007 «gli organi del Consiglio d'Europa [...] si sono più volte occupati della copertura mediatica delle campagne elettorali». Si veda O. Grandinetti, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, cit., 119. Il tema è oggetto di attenzione anche nel contesto europeo, come ricorda l'AGCOM. Si veda la ricostruzione dell'Autorità sul tema dell'evoluzione del quadro normativo comunitario in AGCOM, *Segnalazione al governo*, cit., 15 ss.

<sup>64</sup> D. Servetti, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, cit., 194.

<sup>65</sup> Tutti i dati relativi alle piattaforme *online* organizzati in grafici sono disponibili in AGCOM, *Osservatorio sulle comunicazioni n. 1/2024*, aprile 2022, 32-39.

sono collegati a siti o applicazioni di informazione generalista.

D'altro canto, la comunicazione (anche politica) diffusa *online* è caratterizzata da una serie di peculiarità che complicano non di poco il quadro di partenza: il problema del pluralismo esterno *online*, considerati i pochi “colossi” che si spartiscono il mercato del digitale, la disinformazione, il tema molto attuale della c.d. privatizzazione della censura e del controllo preventivo sui contenuti postati dagli utenti (politici compresi), il discusso diritto per esponenti e partiti politici di avere accesso ai *social network* per divulgare le proprie idee politiche, il formarsi di opinioni sempre più polarizzate a causa di meccanismi come quello originato dalle *filter bubbles*, il *microtargeting* e la profilazione nella comunicazione politico-elettorale, solo per citarne alcuni<sup>66</sup>.

Nel silenzio del legislatore, finora il ruolo principale in questo settore lo ha svolto ancora una volta AGCOM<sup>67</sup>: nei più recenti regolamenti attuativi della legge 28 del 2000<sup>68</sup>, si è cercato di delineare quali tra le regole ivi contenute potrebbero essere imposte anche *online*, proprio alla luce di una «crescente e avvertita esigenza di rendere effettiva la tutela del pluralismo anche sulle piattaforme digitali»<sup>69</sup>. A ciò si affiancano gli interventi di autoregolamentazione delle piattaforme digitali, le quali prevedono *policies* specifiche in materia di pubblicazione di contenuti politici<sup>70</sup>.

Volendosi concentrare sugli interventi di AGCOM, si può notare come gli stessi propongano di estendere alle piattaforme digitali alcune regole previste dalla legge sulla

<sup>66</sup> Ovviamente i problemi che la rete pone, anche rispetto alla sfera politica, sono numerosi e non si ha la pretesa di essere esaustivi nel richiamarli tutti. Si occupano di analizzare nello specifico questi aspetti M. R. Allegri, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, cit., 19 ss; M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2019, 811 ss; si permetta anche di rimandare a G.E. Vigevani, *Dal “caso Casapound” del 2019 alla “sentenza Casapound” del 2022: piattaforme digitali, libertà d’espressione e odio on line nella giurisprudenza italiana*, in questa *Rivista*, 2, 2023, 142 ss; C. Hassan-C. Pinelli, *Disinformazione e democrazia. Populismo, rete e regolazione*, Venezia, 2022.

<sup>67</sup> AGCOM e la Commissione parlamentare per l’indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi adottano le previsioni attuative della legge n. 28/2000.

<sup>68</sup> AGCOM, *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, 1° febbraio 2018; AGCOM, *Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia*, 15 maggio 2019; AGCOM, *Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante le campagne per il referendum popolare confermativo relativo al testo della legge costituzionale recante “Modifiche degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari”*, e per le elezioni del Presidente della Giunta Regionale e del Consiglio Regionale delle Regioni Liguria, Veneto, Toscana, Marche, Campania, Puglia e Valle d’Aosta, indette per i giorni 20 e 21 settembre 2020, 5 agosto 2020; AGCOM, *Disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alle campagne per le elezioni della camera dei deputati e del senato della repubblica indette per il 25 settembre 2022*, 3 agosto 2022; da ultimo, in relazione alle elezioni europee del 2024, AGCOM, *Disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alla campagna per l’elezione dei membri del parlamento europeo spettanti all’Italia fissata per i giorni 8 e 9 giugno 2024*, delibera n. 90/24/cons, 12 aprile 2024.

<sup>69</sup> AGCOM, *Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante le campagne per il referendum popolare confermativo relativo al testo della legge costituzionale recante “Modifiche degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari”*, e per le elezioni del Presidente della Giunta Regionale e del Consiglio Regionale delle Regioni Liguria, Veneto, Toscana, Marche, Campania, Puglia e Valle d’Aosta, indette per i giorni 20 e 21 settembre 2020, cit.

<sup>70</sup> Per un approfondimento su questo tema si rimanda a P. Bonini, *L’autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 11, 2020, 265 ss.

*par condicio*.

Innanzitutto, viene posto l'accento sulla garanzia della c.d. parità di accesso, ovvero la necessità che ai soggetti politici sia assicurato, nel rispetto dei principi di imparzialità ed equità, l'accesso agli strumenti di informazione e comunicazione politica forniti dalle piattaforme digitali, tra cui, soprattutto, Facebook e Google.

Si sottolinea poi l'importanza della trasparenza dei messaggi pubblicitari elettorali, suggerendo di imporre alle piattaforme l'obbligo di indicare espressamente la natura di messaggio pubblicitario a scopo elettorale e il soggetto committente<sup>71</sup>.

Potrebbe essere utile specificare nel testo della legge l'estensione anche ai *social network*, in attuazione del principio di uguaglianza tra mezzi di comunicazione, del divieto di sondaggi nei quindici giorni antecedenti al voto, previsto *ex art.* 8 l. 28/2000 e definire le procedure che permettano la segnalazione all'autorità i contenuti che violano questo divieto.

Nella stessa logica, la previsione espressa per gli *account social* istituzionali delle amministrazioni pubbliche dell'obbligo di rispettare la disciplina contenuta all'interno dell'art. 9 della legge, obbligo già sancito dall'Autorità nei suoi più recenti provvedimenti.

Infine, bisognerebbe estendere la disciplina sul silenzio elettorale<sup>72</sup> anche alle comunicazioni via *social*.

Alcune di queste misure sono state ribadite anche nella delibera n. 90/24/CONS, recante disposizioni di attuazione della legge sulla *par condicio* per l'elezione dei membri del Parlamento europeo fissata per l'8 e il 9 giugno 2024, dove l'Autorità ha dedicato una parte alle "piattaforme per la condivisione di video e *social network*"<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Il tema della pubblicità politica *online* è di particolare rilievo: le inserzioni pubblicitarie con cui l'utente viene in contatto quando naviga in rete, infatti, spesso non sono le medesime che vengono proposte per gli altri internauti. Attraverso un'attività di profilazione, l'algoritmo "intercetta" le preferenze, anche politiche, del singolo utente al fine di proporgli una pubblicità politica mirata sulla base dei propri interessi (dedotti sulla base delle ricerche e delle interazioni prodotte dagli utenti), senza permettergli invece di conoscere altri punti di vista diversi dal proprio. Come rileva Roberto Borrello, siamo ben lontani dalla «logica del manifesto elettorale affisso sui muri e lo spot televisivo diffuso dalla tv circolare, uguale per tutti i destinatari». Si veda R. Borrello, *La par condicio nella campagna elettorale delle elezioni politiche del 25 settembre 2022: profili generali e alcuni casi specifici*, cit., 19.

<sup>72</sup> Nell'ordinamento giuridico italiano, è l'art. 9 della legge 4 aprile 1956, n. 212, a prevedere la disciplina sul silenzio elettorale.

<sup>73</sup> Il testo dell'art. 30, denominato «tutela del pluralismo sulle piattaforme *online*» prevede che «1. Le piattaforme *online* sono tenute ad assumere ogni utile iniziativa volta ad assicurare il rispetto dei principi di tutela del pluralismo della libertà di espressione, dell'imparzialità, indipendenza e obiettività dell'informazione nonché ad adottare misure di contrasto ai fenomeni di disinformazione anche in conformità agli impegni assunti nell'ambito del *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022* e alle previsioni recate negli Orientamenti per i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi sulla mitigazione dei rischi sistemici per i processi elettorali adottati dalla Commissione europea il 26 marzo 2024. 2. Nell'ambito di tali orientamenti, le piattaforme online e i motori di ricerca designati assicurano la previsione di attività di *fact-checking* da parte di organizzazioni indipendenti, la trasparenza e la riconoscibilità dei profili o account social provenienti direttamente o indirettamente da Paesi terzi, la chiara identificazione dei messaggi politici a pagamento, l'adozione di strumenti di mitigazione relativi ai contenuti disinformativi prodotti dall'intelligenza artificiale generativa. Le piattaforme assicurano l'accesso a informazioni ufficiali sul processo elettorale, promuovono iniziative di educazione ai media e garantiscono la moderazione dei contenuti che minacciano l'integrità del processo elettorale. 3. Nell'ambito del Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme online è assunta ogni utile iniziativa al fine di promuovere l'adozione condivisa e

La logica dell'approccio dell'Autorità pare dunque quella di estendere ai *social network* parte del “nocciolo duro” della disciplina sulla *par condicio*<sup>74</sup>, posizione in linea di principio condivisibile, mentre pare assai più problematico introdurre per via legislativa regole più stringenti in capo alle piattaforme digitali al fine di calcolare i tempi della comunicazione politica *online* nel modello di quella televisiva. Tale prospettiva pare aprire la via a una equiparazione tra la piattaforma e un editore, con l'assunzione a carico delle prime di un obbligo di controllo del flusso delle informazioni non solo impossibile ma anche, a vostro avviso, del tutto non desiderabile.

Del resto, questa strada non è percorsa nemmeno a livello europeo: il *Digital Services Act*<sup>75</sup> contiene una disciplina «volutamente minimalista»<sup>76</sup> circa la responsabilità dei soggetti titolari delle piattaforme. Invero, nonostante la precedente Direttiva *e-commerce*<sup>77</sup> del 2000 fosse nata per disciplinare un mondo digitale “primordiale” rispetto agli sviluppi odierni, l'Unione Europea ha deciso di confermare la regola dell'assenza di un generale dovere di sorveglianza dell'*Internet service provider*. La ragione di questa conferma risiede probabilmente anche nel fatto che gravare di maggiori responsabilità il titolare della piattaforma per i contenuti che ospita comporterebbe un aumento delle rimozioni precauzionali per evitare sanzioni in caso di inadempimento degli stringenti obblighi di controllo, causando così più frequenti e ingerenti limitazioni della libertà di espressione<sup>78</sup>.

Infatti, un obbligo di controllo eventualmente imposto ai *social network*, proprio a causa dell'influenza sempre maggiore che questi eserciteranno in futuro, sarebbe probabilmente ancora più pericoloso e insidioso dell'attuale situazione di sostanziale duopolio che da decenni altera la genuinità del mercato televisivo.

Il rischio da evitare nel mondo digitale, infatti, è quello di fallire nel garantire il fondamentale valore del pluralismo, come è già avvenuto per la radiotelevisione. E lo scenario attuale è tutt'altro che rassicurante, dato che vede protagonisti in questo settore pochi grandi colossi, nelle mani dei quali viene accentrato il compito di stabilire cosa può e cosa non può avere “diritto di cittadinanza” *online*.

Inoltre, in materia di comunicazione politica *online*, a nostro avviso non sussiste un dovere di intervento costituzionalmente imposto: ad esempio, in capo alla piattaforma

---

coordinata di misure di contrasto ai fenomeni di disinformazione e lesione del pluralismo informativo online, fermi restando gli impegni assunti nell'ambito del *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022* di cui al comma 1.

4. Le piattaforme online assicurano il rispetto delle disposizioni degli articoli 8 e 9 della legge n. 28/2000 e dell'articolo 27 del presente regolamento».

<sup>74</sup> M. Bellezza-F. Frigerio, *Italy: first attempt to (self)regulate the online political propaganda*, in *medialaws.eu*, 6 febbraio 2018.

<sup>75</sup> [Regolamento UE 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE \(regolamento sui servizi digitali\)](#).

<sup>76</sup> C. Hassan-C. Pinelli, *Disinformazione e democrazia. Populismo, rete e regolazione*, cit., 116.

<sup>77</sup> [Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno \(«Direttiva sul commercio elettronico»\)](#).

<sup>78</sup> F. Graziadei-A. Romano, *Mercati Digitali e informazione online: la mano delicata ma decisa dell'Unione europea con il Digital Services Act e il Digital Markets Act*, in *medialaws.eu*, 18 luglio 2022.

digitale non grava l'obbligo di assicurare pari visibilità alle formazioni politiche e, del resto, rimane minoritaria in dottrina la tesi che sostiene l'esistenza di un vero e proprio diritto dell'esponente politico o del suo partito ad avere un *account social* tramite il quale divulgare le proprie idee<sup>79</sup>.

Se proprio si dovesse pensare all'imposizione di un obbligo in capo ai gestori delle piattaforme digitali, dovrebbe essere quello di ritornare alla loro originaria posizione di neutralità<sup>80</sup>, con la predisposizione di algoritmi trasparenti – almeno durante il periodo elettorale – che permettano a tutti i pensieri, le informazioni e le opinioni di essere veicolati liberamente, assicurando così il *free marketplace of ideas* tanto radicato nella cultura giuridica occidentale.

In questa logica, ad esempio, sarebbe saggio porre limiti alle sponsorizzazioni elettorali, in modo da rendere l'algoritmo il più neutro possibile: questo permetterebbe all'utente di ricevere messaggi politici pubblicitari da parte di tutti i candidati alle elezioni in condizioni di parità, così da non privilegiare solo coloro che hanno maggiori disponibilità economiche da investire. Un approccio di questo tipo permetterebbe di attuare uno dei principi fondanti della normativa sulla *par condicio*, ovvero quello del “*money shall not talk*”.

Concludendo questo ragionamento, ci sembra del tutto illogico estendere l'intera disciplina sulla *par condicio*, che nasce “calibrata” rispetto al solo mezzo televisivo, considerato che televisione e rete sono mezzi di comunicazione con caratteristiche non sovrapponibili: questo fa sì che le regole sviluppate in passato per la comunicazione politica in tv possano non essere automaticamente applicabili anche alle piattaforme digitali<sup>81</sup>.

## 5. Quale futuro per la *par condicio*? Qualche riflessione conclusiva

Per concludere il ragionamento in tema di *par condicio*, sembra utile ritornare ad alcune “risalenti” questioni di diritto costituzionale ancora irrisolte: tra queste possiamo ricordare la non raggiunta autonomia del servizio pubblico radiotelevisivo, la persistente necessità di superare la concentrazione di poteri nel settore mediatico, la difficile attuazione del valore del pluralismo informativo e infine il legame – spesso non trasparente – tra informazione e poteri politici ed economici<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Questo tema è stato recentemente approfondito più nello specifico in G.E. Vigevari, *Dal “caso Casapound” del 2019 alla “sentenza Casapound” del 2022: piattaforme digitali, libertà d'espressione e odio on line nella giurisprudenza italiana*, cit.

<sup>80</sup> Roberto Borrello ha infatti constatato che le piattaforme digitali hanno assunto sempre maggiori poteri di condizionamento, abbandonando sempre di più la loro «originaria posizione di neutralità, connessa all'attività di *hosting*». Si veda R. Borrello, *La par condicio nella campagna elettorale delle elezioni politiche del 25 settembre 2022: profili generali e alcuni casi specifici*, cit., 18.

<sup>81</sup> M. Monti, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?*, in *DPCE online*, n. sp., 2021, 1284; B. Caravita, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 2, 2019, 4.

<sup>82</sup> Su quest'ultimo tema, ci permettiamo di rinviare a G.E. Vigevari, *Informazione e potere*, in M. Cartabia-M. Ruotolo (diretto da), *Potere e Costituzione, Enciclopedia del Diritto, I tematici*, vol. 5, Milano, 2023, 219 ss.

Del resto, si tratta di problematiche di interesse anche europeo. Per citare un esempio concreto, è possibile fare riferimento al c.d. *Digital Markets Act*<sup>83</sup>: tale regolamento europeo ha introdotto misure che dovrebbero rendere il mercato nel settore del digitale più concorrenziale, cercando di superare l'attuale situazione di sostanziale oligopolio, nel quale gli attori privati detengono poteri economici e di influenza estremamente rilevanti. Lo scopo del regolamento sembra essere quello di rendere effettivo il principio del pluralismo esterno nel mercato delle piattaforme digitali. O, più di recente, si può richiamare il Regolamento UE 2024/1083 (*l'European Media Freedom Act*)<sup>84</sup> che, *inter alia*, stabilisce al *considerando 31* che gli Stati membri «istituiscano garanzie giuridiche efficaci per il funzionamento indipendente dei fornitori di media di servizio pubblico in tutta l'Unione, senza che siano influenzati da interessi governativi, politici, economici o privati».

Se dunque si considerano tali questioni come ancora attuali, si comprende facilmente come le problematiche che quasi venticinque anni fa hanno giustificato l'adozione della disciplina sulla *par condicio* sono in realtà tutt'oggi insolute.

Il punto è proprio questo: finché non si raggiungerà uno standard accettabile per quanto concerne la garanzia del pluralismo e dell'indipendenza dei media rispetto al potere politico ed economico, qualsiasi normativa in questi settori rimarrà solamente un succedaneo se non addirittura un placebo.

La legge n. 28 del 2000 era, già all'epoca, nient'altro che un surrogato volto al tentativo di risolvere una serie di problematiche reali derivanti dall'esistenza di un ambiente mediatico tutt'altro che salubre. Ed è anche a causa di tale circostanza che i risultati applicativi negli ultimi vent'anni non sono stati del tutto soddisfacenti: in assenza di garanzie di pluralismo interno o esterno e in presenza di alcune anomalie italiane rimaste "irrisolte", sulla normativa in materia di *par condicio* è finito «con lo scaricarsi un peso (quello di riequilibrare il sistema nel suo complesso) che questa disciplina non è [stata] in grado, da sola, di supportare»<sup>85</sup>. Del resto, lo stesso legislatore era ben conscio che non è certo decisivo tanto il "tempo di parola" quanto piuttosto il potere di dettare l'agenda e di definire i temi del dibattito pubblico.

Nonostante tutto, riteniamo che la legge sulla *par condicio* non debba essere "smantellata". E questo perché il substrato dell'*affaire* radiotelevisione è lo stesso del passato: da un lato, il pluralismo (interno ed esterno) è ancora lungi dall'essere realizzato e, d'altro lato, la radiotelevisione si conferma ancora il principale mezzo di informazione degli italiani.

È chiaro che, come già accennato, sarebbe certamente opportuno intervenire sulla normativa, al fine di superare le «insufficienze che [la legge] ha manifestato e che ri-

<sup>83</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

<sup>84</sup> Regolamento (UE) 2024/1083 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno e che modifica la direttiva 2010/13/UE (regolamento europeo sulla libertà dei media).

<sup>85</sup> O. Grandinetti, *La par condicio nei programmi di informazione: alcuni sviluppi più recenti*, in M. Manetti-R. Borrello (a cura di), *Il diritto dell'informazione, temi e problemi*, Modena, 2019, 202.

chiederebbero interventi correttivi»<sup>86</sup>.

Passando al tema della possibile previsione di una disciplina sulla *par condicio* “online”, pare necessario anzitutto distinguere correttamente i vari mezzi di informazione: date le importanti differenze tra la radiotelevisione e Internet, una estensione acritica della disciplina sulla *par condicio* non sembra essere l’approccio corretto. Anche perché bisogna tenere a mente che la legge n. 28/2000 sacrifica oggettivamente diritti di fondamentale rilievo costituzionale e per questo deve essere sottoposta ad uno *strict scrutiny*: se questo vale per il suo mantenimento “in vita”, vale tanto più per una sua estensione ai nuovi mezzi di comunicazione.

Quale, allora, il nostro approccio sulla relazione tra comunicazione politica e mondo dell’informazione digitale?

È sicuramente opportuno estendere alcune regole basilari della comunicazione politica anche alla rete, soprattutto in materia di divieto di sondaggi (se si ritiene che tale norma abbia senso), di silenzio elettorale, di comunicazione istituzionale ma anche di parità di trattamento dei soggetti politici, senza tuttavia imporre obblighi di controllo troppo stringenti in capo ai gestori della rete.

Le uniche regole ragionevoli da imporre ai *social network* dovrebbero gravitare tutte attorno al principio di trasparenza<sup>87</sup>, ovvero il “faro” per qualsiasi tipo di intervento in questo settore: l’obbiettivo principale deve essere quello di non impoverire il dibattito pubblico *online* ma, di contro, rendere manifesto “da chi” proviene l’informazione presente in rete. Insomma, *online* dovrebbe essere vietato ogni controllo di tipo oggettivo, quindi sul merito del contenuto postato, mentre andrebbero favoriti i controlli di tipo soggettivo, cioè volti a rendere conosciuta l’identità di chi immette l’informazione *online*.

Questa direzione è coerente, ad esempio, con quanto suggerito anche da AGCOM riguardo ai messaggi politici elettorali: ciò che viene chiesto alle piattaforme digitali è di verificare, prima della pubblicazione del contenuto, l’*account* di chi inserisce i contenuti, per constatare che non si tratti di un *account* falso o un *bot*<sup>88</sup>.

In un settore che allo stato dell’arte attuale è disciplinato principalmente da strumenti di *soft-law*<sup>89</sup>, sentiamo di condividere la necessità di «approccio necessariamente mul-

<sup>86</sup> Così E. Cheli, *Presente e futuro dell’informazione elettorale*, in M. Manetti-R. Borrello (a cura di), *Il diritto dell’informazione, temi e problemi*, Modena, 2019, 194.

<sup>87</sup> Si permetta di rimandare anche a G.E. Vigevari, *Dal “caso Casapound” del 2019 alla “sentenza Casapound” del 2022: piattaforme digitali, libertà d’espressione e odio on line nella giurisprudenza italiana*, cit., 142 ss; G. E. Vigevari, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Diritto costituzionale*, 1, 2023, 41 ss.

<sup>88</sup> AGCOM, *Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante le campagne per il referendum popolare confermativo relativo al testo della legge costituzionale recante “Modifiche degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari”, e per le elezioni del Presidente della Giunta Regionale e del Consiglio Regionale delle Regioni Liguria, Veneto, Toscana, Marche, Campania, Puglia e Valle d’Aosta, indette per i giorni 20 e 21 settembre 2020*, cit., 5.

<sup>89</sup> Sull’utilità degli strumenti di *soft-law* le voci in dottrina si dividono: alcuni ritengono questi strumenti utili, anche per la loro intrinseca flessibilità; altri li criticano, considerandoli degli strumenti troppo deboli e non cogenti. Donatella Morana cerca di considerarne gli aspetti positivi, mettendo in risalto che «per un soggetto politico, infatti, non attenersi alle Linee guida significherebbe comunque tenere un comportamento che, sempre dal punto di vista della comunicazione politica, potrebbe essere utilmente sfruttato dagli avversari per evidenziare l’inaffidabilità, l’incapacità di rispettare le regole, la slealtà ecc. del violatore». Si veda D. Morana, *La “legislazione di contorno” del voto referendario in Italia: la disciplina della*

tidisciplinare»<sup>90</sup>. L'azione che ci sembra più appropriata dovrebbe deve quindi essere coordinata su più fronti: non è sufficiente intervenire sulla disciplina elettorale di contorno, ma bisogna adottare una strategia complessa che coinvolge anche il piano della concorrenza, della *privacy* e della trasparenza<sup>91</sup>, poiché è dato oggettivo che la legge sulla *par condicio* non è da sola in grado di garantire un'informazione plurale, trasparente e corretta, ancor più in riferimento alla rete.

E perché questa volta l'intervento funzioni, bisogna seriamente ragionare sulla mancata attuazione del principio del pluralismo nel settore delle comunicazioni, che non a caso venne definito dal Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi «strumento essenziale per la realizzazione di una democrazia compiuta»<sup>92</sup>. E sino a che non ci sarà qualche passo in questa direzione, qualsiasi disciplina sulla sola comunicazione politica altro non sarà che un succedaneo, nel complesso poco efficace.

---

*comunicazione*, cit., 321.

<sup>90</sup> O. Grandinetti, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, cit., 125.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> Parlando di pluralismo, impossibile non ricordare [il messaggio che l'allora Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi rivolse alle Camere il 23 luglio 2002](#), trattando il tema del pluralismo e dell'imparzialità dell'informazione.

# **Storia di un lungo addio: la censura cinematografica nell'esperienza italiana\***

Nicola Canzian

## **Abstract**

Nell'esperienza italiana, fin dalla sua introduzione il cinema è stato gravato di un controllo censorio, che è durato fino a tempi recentissimi. La struttura, i criteri e i destinatari del sistema di controllo preventivo delle pellicole sono mutati nel tempo, sino a giungere a un suo sostanziale superamento prima sul piano fattuale, e da ultimo anche su quello normativo. Oggi il quadro normativo ha infatti sostituito la censura con un apposito meccanismo di classificazione a tutela dei minori, che continua comunque a caratterizzare in modo peculiare le proiezioni cinematografiche in sala rispetto alle altre forme di fruizione di contenuti audio-visivi. Il contributo analizza l'evoluzione storica della normativa sulla censura cinematografica, evidenziandone le criticità costituzionali.

In Italy, since its introduction, cinema has been subject to censorship control, which lasted until very recently. The structure, criteria, and recipients of legal censorship have changed over time, leading to its substantial overcoming first on a factual level, and finally on a regulatory level. Today, the law has replaced film censorship with a specific classification mechanism for the protection of minors, which continues to uniquely characterize cinema screenings in theaters compared to other forms of audio-visual content consumption. The paper analyzes the historical evolution of Italian film censorship regulations, highlighting its constitutional issues.

## **Sommario**

1. Premessa. - 2. La censura cinematografica nel periodo pre-repubblicano. - 3. Le coordinate costituzionali. - 4. La sopravvivenza della censura nell'età repubblicana. - 5. Il superamento della censura: il sistema di classificazione a tutela dei minori.

## **Keywords**

cinema – censura – tutela dei minori – arte – buoncostume

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

## 1. Premessa

La previsione normativa della censura cinematografica è durata, in Italia, per più di un secolo; come noto, soltanto in tempi molto recenti il decreto legislativo n. 203/2017 ha infine abolito questa forma di controllo preventivo<sup>1</sup>. La pervicace presenza di tale istituto in fasi molto diverse della storia italiana dimostra la radicata diffidenza del legislatore nei confronti del cinema, da sempre percepito come un mezzo di comunicazione pericoloso; un atteggiamento che in qualche modo sembra testimoniato ancor oggi dalla permanenza di una disciplina di controllo preventivo (sia pure limitata a verificare la classificazione dei film a tutela dei minori) che è invece sconosciuta a tutti gli altri mezzi di comunicazione di massa.

Le ragioni di questa diffidenza derivano dalla potenza comunicativa e dal fascino che il cinema ha dimostrato sin dalle sue origini, in un contesto in cui era il primo mezzo (e per lungo tempo l'unico) che presentava immagini animate; proprio la capacità dei film di raggiungere un pubblico ampio e trasversale e di suggestionarlo con una forza fino ad allora sconosciuta agli altri strumenti di comunicazione ha da subito spinto il potere politico a predisporre e poi perfezionare forme stringenti di controllo censorio, nel duplice intento di garantire una moralità collettiva e di assicurare l'ordine sociale. Questo approccio è in parte sopravvissuto anche all'entrata in vigore della Costituzione e si è trascinato stancamente fino a tempi recentissimi, pur in un contesto in cui si sono nel tempo evoluti i riferimenti giuridici, si sono moltiplicati i mezzi di diffusione delle opere audiovisive ed è radicalmente mutato il sentimento sociale. Può allora essere interessante ripercorrere le tappe di questa lunga storia per chiedersi, infine, quanto ancora sia rimasto dell'atteggiamento iniziale.

## 2. La censura cinematografica nel periodo pre-repubblicano

La storia del cinema in Italia è segnata sin dal principio dalla presenza di un severo controllo preventivo da parte dei poteri pubblici<sup>2</sup>. Le prime proiezioni cinematografiche pubbliche in Italia risalgono al 1896<sup>3</sup>, in un contesto in cui non ovviamente non esisteva alcuna disciplina specifica per questo nuovo mezzo; eppure, da subito si ritennero pacificamente estese le norme dettate per gli spettacoli teatrali<sup>4</sup>. La legislazione

---

<sup>1</sup> In realtà, la censura è stata del tutto superata soltanto nel 2021, con l'entrata a regime del nuovo sistema di controllo della classificazione dei film; sul punto, si rinvia al successivo paragrafo 5 e in particolare alla nota n. 65.

<sup>2</sup> Sulla storia della censura cinematografica italiana v., in generale, D. Liggeri, *Mani di forbice. La censura cinematografica in Italia*, Alessandria, 1997; C. De Fiores, *Cinema e Costituzione. Profili storici e giuridici della libertà di espressione cinematografica*, Milano-Udine, 2024.

<sup>3</sup> Come riporta M.A. Prolo, *Storia del cinema muto italiano*, Milano, 1951, vol. I, 16.

<sup>4</sup> V. P. Sammarco, *La revisione cinematografica e il controllo dell'audiovisivo. Principi e regole giuridiche*, Bologna, 2014, 65; M. Giusti, *Dalla censura alla classificazione delle opere: il cinema dà l'addio a Madama Anastasia?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2020, 517; P. Ferrara, *A proposito di censura sullo spettacolo in Italia (1861-2021)*, in *Le Carte e la Storia*, 2, 2022, 93.

dell'epoca sulle rappresentazioni pubbliche aveva un'impostazione diametralmente opposta a quella sull'esercizio della libertà di stampa (l'unico mezzo di comunicazione protetto dall'art. 28 dello Statuto Albertino): si trattava infatti di una disciplina di pubblica sicurezza, che configurava un intervento pubblico soprattutto di tipo preventivo e altamente discrezionale<sup>5</sup>. Era previsto che le rappresentazioni pubbliche si svolgessero previo ottenimento di una licenza da parte della prefettura<sup>6</sup>, che doveva essere negata nel caso lo spettacolo offendesse il buon costume, potesse «destare spavento o ribrezzo» o abusasse «dell'altrui credulità»<sup>7</sup>. Si trattava dunque di un sistema che, per la sua natura decentrata e per l'elasticità dei criteri indicati dalla legge, dava risultati difformi, per cui uno stesso spettacolo poteva ottenere la licenza in alcune province ma non in altre.

Proprio per superare queste criticità l'Unione italiana cinematografisti avanzò la proposta di centralizzare la procedura di revisione delle pellicole, anche facendone gravare i costi sulla stessa industria cinematografica<sup>8</sup>; una scelta che ben si comprende considerando che il sistema prefettizio contrastava con esigenze di certezza e con la possibilità di distribuire una pellicola sull'intero territorio nazionale. È così evidente come, sin dal principio, gli aspetti economici abbiano sempre avuto una rilevanza primaria nella vicenda del cinema; e difficilmente potrebbe essere altrimenti. Produrre (o anche solo importare) un film, infatti, richiedeva – allora come ora – notevoli investimenti e non deve stupire che nel corso del tempo produttori e distributori abbiano dato prova di pragmatismo nei confronti del fenomeno censorio. È dunque su impulso degli stessi imprenditori del settore che nel 1913 fu adottata la legge n. 785, che autorizzava il governo a esercitare la vigilanza sia sulle pellicole prodotte in Italia sia su quelle importate dall'estero. Questa prima regolamentazione espressamente prevista per il cinema trovò un'articolata disciplina nel regolamento di esecuzione (r.d. 532/1914), che ne stabiliva il procedimento e i criteri, fissando un modello che sarebbe poi stato confermato nelle sue linee di fondo per lungo tempo.

Quanto al procedimento amministrativo, si stabiliva un doppio grado di esame, di cui il secondo solo eventuale. La revisione delle pellicole era affidata a singoli funzionari del Ministero dell'interno, che potevano concedere il nulla osta anche sotto condizione di sopprimere alcune parti dell'opera; contro il diniego era ammesso il ricorso a una commissione formata da tre funzionari dello stesso ministero. Molto significativa la (nutrita) lista di rappresentazioni la cui visione al pubblico doveva essere impedita: gli spettacoli «offensivi della morale, del buon costume, della pubblica decenza e dei privati cittadini», quelli «contrari alla reputazione e al decoro nazionale o all'ordine pubblico, ovvero che possono turbare i buoni rapporti internazionali», nonché ancora quelli «offensivi del decoro e del prestigio delle istituzioni e autorità pubbliche, dei funzionari e degli agenti della forza», a cui si aggiungeva il divieto «di scene truci, repu-

---

<sup>5</sup> In questo senso P. Caretti-A. Cardone, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, 2019, 272.

<sup>6</sup> La competenza di permettere le rappresentazioni era stata delegata ai prefetti, nell'ambito delle rispettive province, già dall'art. 1 r.d. 1630/1864.

<sup>7</sup> Art. 36 r.d. 6517/1889.

<sup>8</sup> V. A. Baldi, *Schermi proibiti. La censura in Italia 1947-1988*, Venezia, 2002, 10.

gnanti o di crudeltà, anche se a danno di animali; di delitti o di suicidi impressionanti; ed in generale di azioni perverse o di fatti che possano essere scuola o incentivo al delitto, ovvero turbare gli animi o eccitare al male»<sup>9</sup>.

Il nulla osta poteva dunque essere negato per un ampio raggio di motivi diversificati, essenzialmente riconducibili a due grandi categorie: la difesa della collettività da rappresentazioni reputate immorali, disturbanti o diseducative, nonché la tutela dell'ordine pubblico e dell'immagine delle istituzioni. La formulazione del tutto generica di tali criteri consentiva all'amministrazione un'ampia discrezionalità nella loro applicazione e, in ogni caso, denunciava un approccio a dir poco paternalistico, in cui lo Stato riteneva di dover proteggere i propri cittadini (compresi gli adulti, visto che questa prima normativa non faceva ancora alcun riferimento ai minori) dai rischi di un mezzo considerato con estrema diffidenza.

Al contempo, la censura poteva tradursi non soltanto nel drastico divieto di rappresentazione, ma anche nella solo apparentemente meno severa ipotesi di subordinare il nulla osta a tagli e modifiche; e questa possibilità, che ha caratterizzato fino a tempi recentissimi il sistema censorio italiano, consentiva all'amministrazione di smembrare la pellicola presentata per la revisione e di menomarla, intervenendo su singole scene, inquadrature o battute, in spregio all'idea che l'opera cinematografica, in quanto tale, debba essere considerata nel suo complesso e che, nella sua unitarietà, possa esprimere un intento artistico.

La prassi amministrativa fu da subito caratterizzata da notevole rigore, richiedendo tagli non solo per motivi di oscenità in senso stretto, ma anche quando fossero rappresentate condotte illecite o comunque reputate devianti; è il caso, ad esempio, di *Fiamme funeste* (1916) di Guido Brignone, a cui fu imposta l'eliminazione della scena in cui una figlia falsifica la firma del padre, nonché di quella in cui quest'ultimo si toglie la vita. Ma, a dimostrazione dell'ampiezza degli interventi consentiti, lo zelo censorio poteva giungere al punto di imporre la correzione di errori grammaticali e ortografici, come è successo al film *Gloria ai caduti* (1916) di Elvira Notari per i cartelli contenenti le descrizioni delle scene<sup>10</sup>.

I diversi interventi normativi che si susseguirono nel primo dopoguerra<sup>11</sup>, senza smentire l'impostazione originaria e anzi acuendo la pervasività del controllo pubblico, confluirono poi nel regolamento annesso al r.d. 3287/1923. Fra le novità più significative, fu introdotto l'obbligo di esame preventivo dei copioni quale condizione per poter poi sottoporre a revisione la pellicola realizzata (art. 2); una scelta che fu giustificata adducendo la volontà di tutelare i produttori dal rischio realizzare film che poi non avrebbero ottenuto il nulla osta per la rappresentazione<sup>12</sup>, ma che evidentemente estendeva in massimo grado l'intrusione pubblica nell'industria cinematografica, non

---

<sup>9</sup> Art. 1 r.d. 532/1914.

<sup>10</sup> Per questi e altri esempi v. P. Sammarco, *La revisione cinematografica e il controllo dell'audiovisivo*, cit., 68, *sub* note nn. 9 e 10. Il penultimo comma dell'art. 3 r.d. 532/1914 stabiliva, in effetti, che i «titoli, i sottotitoli e le scritte, tanto sulla pellicola, quanto sugli esemplari della domanda, debbono essere in corretta lingua italiana».

<sup>11</sup> Si tratta del r.d.l. 1953/1919, che autorizzava la sottoposizione a revisione dei copioni, e del r.d. 531/1920, che in particolare innovava il sistema affidando la revisione ad apposite commissioni.

<sup>12</sup> V. D. Liggeri, *Mani di forbice*, cit., 99.

limitandosi al divieto di proiezione pubblica di pellicole ma evitando addirittura la loro realizzazione.

L'esame dei copioni e la revisione dei film erano poi assegnati ad apposite commissioni di nomina ministeriale, composte inizialmente da un funzionario di pubblica sicurezza, un magistrato e una madre di famiglia (art. 8); il ricorso contro il diniego era deciso da una commissione di appello di cui facevano parte, oltre a due funzionari di pubblica sicurezza, un magistrato e una madre di famiglia, anche un esperto in materia artistica, un pubblicista e un professore (art. 12). Il giudizio era così attribuito non soltanto a funzionari ministeriali, anche se il loro ruolo restava significativo e difficilmente gli altri membri, che potevano essere revocati dal Ministro in ogni momento, li avrebbero contraddetti<sup>13</sup>.

Erano poi confermati i motivi ostativi al rilascio del nulla osta già sopra richiamati, a cui si aggiungevano le offese all'esercito e ai privati cittadini, l'apologia di reato, l'incitamento all'odio tra le varie classi sociali, la rappresentazione di operazioni chirurgiche e di fenomeni ipnotici e medianici (art. 3); l'obbligo di sottoporre le pellicole a revisione non si limitava alla loro rappresentazione in Italia, ma era esteso anche a quelle destinate all'esportazione (art. 1).

Il fascismo, come noto, seppe sfruttare con abilità il cinema nella propria attività di propaganda<sup>14</sup>. Il sistema di censura preventiva ereditato dal periodo liberale forniva già ampi strumenti di controllo e di indirizzo, e fu pertanto mantenuto e perfezionato senza radicali discontinuità. È soprattutto significativo che i pur numerosi interventi normativi succedutisi non portarono a un aggiornamento sostanziale dei criteri legali per la revisione delle pellicole<sup>15</sup>, la cui ampiezza e vaghezza erano tali da consentire un giudizio di natura politica<sup>16</sup>, perfettamente idoneo agli scopi del regime; sotto questo profilo, fu soltanto aggiunto il diniego di nulla osta per i film che «non presentino sufficienti requisiti di dignità artistica così nella trama del soggetto, come nella esecuzione tecnica»<sup>17</sup>. In questo modo, il carattere artistico dell'opera entrava in considerazione non quale condizione per superare i limiti di ciò che era rappresentabile, bensì come ulteriore condizione restrittiva.

In ogni caso, durante il fascismo gli interventi di riforma riguardarono soprattutto la composizione delle commissioni, di cui entrarono a far parte anche rappresentanti del partito<sup>18</sup>, e la riorganizzazione della struttura amministrativa di censura, a partire dal 1937, in seno al neonato Ministero della cultura popolare. Ulteriore novità significativa fu la prima introduzione di una tutela dei minori, con la previsione del divieto di visione al di sotto dei 16 anni<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> V. N. Bassi, *La censura cinematografica fra valori costituzionali e giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2013, 925.

<sup>14</sup> Sul tema v. E. Taviani, *Il cinema e la propaganda fascista*, in *Studi storici*, 1, 2014, 241 ss.

<sup>15</sup> V. N. Bassi, *La censura cinematografica fra valori costituzionali e giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, cit., 925.

<sup>16</sup> V. P. Caretti-A. Cardone, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, cit., 275.

<sup>17</sup> Così l'art. 5 l. 1121/1927.

<sup>18</sup> In base a quanto previsto dall'art. 4 r.d.l. 1566/1934.

<sup>19</sup> Stabilita dall'art. 76 r.d. 1848/1926.

Proprio dagli anni '30 si registra una sensibile diminuzione di divieti di proiezione e di tagli ai film di produzione nazionale, ma il fenomeno non segnala affatto un atteggiamento più liberale; molto più banalmente, infatti, si trattava del risultato di una severa applicazione dell'obbligo di esame preventivo dei copioni<sup>20</sup>, a testimonianza della capillarità dell'azione di controllo sulla produzione cinematografica.

Sempre negli anni del regime si istituzionalizza un doppio binario censorio, che ha poi continuato a caratterizzare l'ordinamento per lungo tempo, dando – come si vedrà – alcuni problemi di coordinamento fra i due tipi di intervento: a fianco dello strumento preventivo di natura amministrativa, il Codice Rocco del 1930 prevedeva infatti la possibilità di un intervento successivo del giudice penale a repressione degli spettacoli osceni (art. 528 c.p.), cioè di quelli che « secondo il comune sentimento, offendono il pudore» (art. 529 c.p.); la stessa disciplina escludeva però che l'opera artistica o scientifica possa considerarsi oscena, salvo che non sia però offerta ai minorenni. Questa dicotomia fra divieto di oscenità e tutela dell'opera d'arte si riproporrà, come si vedrà subito, anche nel testo costituzionale.

### **3. Le coordinate costituzionali**

La Costituzione repubblicana non ha imposto un totale cambio di paradigma: mentre alcune carte coeve stabilivano in modo esplicito il divieto di ogni censura nei confronti della libertà d'informazione e artistica esercitata con ogni mezzo, incluso il cinema<sup>21</sup>, la scelta dei costituenti italiani fu diversa.

In Assemblea costituente era infatti maggioritaria e trasversale la volontà di vietare che l'utilizzo dei mezzi di comunicazione di massa potesse tradursi in offese alla morale e al buon costume, e di assicurare tale divieto non solo con misure repressive ma anche in via preventiva<sup>22</sup>. La solenne affermazione della libertà di manifestazione del pensiero con ogni mezzo si accompagnava infatti alla sentita esigenza, nelle parole di Aldo Moro, di «evitare che il veleno corrosivo che si trova nella stampa pornografica e nelle altre manifestazioni contrarie al buon costume possa dilagare, [...] di fare in modo che sia impedito nel suo sorgere. Se noi lasceremo circolare questo veleno anche per poco, non avremo la possibilità di difendere effettivamente la moralità del nostro popolo e la nostra gioventù»<sup>23</sup>.

Proprio questo atteggiamento largamente diffuso fra membri dell'Assemblea si è tradotto in una delle previsioni meno liberali del testo costituzionale. Il sesto comma dell'art. 21 Cost. vieta infatti «le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre

---

<sup>20</sup> Come segnala P. Ferrara, *A proposito di censura sullo spettacolo in Italia (1861-2021)*, cit., 99.

<sup>21</sup> In questo senso, ad esempio, l'art. 5 della Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca.

<sup>22</sup> V. A. Pace-M. Manetti, *Art. 21. Rapporti Civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2006, 390.

<sup>23</sup> Così l'intervento dell'on. Aldo Moro nella seduta antimeridiana del 14 aprile 1947, che proseguiva poi affermando quanto segue: «se sotto il profilo politico, per altri aspetti del problema, si deve ammettere un grande rigore a tutela della libertà individuale, possiamo invece largheggiare un poco, quando si tratta di tutelare la libertà e dignità della persona, le quali potrebbero essere turbate gravissimamente da abusi licenziosi della libertà di stampa e di espressione del pensiero».

manifestazioni contrarie al buon costume» e al contempo assegna alla legge il compito di stabilire «provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni». La formulazione testuale di quest'ultima disposizione sembra stabilire non una mera facoltà, ma l'onere per il legislatore ordinario di predisporre misure di intervento preventive; e che fra queste misure possano rientrare anche l'autorizzazione e la censura trova conferma in via sistematica, posto che il secondo comma dell'art. 21 Cost. (proprio in deroga al sesto comma) ne esclude l'applicabilità alla sola stampa<sup>24</sup>.

Mentre l'esigenza di una repressione dell'osceno si riferisce a tutte le manifestazioni del pensiero destinate al pubblico, la previsione di necessari strumenti preventivi pare riflettere una perdurante diffidenza proprio nei confronti del cinema, con un atteggiamento non dissimile da quello che aveva caratterizzato il legislatore nelle fasi storiche precedenti; e ciò trova conferma nella circostanza che, in concreto, tutta la legislazione ordinaria repubblicana che ha poi dato applicazione alla norma costituzionale in questione si è riferita alle sole rappresentazioni cinematografiche e teatrali, non ad altro tipo di mezzi<sup>25</sup>.

Se dunque si mantenne la possibilità di interventi censori, il fatto che questi potessero essere legittimati soltanto per vietare offese al buon costume costituiva – come è evidente – una netta cesura rispetto al passato: l'ambito di intervento veniva infatti fortemente ristretto, escludendo soprattutto che l'ordine pubblico (cioè il criterio che più si era prestato ad un'applicazione di tipo politico) potesse fungere da limite. Tuttavia, la stessa nozione di buon costume si può idealmente declinare in modi diversi, che spaziano dalla morale dominante sino al più ristretto ambito della sfera della sessualità; un'interpretazione estensiva avrebbe potuto limitare in modo significativo la portata del cambiamento, recuperando sotto l'ombrello dell'etica pubblica limiti quali il rispetto delle istituzioni, il sentimento religioso, il decoro nella rappresentazione della società. Non stupisce allora che esso sia stato da subito inteso dalla dottrina e poi dalla giurisprudenza nel suo significato più ristretto, in aderenza alla nozione penalistica di osceno, cioè quale offesa al pudore sessuale<sup>26</sup>; soluzione del tutto condivisibile, che comunque non esclude un certo carattere di indeterminatezza, trattandosi di una nozione elastica che si definisce in relazione alla sensibilità sociale esistente in un certo momento storico e che può certamente variare nel tempo (come, del resto, è sicuramente variata oggi rispetto al 1948).

In continuità con il precedente assetto, tuttavia, gli interventi preventivi potevano continuare ad essere adottati in via generale, vietando a tutti la visione di una certa opera. L'ultimo comma dell'art. 21 Cost., infatti, non si riferisce alla tutela nei confronti dei soli minori, cioè dei soggetti il cui processo di sviluppo e crescita potrebbe essere pregiudicato dalla fruizione di contenuti non adatti alla loro età; per questi aspetti, del

<sup>24</sup> V. S. Fois, *Censura. a) Diritto interno*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, 728.

<sup>25</sup> V. P. Caretti-A. Cardone, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, cit., 285.

<sup>26</sup> V., senza pretesa di esaustività, G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 26 ss.; M. Giusti, *Dalla censura alla classificazione delle opere*, cit., 519; S. Franzoni, *Pubblicazioni e spettacoli "osceni": interpretazione o libertà?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6, 2005, 995. V. anche Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 9, secondo cui «il buon costume non può essere fatto coincidere [...] con la morale o con la coscienza etica». Sull'evoluzione più recente della nozione di buon costume v. *infra*.

resto, potrebbe essere sufficiente il diverso parametro dell'art. 31, secondo comma Cost., che impone alla Repubblica la protezione dell'infanzia e della gioventù.

Per quanto nel dibattito che ha portato all'approvazione dell'art. 21, ultimo comma Cost., la tutela dei più giovani sia stata un argomento significativo, esso si inseriva nella più ampia prospettiva di tutela dell'intera comunità; la disposizione è infatti formulata in termini generali e non pone differenze a seconda dell'età del pubblico, e ha così legittimato – come si vedrà subito – la permanenza nell'ordinamento di un divieto assoluto di proiezione, cioè una scelta di politica legislativa che manifestava una evidente sfiducia rispetto alla capacità di autodeterminazione e al metro di giudizio dei maggiorenni. Si tratta di una scelta che comunque non deve ritenersi costituzionalmente imposta (e che, infatti, è stata infine abbandonata con la riforma del 2017), come è stato sottolineato da dottrina anche risalente, secondo cui gli adulti «dovrebbero — salvo considerarli in massa e presuntivamente dei minorati psichici o degli eterni minorenni — poter prendere visione anche dei film che offendono il pudore»<sup>27</sup>.

L'art. 21 Cost. non è però l'unica coordinata costituzionale da tenere in considerazione. La garanzia della libertà dell'arte e della scienza affermata dall'art. 33, primo comma Cost., infatti, impedisce (o dovrebbe impedire) che l'opera cinematografica avente carattere artistico sconti il limite preventivo del buon costume. Tale ultima disposizione, che non contempla alcun limite espresso, deve infatti essere intesa in rapporto di specialità rispetto alla previsione di cui all'art. 21, comma 6 Cost., individuando così una materia privilegiata<sup>28</sup>. Tuttavia, anche la definizione di cosa si debba intendere per opera artistica non è affatto agevole, né può certo essere condotta sulla base di criteri formali prestabiliti; e in ogni caso deve ritenersi che la tutela dei minori imposta dall'art. 31 Cost. possa comunque legittimare una restrizione della circolazione di un'opera nei loro confronti, qualora – per motivi riconducibili al buon costume in senso stretto, come pure per altre cause – la sua fruizione possa pregiudicarne lo sviluppo o la serenità.

#### **4. La sopravvivenza della censura nell'età repubblicana**

L'entrata in vigore della Costituzione avrebbe dovuto comportare un netto cambiamento rispetto all'assetto anteriore: come si è appena descritto, se pure restava ammissibile la predisposizione di un meccanismo censorio, questo avrebbe dovuto essere circoscritto al rispetto del buon costume e alla tutela dei minori, garantendo al contempo la proiezione delle pellicole di tipo artistico. Una legislazione attuativa dei principi costituzionali che si sono appena richiamati è stata però approvata soltanto nel 1962, lasciando fino ad allora in funzione il sistema previgente.

Nel periodo costituzionale transitorio era stato abrogato l'esame preventivo dei sog-

---

<sup>27</sup> Così O. Algardi Zara, *Arte e censura*, in *Belfagor*, 1, 1961, 111. Nello stesso senso, e con vigore, P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 97 ss. e Id., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 259 ss.

<sup>28</sup> V. S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 45 ss.

getti dei film<sup>29</sup>, facendo così cadere l'obbligo che assicurava un pieno controllo anche sulla fase anteriore alla stessa produzione delle pellicole. Tuttavia, solo a distanza di due anni la l. 379/1947 aveva consentito ai produttori di sottoporre volontariamente la sceneggiatura alla preventiva approvazione del neoistituito Ufficio centrale per la cinematografia presso la Presidenza del Consiglio (a cui erano state devolute le attribuzioni che erano state del Ministero della cultura popolare); non si trattava di una previsione di poco conto, stante il fatto che all'epoca una condizione per ottenere prestiti per la realizzazione di film consisteva proprio nell'aver ottenuto l'approvazione governativa del copione<sup>30</sup>.

Per il resto, la legge in questione – approvata, e non sembra poco significativo dello spirito dei tempi di allora, dalla stessa Assemblea costituente – e l'immediatamente successiva l. 958/1949 hanno mantenuto nella sostanza la disciplina previgente, di cui pure era evidente la contrarietà con la nuova Costituzione<sup>31</sup>: questa stretta continuità con l'ordinamento censorio anteriore, di cui si mantenevano l'impianto (che consentiva interventi intrusivi ben al di là di quanto ammesso dal nuovo testo costituzionale) nonché, in concreto, anche in larga parte il personale ministeriale, ha fatto sì che gli anni cinquanta fossero caratterizzati da un'intensa e zelante attività censoria tesa a vietare ciò che avrebbe potuto screditare l'immagine del paese, ledere l'onore delle istituzioni e delle forze armate, offendere la religione cattolica, o ancora destare scalpore per marcato anticonformismo.

Sono del resto gli anni in cui ampi settori della maggioranza politica erano quanto meno profondamente infastiditi dal cinema neorealista, che raffigurava senza sconti la difficile situazione dell'Italia del dopoguerra<sup>32</sup>. Emblematico il caso di *Umberto D.* (1952) di Vittorio De Sica, sulle tragiche condizioni di un anziano a cui non basta la pensione per garantirsi le condizioni minime di vita: l'opera ottenne il visto con il divieto di visione sotto i 16 anni a condizione di tagliare la scena in veniva recitato il rosario «senza la dovuta riverenza», ma soprattutto fu pubblicamente criticata da Giulio Andreotti (non casualmente, l'allora sottosegretario con delega allo spettacolo), che rimproverava al regista di aver reso un «pessimo servizio alla sua patria»<sup>33</sup>. In un clima culturale di questo tipo, non stupisce allora l'iniziale diniego di vendita all'estero di *Sciuscià* (1946), sempre di De Sica; l'iniziale diniego di nulla osta per *Totò e i re di Roma* (1952) di Mario Monicelli, ritenuto «offensivo del decoro e del prestigio di pubblici funzionari, nonché nella parte finale offensivo del sentimento religioso»; o, ancora, la quasi comica serie di tagli imposti a *Totò e Carolina* (1956) sempre di Monicelli, allo scopo di stemperare ogni irriverenza nei confronti delle istituzioni civili e religiose (giungendo, per esempio, alla richiesta di cambiare in una scena ambientata in un confessionale «la battuta “che tempi che tempi” che si può riferire ad una indiscrezione sul soggetto della confessione»).

Con molto ritardo, soltanto nel 1962 il Parlamento congedava la normativa di matrice

---

<sup>29</sup> Come disposto dall'art. 2 d.lgs.lgt. 678/1945.

<sup>30</sup> Come segnala E. Rossi, *Lo stato cinematografaro*, Firenze, 1960, 116.

<sup>31</sup> In questo senso S. Fois, *Censura. a) Diritto interno*, cit., 729.

<sup>32</sup> V. C. De Fiore, *Cinema e Costituzione*, cit., 120 ss.

<sup>33</sup> V. l'articolo *Piaghe sociali e necessità di redenzione*, pubblicato su *Libertas* il 28 febbraio 1952.

prerepubblicana e adottava finalmente una nuova disciplina conforme alla Costituzione. La legge n. 161 del 1962 assegnava la revisione cinematografica alla competenza del ministero del turismo e dello spettacolo, istituito pochi anni prima<sup>34</sup>. Il ministro doveva rilasciare il nulla osta per la proiezione in pubblico e l'esportazione su parere conforme di apposite commissioni; la richiesta era giudicata da una commissione di primo grado, che doveva dare parere favorevole o meno per il rilascio del nulla osta, stabilendo eventualmente il divieto di assistere ai minori di 14 o di 18 anni.

Erano numerose le novità rispetto al passato, e tutte nel segno di rendere meno stringente il controllo. In primo luogo, le commissioni erano formate esclusivamente da soggetti esterni alla pubblica amministrazione, nell'ottica di eliminare ogni valutazione o indebita influenza di natura politica. Le commissioni di primo grado, i cui componenti erano nominati dal ministro, erano originariamente formate da un magistrato, un professore universitario di materie giuridiche, un docente di pedagogia, tre membri scelti fra quelli indicati dalle associazioni di categoria dei registi, dei rappresentanti dell'industria cinematografica e dei giornalisti; nel tempo, la composizione è stata modificata e da ultimo<sup>35</sup> era prevista la partecipazione di un docente di diritto, uno di psicologia o di pedagogia, due esperti di cultura cinematografica, due rappresentanti delle associazioni dei genitori, due rappresentanti delle categorie di settore, nonché un esperto designato dalle associazioni per la protezione degli animali per le sole produzioni in cui fossero utilizzati animali. I membri erano dunque individuati in modo da assicurare competenze e sensibilità diverse, nonché la partecipazione di esponenti delle categorie coinvolte (sia dal lato dei produttori che da quello dei fruitori).

Entro venti giorni dalla comunicazione del diniego del nulla osta o del divieto ai minori il richiedente poteva ricorrere alla commissione di secondo grado, composta da due sezioni unite della commissione di primo grado diverse da quella che aveva emesso il primo parere. In entrambi i casi, i pareri delle commissioni erano vincolanti per l'autorità amministrativa ministeriale, che dunque non aveva un autonomo potere di valutazione; e già sotto questo profilo era significativo il cambio di impostazione rispetto al passato. Quanto ai criteri, l'art. 6 stabiliva che il parere contrario alla proiezione in pubblico doveva essere dato «esclusivamente ove ravvisi nel film sia nel complesso, sia in singole scene o sequenze, offesa al buon costume», specificando al secondo comma che esso doveva intendersi ai sensi dell'art. 21 Cost. Permaneva così la possibilità di un divieto generalizzato, che colpiva anche gli adulti, ed è questo uno degli aspetti di minore modernità di una legislazione che, comunque, era senza dubbio molto meno restrittiva di quella che andava a sostituire; il riferimento alle scene e sequenze denotava inoltre una concezione di fondo poco incline a riconoscere l'eventuale valore artistico dell'opera, posto che non sembra corretto condurre un simile giudizio se non alla luce della pellicola nella sua unitarietà, perché è proprio nel contesto complessivo dell'opera che le sue singole parti trovano il loro senso.

La disciplina si dimostrava in ogni caso certamente conforme al testo costituzionale, abbandonando finalmente ogni indebito criterio di ordine pubblico, di ossequio

---

<sup>34</sup> Dopo la soppressione del ministero del turismo nel 1994, la competenza è stata infine riassegnata al ministero per i beni e le attività culturali.

<sup>35</sup> Con le modifiche introdotte dall'art. 5 d.lgs. 3/1998.

all'autorità o di etica in senso ampio; tuttavia, il rinvio espresso all'art. 21 Cost. aveva in realtà un carattere tautologico, perché – come si è già fatto cenno – la stessa Costituzione non fornisce indici espressi per delimitare la nozione in questione. Sarebbe stato preferibile, allora, che il legislatore ordinario – cioè il naturale interprete dell'evoluzione sociale – si fosse fatto carico di specificare in modo più stringente i confini del metro di giudizio, per esempio mutuando la nozione di osceno di cui all'art. 529 c.p.; il rinvio al testo costituzionale non risolveva affatto la potenziale ambiguità del riferimento al buon costume e, in concreto, lasciava l'onere di individuarne i limiti all'attività delle commissioni di revisione e all'autorità giudiziaria<sup>36</sup>. Non manca chi, però, ha valutato in modo positivo questa impostazione, in quanto essa avrebbe fornito agli operatori un «meccanismo di adeguamento costante del metro di giudizio»<sup>37</sup>, peraltro indicando in contropiede che il giudizio di revisione cinematografica non si sarebbe basato su un potere discrezionale dell'amministrazione pubblica, bensì su un criterio di natura sociale (sul punto si tornerà oltre). In ogni caso, la prassi applicativa ha ampiamente confermato l'interpretazione restrittiva già avanzata dalla dottrina e dunque ha ancorato il criterio al pudore sessuale.

Per quanto riguarda i divieti di visione ai soli minori, l'art. 5 stabiliva che dovessero essere imposti «in relazione alla particolare sensibilità dell'età evolutiva ed alle esigenze della sua tutela morale». Si trattava di profili che, a rigore, non potevano essere considerati del tutto coincidenti con la tutela del buon costume; il regolamento di esecuzione della legge (d.P.R. 2029/1963) superava in parte la genericità di una simile definizione indicando all'art. 9 che dovevano ritenersi vietate in ogni caso ai minori le opere che, pur non offendendo il buon costume, «contengano battute o gesti volgari; indulgono a comportamenti amorali; contengano scene erotiche o di violenza verso uomini o animali, o relative ad operazioni chirurgiche od a fenomeni ipnotici o medianici se rappresentate in forma particolarmente impressionante, o riguardanti l'uso di sostanze stupefacenti; fomentino l'odio o la vendetta; presentino crimini in forma tale da indurre all'imitazione od il suicidio in forma suggestiva». Una così puntuale integrazione della fonte legislativa poteva dare adito a dubbi, ma la giurisprudenza amministrativa ha precisato che le specifiche circostanze indicate dalla norma regolamentare non dovevano essere intese come assolute, bensì valutate esclusivamente in rapporto agli obiettivi della norma primaria; e che pertanto la loro presenza in una pellicola non doveva determinare in automatico un divieto se il contesto complessivo dell'opera era tale da neutralizzare la portata negativa della singola scena rispetto alla sensibilità e la tutela morale dello spettatore minore<sup>38</sup>.

La legge stabiliva inoltre alcune pregnanti garanzie. Non solo era previsto un meccanismo di silenzio-assenso, che però non sembra aver trovato in concreto applicazione dato che, per le pressioni degli operatori, i tempi di decisione si sono sempre mantenuti rapidi<sup>39</sup>; soprattutto, era assicurato il contraddittorio in entrambi i gradi della revisione,

---

<sup>36</sup> V. A. Pace-M. Manetti, *Art. 21*, cit., 398.

<sup>37</sup> Così N. Bassi, *La censura cinematografica fra valori costituzionali e giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, cit., 931.

<sup>38</sup> V. Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 1996, n. 139; la vicenda riguardava il film *Pulp Fiction*.

<sup>39</sup> Come segnala M. Ramajoli, *Cinema e libertà: dalla censura preventiva al movie rating system*, in *Aedon*, 1,

con l'obbligo di audizione in caso di richiesta da parte dell'autore o del richiedente il nulla osta (di norma, il produttore o il distributore). Un'ulteriore garanzia, infine, consisteva nella previsione di una tutela giurisdizionale amministrativa estesa al merito, che quindi riconosceva al giudice amministrativo il potere di effettuare una nuova verifica della pellicola e, al suo esito, di riformare o sostituire l'atto impugnato; e ciò conferma come la riforma del 1962 abbia quantomeno aspirato a costruire un sistema de-politicizzato, in cui «sul buon costume l'amministrazione governativa non [era] depositaria di una riserva di attribuzione»<sup>40</sup>, trattandosi appunto di un concetto il cui senso va determinato sulla base del comune sentire sociale e che non sarebbe dovuto dipendere, invece, da una valutazione discrezionale dell'autorità amministrativa. Tuttavia, i richiedenti il nulla osta non erano gli unici a poter impugnare il provvedimento amministrativo: in alcuni casi, la legittimazione è stata riconosciuta anche ad associazioni a tutela dei consumatori, e poteva così succedere che al giudice amministrativo fosse chiesto di riformare l'atto in senso più restrittivo, imponendo un divieto che la commissione di revisione non aveva invece ritenuto opportuno<sup>41</sup>.

Restava poi in vigore la norma penale che puniva gli spettacoli cinematografici osceni (art. 528 c.p.)<sup>42</sup> e dunque il sistema ha continuato a essere caratterizzato da un doppio binario, sia preventivo che repressivo: il giudizio preventivo dell'amministrazione e quello del giudice penale riguardavano infatti lo stesso bene giuridico, cioè la protezione del buon costume, ed entrambi dovevano essere condotti almeno in linea di principio secondo gli stessi parametri<sup>43</sup>.

Ma proprio la sfuggevole natura dei criteri di giudizio ben poteva dare esiti divergenti, come si è puntualmente verificato; emergeva così come il coordinamento fra i due tipi di intervento fosse piuttosto difettoso, posto che l'ottenimento del nulla osta non aveva alcuna efficacia scriminante o scusante rispetto alla condotta punita dalla legge penale<sup>44</sup>. In questo modo, la proiezione di un film che pure fosse stata ammessa dalle commissioni di revisione, magari con un divieto ai minori, ben poteva essere giudicata illecita dal giudice penale; la mancanza di un raccordo razionale fra le due forme di controllo era tale per cui si è persino verificato il (surreale) caso in cui gli stessi membri delle commissioni che avevano dato parere favorevole alla concessione del nulla osta sono stati imputati a titolo di concorso<sup>45</sup>.

---

2018, 6.

<sup>40</sup> Così N. Bassi, *La censura cinematografica fra valori costituzionali e giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, cit., 943.

<sup>41</sup> V. Tar Lazio, sez. II quater, 28 febbraio 2007, n. 2301 (la vicenda riguardava il film *Apocalypse*).

<sup>42</sup> In specie, la previsione di cui al terzo comma, n. 2, di tale articolo, che punisce con la reclusione da tre mesi a tre anni e la multa non inferiore a 103 euro chi «dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità». Il d.lgs. 8/2016 ha depenalizzato le condotte previste dai primi due commi dell'art. 528 c.p., ma la riforma ha tuttavia mantenuto l'illiceità penale delle ipotesi previste dal terzo comma, per cui ancora oggi le proiezioni cinematografiche oscene integrano un'ipotesi di reato.

<sup>43</sup> V. M. Ramajoli, *Cinema e libertà*, cit., 3.

<sup>44</sup> V. M. Immordino-A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, Torino, 2023, 458.

<sup>45</sup> V. P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, 437, che segnalava la «evidente irrazionalità del sistema».

Proprio la mutevolezza nel tempo del parametro del buon costume si riflette nella prassi applicativa, che copre un periodo lungo più di un cinquantennio e segnato da una radicale rivoluzione dei costumi sociali e sessuali. In termini assoluti, non è stato frequente il caso di diniego di nulla osta: fra il 1962 e il 2017, la percentuale di lungometraggi colpiti (almeno in un grado della revisione amministrativa) da divieto assoluto di proiezione è stata pari a circa il 2,46% delle domande. Ma è il dato per decenni a mostrare un andamento interessante: negli anni sessanta è stato pari al 3,67%; negli anni settanta si è toccato il culmine, con il 5,26%; negli anni ottanta la percentuale è scesa al 3,05% e a negli anni novanta c'è stato un crollo allo 0,12% (con solo 5 film in tutto colpiti). A partire dal 2000 il dato è ancora più basso: il nulla osta è stato negato in tre soli casi<sup>46</sup>.

Già questi elementi rivelano come la censura totale fosse sostanzialmente caduta in desuetudine già più di trent'anni fa, quando era ormai evidente – almeno sotto questo aspetto – il superamento per fatti concludenti del sistema approntato nel 1962. Ma il numero tutto sommato mai esorbitante di film respinti si spiega in realtà proprio per la facoltà di un canale di dialogo fra i richiedenti e le commissioni, che – in continuità con il sistema precedente – ha consentito una prassi ben poco rispettosa dell'integrità delle opere cinematografiche.

Il regolamento di esecuzione della l. 161/1962 prevedeva infatti che la commissione potesse sospendere la sua attività invitando il richiedente «a sopprimere o a modificare singole scene o sequenze o battute»<sup>47</sup>. A riprova ulteriore di come fosse tenuto in poco conto il valore dell'unitarietà dell'opera sottoposta a revisione, è su questa base che avevano preso largamente piede contrattazioni sui tagli al fine di evitare il diniego di nulla osta o il divieto ai minori, spesso lambendo «il limite del grottesco, con soppressione di singole parole o di singoli fotogrammi»<sup>48</sup>. Produttori e distributori si sono prestati a questi mercanteggiamenti per evitare il danno economico che sarebbe potuto derivare da un divieto assoluto di uscita in sala o, molto più frequentemente, da un divieto di visione da parte dei minori, tutte ipotesi molto penalizzanti dal punto di vista economico anche in vista di uno sfruttamento successivo del film<sup>49</sup>; questo però a prezzo del sacrificio dell'integrità dell'opera e a danno degli adulti che erano così privati della possibilità di fruire delle pellicole per come erano state concepite, dovendosi accontentare della versione addomesticata dall'intervento delle commissioni di revisione (intervento peraltro condotto anche al di fuori parametro del solo buon costume nel caso si fosse voluto evitare un divieto ai minori). In questo modo, il sistema ha incentivato forme di autocensura economica degli stessi operatori, che spesso presentavano opere già purgate delle parti che avrebbero plausibilmente comportato l'imposizione di un divieto<sup>50</sup>.

L'art. 13 della l. 161/1962 proibiva infatti la trasmissione televisiva dei film a cui fosse

<sup>46</sup> I dati sono elaborati sulla base di quelli reperibili sulla banca dati [www.italiataglia.it](http://www.italiataglia.it).

<sup>47</sup> Art. 8, ultimo comma, d.P.R. 2029/1963.

<sup>48</sup> F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, 324.

<sup>49</sup> V. M. Immordino-A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 454.

<sup>50</sup> V. R. Virgilio, *La censura cinematografica: libertà dello spettatore, tutela dei minori e censura economica*, in *Aedon*, 1, 2000, 8.

stato negato il nulla osta o che fossero stati classificati come vietati ai minori di 18 anni; e dunque gli imprenditori del settore avevano tutto l'interesse a evitare di incorrere in simili provvedimenti. Merita anche attenzione il fatto che il legislatore non abbia mai previsto un sistema di censura preventiva per la trasmissione televisiva: il divieto riguardava i film originariamente destinati alla proiezione in sala ma non le produzioni nate per la televisione o comunque direttamente distribuite in Italia tramite tale canale. Questa scelta era dovuta soprattutto al fatto che, all'epoca dell'adozione della legge, il monopolio statale sulla televisione già garantiva controlli e limiti ben più severi di quelli per la proiezione delle pellicole nei cinema<sup>51</sup>. La situazione è poi mutata nei decenni successivi, con l'avvento delle reti private; ma gli interventi normativi non hanno mai predisposto un sistema di controllo preventivo per le produzioni direttamente distribuite col mezzo televisivo, limitandosi a porre obblighi e a prevedere sanzioni nel caso dell'accertamento *ex post* della loro violazione<sup>52</sup>.

Proprio in ragione del mercato televisivo, nel 1994 fu infine introdotta la possibilità di sottoporre un film a una nuova revisione una volta che fossero passati cinque anni dall'inizio di possibilità di sfruttamento su tale mezzo; soluzione con cui una stessa opera già giudicata in passato poteva magari giovarsi di un minor rigore dovuto all'evoluzione sociale nel corso del tempo. Restava più diffusa, però, una prassi precedente, cioè quella di presentare una versione formalmente diversa (una riedizione) di un'opera che aveva già ottenuto un divieto, opportunamente modificata e tagliata allo scopo sia di dimostrare che si trattasse di una pellicola obiettivamente differente, sia soprattutto di ottenere un giudizio meno severo; ma è evidente che operazioni di questo tipo – tutt'altro che infrequenti – determinavano lo snaturamento dell'opera, tra l'altro per iniziativa degli stessi titolari dei diritti.

In ogni caso, la lunga prassi applicativa denota – e il dato non stupisce – un progressivo allentamento dei criteri nel corso del tempo. Nella prima fase ancora si registrava uno zelo censorio che colpiva il nudo e persino il lessico, oltre che scene di violenza: limitandosi a pochi esempi, il nulla osta con divieto ai minori di 14 anni per *Blow-Up* (1966) di Michelangelo Antonioni fu concesso a seguito dell'alleggerimento di una scena intima e dell'eliminazione di un nudo integrale femminile; quello per *Il medico della mutua* (1968) di Luigi Zampa fu subordinato alla sostituzione della parola "puttana" con "sgualdrina" e alla rimozione dell'inquadratura di un seno. Emblematico il caso di *Ultimo tango a Parigi* (1972) di Bernardo Bertolucci<sup>53</sup>: il film, nonostante la commissione ne avesse ritenuto il carattere artistico, ottenne il nulla osta con divieto ai minori di 18 anni dopo tagli a due scene di rapporti sessuali e la sostituzione di una battuta; la pellicola fu poi immediatamente oggetto di un procedimento penale per oscenità in cui in primo grado venne ritenuta l'esimente dell'opera artistica, che però non fu riconosciuta

---

<sup>51</sup> V. R. Zaccaria, *Profili giuridici della censura*, in *Psiche*, 2, 2021, 424.

<sup>52</sup> È stato così introdotto il divieto di trasmissione dei film vietati ai minori di 14 anni fra le ore 7 e le ore 22.30 (art. 15, comma 13, l. 223/1990); i divieti sono stati poi ribaditi dall'art. 34 del testo unico della radiotelevisione (d.lgs. 177/2005), unitamente ad obblighi più generali di tutela dei minori nella programmazione.

<sup>53</sup> Sulla vicenda v. C. De Fiore, *Cinema e Costituzione*, cit., 260 ss.

in appello e in Cassazione<sup>54</sup>. A distanza di anni, un ulteriore procedimento (sorto a seguito della proiezione in una rassegna cinematografica) si è invece concluso con l'assoluzione per il riconoscimento del carattere artistico dell'opera accertato da una perizia di esperti<sup>55</sup>. Ma era cambiato nel frattempo il clima culturale, sempre meno favorevole a un intervento repressivo sulle pellicole destinate a un pubblico soltanto adulto.

A partire dagli anni novanta si segnala una tendenza piuttosto liberale; ad esempio, *Eyes Wide Shut* (1999) di Stanley Kubrick ottenne il divieto ai soli minori di 14 anni senza alcun taglio delle scene di sesso; *Gangs of New York* (2002) di Martin Scorsese, nonostante le scene di notevole violenza, ottenne il nulla osta senza alcun divieto e nessun taglio, così pure come *La passione di Cristo* (2004) e *Apocalypto* (2006) di Mel Gibson, pure caratterizzati dalla crudezza e dalla violenza della rappresentazione (quest'ultimo film fu poi vietato ai minori di 14 anni dal giudice amministrativo). Questo atteggiamento, che rifletteva un approccio molto meno rigido, ha sollevato fondate perplessità per la disinvoltura con cui, in assenza di contenuti sessualmente espliciti, erano stati ritenuti visibili a tutti film oggettivamente non adatti ai minori.

## **5. Il superamento della censura: il sistema di classificazione a tutela dei minori**

La fine della censura cinematografica è un traguardo per tanti versi atteso, anche se non certo tempestivo. Il sistema delineato nel 1962, come visto, per tutta la sua ultima fase applicativa aveva dato evidenti segni di superamento sia per la sostanziale disapplicazione del diniego del nulla osta, sia pure per alcuni episodi che segnalavano una scarsa sensibilità per la tutela dei minori rispetto a opere dai contenuti violenti o comunque potenzialmente disturbanti, anche se non collegati alla sfera dell'osceno.

Da ormai molto tempo la società italiana sembrava pronta a una prova di effettiva maturità, nel senso di trattare gli adulti come tali emancipandoli dal paternalistico controllo preventivo delle proiezioni cinematografiche, che tra l'altro costituiscono oggi ormai soltanto uno (e nemmeno il più rilevante) fra i tanti tipi di consumi di opere audiovisive. Rispetto agli anni sessanta, la tecnologia digitale ha moltiplicato i canali della televisione lineare e ha consentito l'affermazione di numerose piattaforme online che forniscono una quantità notevole di film e serie di ogni tipo; in un contesto così mutato, la permanenza di un sistema censorio per le sole proiezioni cinematografiche costituiva davvero il lascito sempre meno giustificabile di un'altra epoca. Che senso poteva avere, infatti, vagliare preventivamente la proiezione di una pellicola per consentire la sua proiezione in sala, quando un contenuto perfettamente simile avrebbe potuto essere liberamente distribuito su altre piattaforme (e raggiungere, magari, un'utenza molto più estesa) senza alcuna attività preliminare da parte di un'autorità pubblica?

Sotto un diverso profilo, inoltre, non è stata senza conseguenze l'emersione (nemmeno recente nel tempo) di una nuova lettura del limite del buon costume, sia pure non in diretta relazione con la censura cinematografica. Fin dagli anni settanta è sorto e si

---

<sup>54</sup> Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 1976.

<sup>55</sup> Trib. Roma, 9 febbraio 1987.

è poi affermato un indirizzo della giurisprudenza comune secondo cui il commercio e la diffusione di materiale pornografico non dovevano essere puniti ai sensi dell'art. 528 c.p.<sup>56</sup> qualora fossero avvenuti con modalità idonee a escludere i terzi non consenzienti e ovviamente i minori, circoscrivendo l'accesso e la visione ai soli soggetti adulti liberamente intenzionati a farlo; in questo modo, infatti, non si sarebbe recato offesa al pudore di nessuno. L'orientamento è stato poi fatto proprio dalla sentenza n. 368/1992 della Corte costituzionale, con cui è stato specificato che il buon costume è un valore riferibile alla collettività in generale che, in relazione alle modalità di espressione del costume sessuale in un dato momento, denota le condizioni indispensabili per assicurare «una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)». Questo spunto innovativo è stato poi sviluppato nella successiva sentenza n. 293/2000, con cui è stata rigettata una questione di legittimità relativa alla norma che punisce le pubblicazioni raccapriccianti<sup>57</sup>, posto che il buon costume ricomprende anche il contenuto minimo delle «diverse morali del nostro tempo», cioè il «rispetto della persona umana»<sup>58</sup>.

Da questa evoluzione ora sommariamente richiamata discendono un restringimento e al contempo un'estensione del limite indicato dall'ultimo comma dell'art. 21 Cost. Secondo un approccio autenticamente liberale, la condotta offensiva del buon costume si trasferisce dall'oggetto alle modalità con cui questo è messo in circolazione, di modo che non sussiste una lesione se si esclude che le persone non interessate e i minorenni possano entrarvi in contatto e dunque esserne turbate; questa lettura legittima così la proposta esegetica di chi, con riferimento al cinema, ha da sempre proposto di circoscrivere il limite del buon costume alla protezione dei minori, essendo per gli adulti sufficiente un obbligo di informazione gravante sugli operatori circa il carattere osceno della proiezione<sup>59</sup>. D'altro canto, non sfugge che il riferimento alla dignità e al rispetto della persona comporti un qualche allargamento del limite al di là dei classici confini del pudore; dilatazione che però, nell'ottica di un vincolo destinato a operare soprattutto a tutela dei minori, ben si giustifica se si tiene a mente che lo sviluppo psicofisico e la serenità dei bambini e dei ragazzi possono essere turbati, com'è ovvio, anche da rappresentazioni che non riguardino la sola sfera sessuale.

Alla luce di queste premesse, è evidente che le scelte del legislatore del 1962 esprimevano un bilanciamento ormai ampiamente superato e che la disciplina meritava un radicale ripensamento<sup>60</sup>. La legge n. 220/2016 ha disposto una riforma generale dell'in-

---

<sup>56</sup> La previsione è stata poi depenalizzata dal d.lgs. 8/2016 (tuttavia, come si è già fatto cenno, la riforma del 2016 ha mantenuto la rilevanza penale delle condotte previste al terzo comma dell'art. 528 c.p., fra cui gli spettacoli – teatrali o cinematografici – osceni).

<sup>57</sup> Art. 15 l. 47/1948.

<sup>58</sup> Per questa evoluzione della nozione di buon costume v. S. Franzoni, *Pubblicazioni e spettacoli "osceni"*, cit., 987 ss.; M. Cuniberti, *Il buon costume e i reati di opinione*, in G.E. Vigevani-O. Pollicino-C. Melzi d'Eril-M. Cuniberti-M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, II ed., Torino, 2022, 176 ss.; M. Immordino-A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 448 ss.

<sup>59</sup> In questo senso P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 260; O. Algardi Zara, *Arte e censura*, cit., 111.

<sup>60</sup> Come ben evidenziato da M. Ramajoli, *Cinema e libertà*, cit., 4.

tero settore del cinema e dell'audiovisivo<sup>61</sup>; l'art. 33 del provvedimento ha conferito al governo la delega per la disciplina della tutela dei minori nella visione di opere cinematografiche e audiovisive e per la contestuale abrogazione della procedura di revisione cinematografica. È su questa base che è stato infine adottato il d.lgs. 203/2017, che costituisce la normativa vigente<sup>62</sup>.

Il nuovo assetto si differenzia in modo significativo da quello del 1962: non si tratta più di un sistema in cui l'autorità amministrativa esercita un'attività preventiva di revisione e censura finalizzata a vietare la proiezione di pellicole contrarie al buon costume, ma di un sistema in cui gli operatori sono tenuti a classificare le proprie opere in relazione alla sola protezione dei minori e l'autorità amministrativa si limita a effettuare un controllo su tale attività.

È dunque mutato l'obiettivo: una tutela non più generalizzata ma riservata ai soli minori, in una prospettiva che si fonda sui principi di responsabilità e libertà degli imprenditori cinematografici e delle famiglie. È così evidente che, in conformità all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, il legislatore ha inteso che le misure preventive a tutela del buon costume imposte dalla Costituzione possano tradursi in concreto nella sola protezione dei minorenni, senza invece intrusioni nelle scelte dei maggiorenni; di conseguenza, non è oggi più prevista la possibilità di un divieto di proiezione generale, che inibisca la visione di un'opera anche agli adulti. Per quanto, come si è visto, questa fosse ormai un'ipotesi del tutto eccezionale anche negli ultimi decenni di vigenza della precedente normativa, la novità è comunque molto significativa sul piano simbolico, perché segna per la prima volta la rinuncia dello Stato a sostituire il giudizio della propria amministrazione alle libere scelte dei cittadini maggiorenni circa la visione delle pellicole in sala; sul piano pratico, inoltre, non è senza significato che la scomparsa del diniego di proiezione elimini comunque una minaccia che aveva spesso predisposto gli operatori ad accettare di buon grado tagli e modifiche.

Il nuovo sistema individua quattro possibili classificazioni delle opere: per tutti; non adatte ai minori di anni 6; vietate ai minori di anni 14; vietate ai minori di anni 18. Per le ultime due ipotesi è previsto che il minore che abbia rispettivamente compiuto 12 o 16 anni possa comunque assistere alla proiezione se accompagnato da un genitore o da un esercente la responsabilità genitoriale, mentre le opere non adatte ai bambini con meno di 6 anni (categoria di nuova introduzione) sono comunque da questi visionabili; si tratta della traduzione pratica del principio di responsabilizzazione della famiglia, quale primo soggetto idoneo a valutare la maturità del minore.

Quanto ai criteri in base a cui la classificazione deve essere effettuata, il decreto legislativo si limita a indicare in modo generico che deve essere «proporzionata alle esigenze della protezione dell'infanzia e della tutela dei minori, con particolare riguardo alla sensibilità e allo sviluppo della personalità propri di ciascuna fascia d'età e al rispetto della dignità umana»<sup>63</sup>; manca dunque una indicazione puntuale del metro di giudizio – ca-

---

<sup>61</sup> Sulla l. 220/2016 v. L. Casini, *"Il nastro dei sogni"? Il diritto (pubblico) del cinema e dell'audiovisivo*, in *Aedon*, 3, 2017.

<sup>62</sup> Su cui v. C. De Fiore, *Cinema e Costituzione*, cit., 329 ss.; M. Immordino-A. Contieri, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, cit., 463 ss.

<sup>63</sup> Art. 2 d.lgs. 203/2017.

ratteristica che, come si è visto, attraversa tutta la storia della legislazione sui cinema –, e tale scelta continua quindi a lasciare alla prassi il compito di interpretare, in rapporto all'evoluzione sociale, la portata effettiva dei limiti alla visione delle opere.

La responsabilizzazione degli operatori cinematografici comporta che siano il produttore, il distributore o comunque il titolare dei diritti a dover effettuare in prima battuta la classificazione della pellicola, inviandone una copia alla direzione cinema del ministero dei beni culturali unitamente a una motivazione circa la scelta operata<sup>64</sup>. La commissione per la classificazione delle opere cinematografiche, appositamente istituita presso la direzione cinema, ha il solo scopo di verificare la correttezza della classificazione decisa dall'operatore<sup>65</sup>.

La commissione è formata in tutto da 49 membri nominati dal ministro secondo una puntuale ripartizione fra professionisti, esperti ed esponenti delle associazioni; in sintesi, i componenti sono individuati fra gli esperti di diritto, pedagogia, sociologia, psicologia, cinema, nonché fra i rappresentanti delle associazioni dei genitori e quelli delle associazioni per la protezione degli animali<sup>66</sup>; non è quindi più prevista una partecipazione dei rappresentanti degli operatori cinematografici, ma l'assenza si spiega proprio per il ruolo attivo che questi hanno nella classificazione delle proprie opere.

Dal punto di vista operativo, la commissione opera in sottocommissioni (attualmente sette), secondo un'organizzazione stabilita dal proprio regolamento. La commissione deve rispondere entro venti giorni e, in caso di mancata risposta, non si ha più l'ipotesi di silenzio-assenso: essa deve comunque esprimersi, ma intanto il film può già essere distribuito nelle sale con la classificazione individuata dall'operatore. Nel procedimento di verifica della classificazione è stato mantenuto il diritto al contraddittorio: come nel precedente sistema, gli operatori cinematografici devono essere uditi se ne fanno richiesta. Per quanto non sia più presente una disposizione che consente alla commissione di formulare l'invito a modificare o eliminare parti dell'opera, non si può escludere che questa prassi possa riproporsi proprio nel momento del dialogo fra operatori e commissione<sup>67</sup>; tuttavia, nella logica del nuovo sistema – che si ispira anche, per la prima volta in modo esplicito, alla tutela della libertà dell'arte – il contraddittorio dovrebbe servire a esplicitare le ragioni della classificazione effettuata dall'operatore più che a consentire una negoziazione su eventuali tagli.

Il sistema di garanzie procedurali e giurisdizionali è analogo a quello previgente. Avverso il parere della commissione è previsto il rimedio del riesame presso due sottocommissioni diverse da quella iniziale; è stata poi confermata la possibilità di impugnare il parere definitivo avanti il giudice amministrativo, che mantiene su questa materia una giurisdizione estesa al merito (e quindi può riformare o sostituire il provvedimento

---

<sup>64</sup> Art. 4 d.lgs. 203/2017.

<sup>65</sup> La commissione è stata infine nominata il 2 aprile 2021 e ha adottato il proprio regolamento di funzionamento il primo ottobre 2021, che è stato approvato dalla direzione generale cinema con decreto del successivo 18 ottobre; è da questo momento che devono considerarsi abrogate le norme previgenti, in particolare la l. 161/1962, ed è entrato in funzione il nuovo sistema.

<sup>66</sup> Come stabilito dall'art. 3, comma 3, d.lgs. 203/2017.

<sup>67</sup> Come evidenziato da M. Giusti, *Dalla censura alla classificazione delle opere*, cit., 529.

della commissione)<sup>68</sup>.

Alla classificazione delle opere cinematografiche deve essere data ampia visibilità, secondo puntuali obblighi di pubblicità<sup>69</sup>: essa deve quindi risultare nei materiali promozionali, nei trailer, nei manifesti e nelle sale cinematografiche, in special modo – come è ovvio – quando l’opera è vietata o sconsigliata ai minori. In passato, il divieto di visione ai minori era indicato, e dunque pubblicizzato, in modo generico, cioè senza riferimento ai motivi per cui era stato apposto; la riforma del 2017 prende molto sul serio gli obblighi di informazione e predispose allo scopo un sistema di icone indicanti anche la presenza di specifici contenuti sensibili per i minori, secondo una tipologia definita con decreto del direttore generale cinema. Tale decreto<sup>70</sup> ha individuato sei tipi di contenuti sensibili, assegnando a ciascuno una specifica icona: violenza; sesso; uso di armi; linguaggio e turpiloquio; uso di sostanze stupefacenti o alcol; discriminazione e incitamento all’odio. Queste icone devono essere mostrate sul sito e sulle pagine social ufficiali del film, nonché su quelli delle sale cinematografiche che lo proiettano, e sui materiali informativi e promozionali all’interno della sala. Pur non trattandosi di una fonte primaria, il decreto individua poi alcune linee guida utili alla classificazione delle opere in base alla ricorrenza e all’intensità dei contenuti sensibili.

La scelta di segnalare al pubblico quali siano in dettaglio i contenuti sensibili di una pellicola assicura così alle famiglie di poter valutare più precisamente l’opportunità di esporre o meno il minore alla sua visione; ma, volendo, consente al contempo anche agli adulti di regolarsi rispetto alla loro sensibilità, evitando la fruizione cinematografica di quelle opere che potrebbero turbarli o infastidirli. Vero è che il sistema è tutto parametrato in base alle esigenze dei minori, e non certo dei maggiorenni; tuttavia, l’adulto che non voglia vedere – ad esempio – scene troppo violente o troppo spinte sul piano sessuale troverà nel sistema delle icone un’informazione puntuale per potersi orientare.

Il sistema introdotto nel 2017, per quanto impostato in modo molto più rispettoso dell’autonomia e della responsabilità degli operatori cinematografici, non è comunque di tipo volontario, come invece nell’esperienza di altri ordinamenti<sup>71</sup>. La classificazione delle opere costituisce infatti un obbligo di legge, su cui l’amministrazione pubblica esercita un significativo potere di controllo. La violazione degli obblighi di classificazione e pubblicizzazione comporta l’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, oltre che l’ulteriore misura di tipo reputazionale della pubblicazione su internet del provvedimento sanzionatorio<sup>72</sup>; restano inoltre vigenti le sanzioni amministrative comminate dall’art. 668 c.p. per le rappresentazioni di opere cinematografiche non sottoposte a classificazione o in violazione della classificazione verificata dalla commissione<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> La norma di riferimento è l’art. 134, comma 1, lett. e) del codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), come modificato dal d.lgs. 203/2017.

<sup>69</sup> Come previsto dall’art. 7 d.lgs. 203/2017.

<sup>70</sup> Adottato infine il 5 agosto 2021.

<sup>71</sup> In particolare negli Stati Uniti; sul sistema statunitense v. P. Sammarco, *La revisione cinematografica e il controllo dell’audiovisivo*, cit., 169 ss.

<sup>72</sup> Le sanzioni sono stabilite dall’art. 9 d.lgs. 203/2017.

<sup>73</sup> Come nota C. De Fiore, *Cinema e Costituzione*, cit., 337, il vigente assetto profila «un sistema ibrido

---

Continua dunque a permanere un regime di specialità che circonda la proiezione di pellicole in sala, che segnala la difficoltà ad abbandonare del tutto l'idea di forme di intervento preventivo, per quanto ormai molto mitigate e finalizzate alla sola tutela dei minori. Sotto questo profilo, il d.lgs. 203/2017 ha in realtà ridimensionato le potenzialità insite nella legge di delega, che autorizzava l'adozione di una disciplina complessiva a «tutela dei minori nella visione di opere cinematografiche e audiovisive»<sup>74</sup>, intervenendo anche nell'ambito dei prodotti trasmessi in televisione e su internet, oltre che dei videogiochi; si sarebbe così potuta approvare una disciplina unitaria sui limiti preventivi all'audiovisivo a prescindere dal mezzo di diffusione. Il legislatore delegato ha invece adottato una disciplina di settore, relativa alla sola proiezione cinematografica, che da questo punto di vista tradisce una certa continuità con il passato.

Per quanto riguarda la diffusione di contenuti in televisione, è stato evidentemente ritenuto adeguato il sistema già esistente, di cui si è già fatto cenno. Per i videogiochi e le opere diffuse su internet, con una scelta che può destare ben più di una perplessità sotto il profilo del rispetto dei rapporti fra le fonti<sup>75</sup>, il decreto legislativo ha invece sub-delegato la disciplina all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Il regolamento adottato dall'autorità il 6 marzo 2019 impone ai provider la classificazione dei prodotti, che però è condotta su classi di età diverse da quelle previste dal d.lgs. 203/2017 (si differenziano le fasce di età in 6, 12, 15 e 18 anni); in ogni caso, non è previsto alcun intervento preventivo, ma solo un'attività di vigilanza dell'autorità stessa.

Si è così persa l'occasione di individuare criteri unitari per tutte le opere audiovisive, a prescindere dal canale di diffusione, e al contempo il legislatore del 2017 ha ribadito un regime più severo per la sola proiezione cinematografica, l'unica forma di diffusione gravata da un'attività preventiva di controllo da parte dei poteri pubblici. Si sarebbe allora potuto superare del tutto questa impostazione, lasciando all'autonomia degli operatori del cinema il compito di classificare le proprie opere e prevedendo una forma di sorveglianza e controllo soltanto successiva, in armonia con gli altri mezzi di diffusione.

In ogni caso, il sistema vigente supera finalmente il doppio binario censorio, posto che l'attività preventiva può comportare un limite alla diffusione di un'opera soltanto rispetto ai minori. Da questo punto di vista, ci si può chiedere se nell'attuale contesto sia ancora opportuna la perdurante vigenza dell'art. 528, terzo comma, c.p., che continua a punire gli spettacoli cinematografici osceni; ciò non tanto per la necessità di un parallelismo fra controllo preventivo e successivo, quanto piuttosto perché la previsione penale sembra superata dall'evoluzione sociale. Certo, oggi si potrebbe ritenere che la proiezione di un film classificato col divieto per i minori di 18 anni non possa più offendere il pudore, in quanto la visione sarebbe riservata ai soli adulti preventivamente avvisati del carattere osceno dell'opera; ma forse si potrebbe immaginare un apparato

---

di *movie rating system*, nel quale convivono caoticamente procedure di responsabilizzazione familiare e forme di controllo governativo, dominio del mercato (*in primis*, produttori e distributori) e obsoleti modelli sanzionatori. Un intricato coacervo di norme nel quale la censura, anziché sparire, come da tanti auspicato, rischia, sempre di più, di accentrarsi nelle mani delle grandi *corporations*».

<sup>74</sup> Art. 33 l. 220/2016.

<sup>75</sup> In questo senso M. Caporale, *L'Agcom e la legge sul settore cinematografico e audiovisivo. Le opere audiovisive destinate al web*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 425-426.

repressivo effettivamente concepito per punire la violazione del buon costume per come deve essere ormai correttamente inteso, quale tutela dei minorenni, e valutare se allo scopo è davvero necessario ricorrere a una sanzione di natura penale.

Nel complesso, e nonostante le criticità ora accennate, l'intervento di riforma del 2017 riflette sicuramente un miglior bilanciamento degli interessi e delle libertà costituzionali in gioco, anche alla luce dell'attuale contesto sociale. Può però sorgere il dubbio che il cambio di paradigma sia più visibile sul piano formale che nella prassi, e cioè che il nuovo assetto non comporti in concreto significativi cambiamenti. Il vero punto dolente del vecchio sistema, nella sua fase più matura, restava la scarsa considerazione del valore artistico dell'opera cinematografica; ma ciò non tanto per la possibilità di un diniego del nulla osta, quanto soprattutto per la volontà dei produttori e distributori di assicurare la massima diffusione ai loro film, e dunque per la loro disponibilità ad alterare le pellicole per renderle visibili a tutti o comunque per non incorrere nel divieto di visione sotto i 18 anni. Con ogni plausibilità, problemi simili continueranno a porsi anche con il nuovo sistema; e permarrebbero probabilmente anche se si eliminasse il controllo pubblico preventivo, posto che in ogni caso dovrebbero essere previste forme di sanzione delle condotte che pongano a rischio la tutela dei minori (come del resto accade per gli altri mezzi di comunicazione di massa).

La questione della tutela della libertà artistica, allora, più che con il rispetto del buon costume in quanto tale, si scontra con ragioni di tipo economico, che propendono per la diffusione di un'opera presso un pubblico il più vasto possibile<sup>76</sup>. Il sistema vigente, almeno in linea di principio, non contempla più espressamente la possibilità di una contrattazione dei tagli fra commissione e operatori cinematografici; ma nessuna norma giuridica può ragionevolmente aspirare a vietare l'autocensura a fini economici di chi detiene i diritti per la distribuzione di un film. Da questo punto di vista, il cinema sconta in modo inevitabile il fatto di essere una forma di espressione artistica e, al contempo, un'attività di impresa che per la sua sopravvivenza non può prescindere da considerazioni di tipo commerciale.

---

<sup>76</sup> In questo senso v. R. Virgilio, *La censura cinematografica*, cit., 3.

# **Minori in rete tra consenso e verifica dell'età.**

## **Analisi comparata e proposte di adeguamento al GDPR\***

Giovanna Capilli

### **Abstract**

Il contributo esamina, con sguardo comparatistico, le questioni relative alla prestazione del consenso dei minori in rete con particolare attenzione alle modalità di verifica dell'età adottate nei vari paesi e alla loro conformità con la normativa europea.

The contribution examines, with a comparative perspective, the issues relating to the provision of consent of minors in online environment with reference to the age verification methods adopted in various countries and their compliance with European legislation.

### **Sommario**

1. Il consenso prestato dal minore: il rapporto tra età e capacità. – 2. Le condizioni applicabili al consenso del minore ai sensi dell'art. 8 del GDPR. – 3. Le modalità di prestazione del consenso al trattamento dei dati da parte di minori di età nel regolamento europeo. – 4. Il consenso del minore e le modalità di verifica dell'età. Le scelte di alcuni Stati membri. Cenni di diritto comparato. – 5. *A European strategy for a better internet for kids (BIK+)* e il Digital Service Act. – 6. Conclusioni.

### **Keywords**

*Age verification* – consenso – minore età – dati personali - minori

---

## **1. Il consenso prestato dal minore: il rapporto tra età e capacità**

L'interesse di studiosi ed operatori del diritto attorno all'attuazione del regolamento (UE) 2016/679 (*General Data Protection Regulation* (GDPR)), entrato in vigore il 25 maggio 2018, è dovuto alle sostanziali modificazioni che lo stesso ha determinato nella

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

legislazione dei Paesi membri.

Sebbene si tratti di un regolamento, in certi ambiti, infatti, il legislatore comunitario ha consentito agli Stati membri di adattare la norma alle diverse realtà e caratteristiche dei singoli ordinamenti realizzando di fatto un'armonizzazione sotto certi aspetti "parziale".

L'Italia si è adeguata alla regolamentazione europea con il d. lgs. recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del 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)" pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 205 del 4 settembre 2018, ed entrato in vigore il 19 settembre 2018. Per quanto qui interessa, una delle questioni oggetto di analisi, a seguito dell'entrata in vigore del decreto che ha modificato il codice privacy, riguarda il tema del consenso prestato dal minore di età in caso di offerta diretta di servizi della società dell'informazione<sup>1</sup> ambito in cui gli Stati membri possano stabilire regole diverse.

Per comprendere appieno le innovazioni introdotte in questo settore, è fondamentale riflettere sul ruolo e sulla capacità dei minori nell'attuale contesto<sup>2</sup>. È innegabile quanto il mondo in cui viviamo sia cambiato e quanto continui a cambiare velocemente: la diffusione generalizzata di tecnologie (pc, internet, smartphone, tablet etc.<sup>3</sup>) ha reso l'accesso a tali strumenti possibile per persone di tutte le età, inclusi i minori<sup>4</sup>. Ciò ha

<sup>1</sup> Ricordiamo che nelle Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 dell'EDPB si specifica che: «Laddove un servizio presenti due componenti economicamente indipendenti, una delle quali è la componente online (ad esempio l'offerta e l'accettazione di un'offerta nel contesto della conclusione di un contratto, o le informazioni relative a prodotti o servizi, comprese le attività di marketing) e l'altra è la consegna fisica o la distribuzione di merci, la prima rientra nella definizione di servizio della società dell'informazione, mentre la seconda no. La consegna online di un servizio rientrerebbe nell'espressione servizio della società dell'informazione di cui all'articolo 8 del regolamento generale sulla protezione dei dati». Inoltre, si veda: CGUE, C-108/09, *Ker-Optika*, (2010), §§ 22-28. In relazione ai "servizi compositi", si veda la causa CGUE, C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL* (2017), § 40, nella quale si afferma che un servizio della società dell'informazione che costituisce parte integrante di un servizio generale la cui componente principale non è un servizio della società dell'informazione (in questo caso un servizio di trasporto), non rientra nella qualificazione di "servizio della società dell'informazione".

<sup>2</sup> Il tema di grande attualità è stato indagato anche dalla dottrina soprattutto relativamente alla contrattazione dei minori, tra gli altri in particolare: G. Alpa, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 2004, 517 ss.; G. Capilli, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Torino, 2012; M. Cinque, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007; F. Panuccio Dattola, *Minori ed internet*, Torino, 2009; R. Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020.

<sup>3</sup> I dati si possono ricavare da Unicef, *Rapporto Annuale dell'Unicef*, dicembre 2017, all'url [unicef.it](http://unicef.it).

<sup>4</sup> Unicef, *Rapporto Annuale dell'Unicef*, cit., 64: «Many are always online: In high-income contexts, it is becoming difficult «to draw the line between offline and online» in children's lives. In the United States, for example, 92 per cent of 13- to 17-year-olds report going online daily. Mobile devices, particularly smartphones – and 73 per cent of this age group have smartphones – enable some to be online "almost constantly". The picture is similar in Europe, where children access the internet from multiple locations and using multiple devices,78 especially smartphones but also desktop and laptop computers, tablets and game consoles». Ulteriori elementi di analisi sono rinvenibili in Unicef, *Commento Generale n. 25 sui diritti dei minorenni in relazione all'ambiente digitale*, 2022, in [unicef.it](http://unicef.it). Ed ancora sul sito del CNIL viene riportata la ricerca effettuata da *Génération Numérique*, un'associazione riconosciuta dal Ministero de l'Education nationale, in [asso-generationnumerique.fr](http://asso-generationnumerique.fr), in cui sono indicate in base all'età le

inevitabilmente aumentato l'uso delle piattaforme digitali e delle applicazioni, sia per l'acquisto di beni e servizi che per interagire con altri utenti attraverso le comunità virtuali come i *social network*.

Questo cambiamento è stato ulteriormente amplificato dalla pandemia Covid-19 che ha reso necessario l'utilizzo di sistemi online anche per le attività quotidiane più semplici, come la scuola, il lavoro e il tempo libero.

Partendo da questo scenario, diventa cruciale analizzare come tali innovazioni e la sempre crescente digitalizzazione influenzino il mondo dei minori<sup>5</sup>, sia sotto il profilo delle opportunità offerte sia dei rischi connessi.

I dati riportati sul sito dell'Unicef delineano un fenomeno in costante crescita, con stime impressionanti. Circa 175.000 bambini e ragazzi, ogni giorno, fanno il loro ingresso nel mondo di internet, con una media di uno ogni mezzo secondo. A livello globale, un terzo degli utenti di Internet è costituito da minori<sup>6</sup> che rappresentano il gruppo di età di gran lunga più connesso<sup>7</sup>.

A fronte della pervasiva diffusione di internet e delle piattaforme online, dove apparentemente tutto è gratuito<sup>8</sup>, occorre una nuova consapevolezza dei modelli di business adottati basati sull'idea che i servizi offerti online vengono scambiati con i dati

---

modalità di utilizzo di internet e dei social (differenziando anche tra bambini e bambine) nonché quali problematiche può determinare l'utilizzo dei social.

<sup>5</sup> Basti pensare che sono cambiate le modalità di socializzazione, si sono sviluppati nuovi linguaggi. Per un approfondimento sul tema: A. I. Cesarano, *I Nativi digitali tra rischi e opportunità. Le ricerche di Eu Kids online*, 2018; U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa: modelli giuridici a confronto*, Milano, 2008. Si veda anche G. Scorza, *Appena nati e già online*, in *Specchio*, 8 gennaio 2023, in cui afferma che «Nel 2022 gli utenti di Internet sono stati oltre cinque miliardi, un terzo dei quali bambini e adolescenti». Nell'articolo Scorza immagina «Internet come un enorme parco di divertimenti [...] nel quale ci sono attrazioni per tutti e attrazioni riservate a chi ha almeno una certa età o una certa altezza» e «la più parte delle piattaforme e dei servizi digitali è espressamente riservata a un pubblico più o meno adulto, tredici anni l'età minima più diffusa, quella, ad esempio, per usare TikTok, Instagram, Whatsapp o YouTube. Eppure i più piccoli vivono letteralmente in questi parchi dei divertimenti».

<sup>6</sup> Dato, questo, confermato di recente. Unifec, *Sui diritti dei minorenni in relazione all'ambiente digitale: AGIA, CIDU ed UNICEF Italia lanciano il nuovo Commento Generale ONU*, 7 febbraio 2022, in *unicef.it*.

<sup>7</sup> Unicef, *Safer Internet Day 2018, una guida sull'uso sicuro del web per i bambini*, 6 febbraio 2018, in *unicef.it*, si legge che alcuni adolescenti arrivano a spedire anche 4.000 messaggi/chat al mese, in media 1 ogni 6 minuti. Il rischio privacy per i minori è stato evidenziato in diverse occasioni, si veda P. Traversi, *App Android per bambini: registrati dati dei minori senza consenso genitori. Lo rivela uno studio di settore*, in *Il Messaggero*, 17 aprile 2018, in cui si legge che «uno studio pubblicato sulla rivista di settore, *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, che ha preso in esame 5.855 applicazioni destinate ad un target di bambini: più della metà violerebbe alcuni dei punti contenuti nella normativa americana (*Children's Online Privacy Protection Act*) che regola l'utilizzo dei dati personali dei minori» ed ancora «le app Android che hanno condiviso informazioni sensibili dei bambini con servizi terzi, solitamente a scopo pubblicitario. Poi i numeri si fanno più grandi. Il 40% dei casi analizzati, circa 2.200 applicazioni, ha liberamente condiviso le informazioni personali degli utenti senza le necessarie ed adeguate misure di sicurezza. Infine, le 1.280 app che richiedono l'accesso tramite l'account di Facebook. Qui la violazione è estesa a quasi tutto il campione. Ben il 92% non ha usato correttamente le opzioni (la casella dove spuntare il flag) per proteggere gli under 13. Chi ha condotto lo studio però, sottolinea, che le presunte violazioni non si traducono automaticamente in responsabilità legali da parte degli sviluppatori dei software o dalla piattaforma Google che li ospita. Anche perché l'obiettivo degli analisti, era solamente dimostrare la validità di un metodo per individuare le eventuali violazioni della legge che protegge i dati dei minori».

<sup>8</sup> G. Scorza, *Appena nati e già online*, cit., che afferma: «sembra gratis ma niente lo è per davvero».

personali degli utenti: «dati personali contro servizi»<sup>9</sup>.

Ciò implica la necessità di adeguare le regole sulla capacità di agire dei minori nelle attività quotidiane e soprattutto nel mercato online dove non solo “consuma” prodotti e servizi, ma deve prendere decisioni importanti anche in relazione all’utilizzo dei propri dati personali<sup>10</sup>.

In questo contesto, il GDPR ha affrontato alcune questioni relative al consenso che rappresenta anche la condizione di legittimità e liceità del trattamento; tema complesso come si evince dal parere 5/09 WP163 del Gruppo di lavoro per la tutela dei dati, che, all’art. 29, prevede che «i dati personali che l’utente inserisce on-line, insieme ai dati che ne descrivono le azioni e le interazioni con altri utenti, possono creare un profilo articolato dei suoi interessi e delle sue attività. I dati personali pubblicati sui siti di social network possono essere usati da terzi per svariati scopi, anche commerciali, e possono comportare gravi rischi come il furto d’identità, il danno economico, la perdita di opportunità commerciali e di possibilità di impiego e pericoli per l’incolumità fisica»<sup>11</sup>.

È necessario, comunque, considerare che, quando ci si trova di fronte ad un soggetto minore di età, la prima cosa che occorre chiedersi è se può esercitare o meno il diritto ovvero si deve individuare chi lo esercita in nome e per conto suo.

Il nostro ordinamento ha sempre considerato il minore soggetto di diritto meritevole di attenzione e protezione in ragione della diversa maturità, ragion per cui sono state dettate regole che ne limitano la capacità di agire.

Quando parliamo di minorenni, è fondamentale domandarsi se hanno la capacità di esercitare determinati diritti ovvero se sia necessario individuare chi li rappresenta. Il nostro sistema legale ha sempre ritenuto i minori meritevoli di protezione fissando regole volte a limitarne la capacità di agire che in base all’art. 2 del c.c. si acquista con il raggiungimento della maggiore età e cioè 18 anni.

Tuttavia, è evidente che tale limite non tenga conto del fatto che molti degli adolescenti sono in grado di autodeterminarsi<sup>12</sup> e di comprendere appieno i propri diritti e le

---

<sup>9</sup> Sul tema si veda il contributo di E. Battelli, *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a “prezzo zero” non sono “gratuiti”*, in *Contratti*, 2022, 355; I. Garaci, *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2021, 800.

<sup>10</sup> E. Andreola, *Misure cautelari a tutela dei minori e social network*, in *Famiglia e Diritto*, 2021, 849.

<sup>11</sup> Working Party 29, *Parere 5/2009 - WP 163 sui social network on-line*, 12 giugno 2009. Un esame del Parere è effettuato da M. Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in E. Ferraro – A. Gorini – M. Marraffino - L. Musselli – M. Orofino - F. G. Pizzetti - F. Rosa - G. Ziccardi, (a cura di) *Privacy, minori e cyberbullismo*, Torino, 2018, 14, il quale evidenzia che «per quanto riguarda il trattamento dei dati necessario per l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri il Working Party 29 sottolinea che il principio del *best interest* del minore può essere classificato anch’esso come un interesse pubblico».

<sup>12</sup> Un esempio di questo approccio si riscontra in caso di trattamenti sanitari. Ebbene, in generale, per la sua incapacità di agire il minore è considerato incapace di fornire il consenso informato in caso di trattamenti sanitari da effettuare sulla sua persona. Come noto, la Convenzione di Oviedo del 1997 (Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina) stabilisce che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato»; la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea stabilisce che «nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati tra gli altri il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge» e in tema di protezione dei dati di carattere personale prevede che «tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in

conseguenze delle proprie azioni anche prima del raggiungimento della maggiore età<sup>13</sup>. L'attuale sistema legale che fissa un'unica soglia di età per l'acquisizione della capacità di agire, nel contesto online ancor più che nel contesto reale, può limitare in modo eccessivo l'autonomia dei minori e, conseguentemente, si dovrebbe guardare con favore ad una graduazione della capacità di discernimento<sup>14</sup> che potrebbe essere più adatta e realizzare una maggiore coerenza tra le legislazioni dei diversi paesi membri dell'Unione Europea anche sotto il profilo del trattamento dei dati personali dei minori<sup>15</sup>.

---

base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica». Per maggiore comprensione si tenga presente che consenso informato vuol dire che il paziente deve essere in grado non solo di rendersi conto dei rischi e dei benefici che possono scaturire dal trattamento, ma che l'informazione sia resa in modo comprensibile, obiettivo ed esaustivo. Non ci soffermeremo sulla questione relativa alla natura del consenso sulla quale la dottrina ha ampiamente dibattuto, ma ci limiteremo a rilevare che - come ovvio - il consenso, per conseguire l'effetto di rendere lecito il "trattamento", deve essere espresso da soggetto capace giuridicamente. Ebbene, in via generale, nel caso di minorenni, si ritiene che siano i genitori esercenti la potestà (ovvero il tutore in mancanza di questi) a doverlo esprimere. Si deve segnalare, tuttavia, che sia la dottrina che la giurisprudenza hanno la tendenza a riconoscere al minore, soprattutto nel caso in cui sia prossimo alla maggiore età, la capacità di prestare il proprio consenso laddove appunto dimostri di essere capace di discernimento. È, addirittura, lo stesso legislatore che in alcuni specifici casi di trattamenti sanitari, come le prestazioni mediche atte a consentire una procreazione responsabile ovvero i casi di interruzione di gravidanza ovvero accertamenti diagnostici e interventi terapeutici e riabilitativi nei confronti del minore che faccia uso di sostanze stupefacenti, esclude l'acquisizione del consenso dei genitori. Ciò a dimostrazione dell'assunto che in alcuni ambiti è senz'altro riconosciuta la totale capacità di prestare il proprio consenso.

<sup>13</sup> L. Tafaro, *L'età per l'attività*, in *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2003, in cui si legge: «Il numero degli anni di un uomo (la sua età) riflette uno stadio della sua maturazione psico-fisica. A rigor di logica a ciascuna età dovrebbe collegarsi una corrispondente e graduale acquisizione della capacità di agire validamente per il diritto, tuttavia, così non è: nel nostro sistema l'acquisto della capacità di agire non è affatto correlato all'effettiva maturazione psico-intellettuale del soggetto, ma è ancorato in maniera rigida ad una soglia di età prefissata dal legislatore e coincidente con il raggiungimento della maggiore età».

<sup>14</sup> Si pensi alla Convenzione dell'ONU del 1989 ratificata nel 1991 e alla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori che utilizzano il termine "capacità di discernimento sufficiente" del minore: sul tema G. Gullotta, *Il minore e la sua capacità di discernimento*, in F. Contri (a cura di), *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, Milano, 2012, 111, il quale sottolinea come tali fonti facciano riferimento al diritto interno per la determinazione del parametro di capacità di discernimento e rileva come in questa materia il nostro diritto non ha una visione univoca; termine che nel nostro ordinamento viene utilizzato per la prima volta nella legge sull'adozione; F. Occhiogrosso, *Discernimento*, in F. Contri (a cura di), *Minori in giudizio*, cit., 50, in cui possiamo leggere «anche per la capacità di discernimento non esiste nella legislazione italiana una definizione. Sulla base delle indicazioni della cultura giuridica e della giurisprudenza si può dire che essa è intesa come la consapevolezza del bambino riguardo alle sue relazioni personali, la sua attitudine a determinarsi nelle scelte esistenziali relative a tali relazioni. Per effetto di tanto il bambino è in grado di esprimere opinioni su ogni questione che lo interessa e si riferisce all'educazione, all'ambiente, ai rapporti familiari. Alcuni studiosi fissano intorno ai 7 anni l'età in cui il bambino acquista tale capacità; altri ritengono più opportuno che essa venga accertata caso per caso». Ritiene che la capacità di discernimento non costituisca una categoria autonoma A. Falzea, *Infermità di mente e problemi di capacità della persona*, in P. Cendon (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988, 23. F. Ruscello, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 404 ss. L'esperienza straniera è molto utile per concepire un sistema diverso rispetto a quello che dà rilevanza al solo dato formale. Sul punto si rinvia per l'analisi comparata a G. Capilli, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Torino, 2012; M. Cinque, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, cit., 75.

<sup>15</sup> M. Macenaite - E. Costa, *Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps*, in *Information & Communications Technology Law*, 2017, in cui gli Autori evidenziano come l'approccio degli Stati sia stato diverso, avendo alcuni adottato quello oggettivo basato sulla fissazione di una soglia

## 2. Le condizioni applicabili al consenso del minore ai sensi dell'art. 8 del GDPR

Il considerando n. 38 del regolamento parte da una precisa notazione e cioè che «i minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali».

Ma il regolamento non si limita a ciò perché sottolinea come in caso di utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore le insidie potrebbero essere addirittura maggiori tanto che in tali casi una «specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente. Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore».

La protezione si estende anche alle modalità di comunicazione nei confronti dei minori tanto che il considerando n. 58 prevede che «dato che i minori meritano una protezione specifica, quando il trattamento dati li riguarda, qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente».

L'art. 8 del regolamento stabilisce le condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione<sup>16</sup> tenendo conto della necessità di una maggiore protezione per i minori rispetto agli adulti. Secondo tale normativa, quindi, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Se il minore ha meno di 16 anni, invece, il trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale<sup>17</sup>.

Il regolamento, tuttavia, ha previsto una “forbice” tra i 13 e i 16 anni in cui gli Stati membri possono decidere liberamente quando il consenso prestato dal minore può essere validamente acquisito<sup>18</sup>.

---

minima di età ed altri soggettivo distinguendo in base alla maturità del minore. Nel testo ci sono diversi riferimenti alle legislazioni degli Stati membri, nonché una ricostruzione dell'evoluzione che ha portato all'art. 8 del GDPR.

<sup>16</sup> La definizione di servizio della società dell'informazione si rinviene nella direttiva (UE) 2015/1535 all'art. 1, c. 1, lett. b): «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.

Ai fini della presente definizione si intende per:

- i) «a distanza»: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti;
- ii) «per via elettronica»: un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici;
- iii) «a richiesta individuale di un destinatario di servizi»: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale».

<sup>17</sup> La norma, quindi, impone a chi offre un servizio della società dell'informazione di accertarsi che il soggetto possa validamente prestare il consenso per il trattamento dei propri dati personali.

<sup>18</sup> G. Scorza, *Appena nati e già online*, cit., evidenzia che «la disciplina europea sulla protezione dei dati personali il famoso GDPR dice espressamente che sotto i sedici anni - quattordici in Italia - un bambino

La scelta perseguita dal legislatore europeo di consentire regole diverse negli Stati membri in questo settore, tuttavia, non convince appieno.

Se da un lato l'obiettivo del regolamento è indubbiamente quello di garantire una protezione adeguata dei dati personali<sup>19</sup>, con particolare attenzione ai minori di età, dall'altro consentire una diversificazione delle normative in questo settore anziché uniformare gli ordinamenti dei Paesi membri, porta a tutele differenti e a incongruenze legislative che, invece, proprio lo strumento regolamentare avrebbe potuto evitare. L'uniformità avrebbe potuto essere vantaggiosa sia per coloro che devono conformarsi alle nuove regole sia per i minori che avrebbero beneficiato di una protezione uniforme per i propri dati personali. Peraltro, la previsione di un'unica soglia di età per tutti gli Stati membri solo in relazione alla prestazione del consenso richiesto per il trattamento dei dati, non avrebbe inciso sulle regole specifiche previste nei diversi ordinamenti in relazione alla validità, formazione o efficacia dei contratti conclusi da minori, come peraltro specificato nell'ultimo paragrafo dell'art. 8.

### **3. Le modalità di prestazione del consenso al trattamento dei dati da parte di minori di età nel regolamento europeo**

Il regolamento stabilisce che il trattamento dei dati dei minori è consentito a partire dai sedici anni di età; in caso di età inferiore, il trattamento è lecito solo se il consenso<sup>20</sup> è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale<sup>21</sup>. Il titolare del trattamento deve adoperarsi *in ogni modo ragionevole*<sup>22</sup> (v. par. 2 dell'art. 8) per verificare l'acquisizione del consenso, tenendo conto anche delle tecnologie disponibili.

---

non è in grado di prestare al fornitore di un servizio digitale il consenso a trattare i suoi dati. Ma, naturalmente, se quel bambino dichiara di essere più grande e il gestore gli crede, il problema è risolto o, almeno, online, si fa spesso finta che sia così».

<sup>19</sup> Art. 1 del regolamento. «Oggetto e finalità:

1. Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché □ norme relative alla libera circolazione di tali dati.
2. Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali.
3. La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali».

<sup>20</sup> Sebbene, non si ritiene di approfondire in questa sede il tema, essendo incentrato il contributo sull'*age verification*, vale la pena accennare al fatto che il consenso è una delle condizioni di legittimità per la validità del trattamento che chiaramente può avvenire sulla base di una diversa condizione di legittimità.

<sup>21</sup> Per una ricostruzione della normativa precedente si rinvia a M. Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in E. Ferraro – A. Gorini – M. Marraffino, L. Musselli – M. Orofino - F. G. Pizzetti - F. Rosa - G. Ziccardi, (a cura di) *Privacy, minori e cyberbullismo*, cit., 9; l'autore mette in evidenza che la «direttiva 95/46/CE, c.d. Direttiva madre, la direttiva 2002/58/CE relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche e la decisione quadro 2008/977/GAI sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale non contengono alcun riferimento specifico né ai minori né ad altri soggetti privi della capacità d'agire», e precisa che «le parole minori o bambini non compaiono in nessuno dei tre testi normativi».

<sup>22</sup> Il corsivo è nostro.

È stato introdotto uno specifico obbligo per i fornitori di servizi online diretti ai minorenni.

In sintesi, in base al GDPR, colui che ha una età pari o superiore ai sedici anni può esprimere un valido consenso ai fini del trattamento dei dati, mentre per gli infrasedicenni il consenso dovrà essere prestato dal titolare della responsabilità genitoriale, oppure questi potrà autorizzare il minore a prestarlo direttamente<sup>23</sup>.

Ciò significa, quindi, che si è creata una differenza tra l'età necessaria per concludere validamente un contratto e l'età necessaria in base al GDPR per prestare il proprio consenso ai fini del trattamento dei dati<sup>24</sup>.

Questa considerazione evidenzia la discrepanza tra teoria e pratica: l'uso sempre più precoce di internet e dei social network dimostra che l'età di accesso a tali servizi è sempre più anticipata, cosicché risulta alquanto inattuabile una simile scissione posto che in tal modo si potrebbe incidere sulla possibilità dei minori di accedere ai servizi delle società di informazione.

Si deve condividere, quindi, l'opinione di coloro i quali ritengono necessario fare coincidere l'età per esprimere il consenso al trattamento dei dati con quella per concludere contratti aventi ad oggetto lo scambio tra il consenso al trattamento dei dati personali e beni o servizi digitali<sup>25</sup>.

Tuttavia, il Regolamento non specifica le modalità concrete con cui il consenso debba

---

<sup>23</sup> Salvo, come si è detto, la possibilità per gli Stati di prevedere una età inferiore e comunque non inferiore ai 13 anni. L'Italia ha optato per i 14 anni.

Non si ritiene di approfondire in questo ambito tutti gli aspetti relativi al consenso del minore al trattamento dei dati personale, sul punto si rinvia a V. Montaruli, *La protezione dei dati personali e il minore*, in V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 288, la quale si sofferma anche sulle situazioni in cui è necessario il contemperamento tra il consenso espresso dal rappresentante legale del minore e la volontà del minore stesso (come per esempio in caso di sperimentazione clinica sui minori che può essere intrapresa soltanto se esistono determinate condizioni).

<sup>24</sup> P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2022, 1054, il quale afferma: «in queste condizioni una prima possibilità potrebbe consistere nel ritenere che il consenso al trattamento dei dati personali e quello alla conclusione del contratto corrano su due binari differenti, con la conseguenza che mentre il consenso al trattamento dei dati potrebbe essere fornito a partire dal compimento del quattordicesimo anno di età, il consenso alla conclusione del contratto di scambio potrebbe essere fornito solo dopo il compimento del diciottesimo anno di età; il che potrebbe peraltro dar adito a risultati applicativi a dir poco assurdi e poco funzionali; la soluzione appare infatti a prima vista barocca ed inutilmente complessa». Sul consenso digitale dei minori nel contesto dei social network e sui possibili conflitti tra consenso digitale dei minori e responsabilità dei genitori, si veda anche C. Sartoris, *Minors' data protection between e-learning and social network platforms*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, 143. Per un approfondimento sulla delimitazione del perimetro del consenso dei minori ai sensi dell'art. 8 si veda V. Montaruli, *La protezione dei dati personali e il minore*, in V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit.

<sup>25</sup> P. Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, cit., il quale scrive: «Si consideri ancora che questa interpretazione, oltre ad evitare artificiali distinzioni per quel che riguarda il consenso, si pone in sintonia con le recenti tendenze ad abbassare progressivamente il limite della capacità negoziale, o meglio ancora a diversificarlo a seconda della tipologia contrattuale; è infatti più che ovvio che da un punto di vista sostanziale i contratti non sono tutti uguali; ne consegue che la maturità necessaria per navigare in internet, per mandare un messaggio di posta elettronica, per utilizzare un motore di ricerca, per iscriversi ad un social network e così via è indubbiamente nettamente inferiore rispetto a quella richiesta per concludere un contratto di compravendita immobiliare, per effettuare una donazione e così via».

essere prestato né come lo stesso debba essere acquisito<sup>26</sup>.

È chiaro che la semplice possibilità di “flaggare” un tasto per confermare di avere almeno 16 anni (o altra età) non rappresenta certamente un metodo “ragionevole” per acquisire il consenso e potrebbe esporre a sanzioni; in ogni caso, il principio di ragionevolezza introdotto dalla normativa comunitaria consente al titolare del trattamento di adottare strumenti di verifica dell’età in base alle finalità del trattamento stesso nonché ai rischi potenziali che potrebbero derivare.

La verifica dell’età con metodi certi diventerà una sfida sempre più importante nei prossimi anni specialmente con l’avanzare dell’intelligenza artificiale. È cruciale, infatti, garantire che gli utenti che operano in internet siano “umani” e non robot. L’intelligenza artificiale rende sempre più complesso questo tipo di controllo cosicché diventerà fondamentale trovare dei sistemi di autenticazione che siano compatibili con il GDPR e che mantengano alta la fiducia degli utenti nell’utilizzo di internet.

D’altra parte, esiste già un’ampia varietà di potenziali metodi di verifica dell’età, come il controllo del documento di identità tramite immagini o video utilizzati in contesti come le app di gioco d’azzardo online, gli incontri virtuali e gli acquisti di prodotti soggetti a restrizioni per i minorenni.

Non esiste, tuttavia, ancora un sistema standardizzato per la verifica di un consenso legittimamente prestato, pertanto, ci si trova di fronte ad un bivio: da un lato si devono evitare burocratizzazioni eccessive che potrebbero ostacolare l’erogazione e l’accesso ai servizi online e dall’altro non si può rischiare di incorrere in possibili falsificazioni della propria età da parte di minori compromettendo così la protezione garantita dal Regolamento.

Un tema strettamente connesso a quello del consenso al trattamento dei dati da parte di un minore è quello della verifica dell’età. Si deve segnalare, a tal proposito, il protocollo di intesa tra Garante privacy e Agcom con cui è stato istituito un tavolo di lavoro per l’elaborazione di un codice di condotta volto a far sì che le piattaforme digitali adottino sistemi affidabili per verificare l’età dei giovani utenti che accedono ai servizi online<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> In tal senso si veda altresì Working Party 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 10 aprile 2018.

<sup>27</sup> La notizia è del 12 aprile 2023. Si deve ricordare ancora che l’EDPB (European Data Protection Board) nel 2020 ha stilato delle “Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679” in cui con riferimento alle modalità pratiche per raccogliere il consenso del genitore o per stabilire che qualcuno è autorizzato a prestare il consenso ha evidenziato che «136 (...omissis...) per quanto riguarda l’autorizzazione del titolare della responsabilità genitoriale, il regolamento non prevede modalità pratiche per raccogliere il consenso del genitore o per stabilire che qualcuno è autorizzato a prestare il consenso. Di conseguenza il Comitato raccomanda l’adozione di un approccio proporzionato, in linea con l’art. 8, paragrafo 2, e l’art. 5, paragrafo 1, lettera c), del regolamento (minimizzazione dei dati). Un approccio proporzionato potrebbe essere quello di concentrarsi sull’ottenimento di una quantità limitata di informazioni, ad esempio i dettagli di contatto di un genitore o del tutore. 137. La ragionevolezza degli sforzi, in termini di verifica tanto che l’utente abbia l’età sufficiente per esprimere il consenso quanto che la persona che esprime il consenso a nome del minore sia il titolare della responsabilità genitoriale, può dipendere dai rischi inerenti al trattamento e dalla tecnologia disponibile. Nei casi a basso rischio, può essere sufficiente la verifica della responsabilità genitoriale a mezzo posta elettronica. Viceversa, nei casi ad alto rischio, può essere opportuno chiedere ulteriori prove affinché il titolare del trattamento sia in grado di verificare e conservare le informazioni di cui all’articolo 7, paragrafo 168. I servizi di verifica di terzi fidati possono offrire soluzioni che riducono al minimo la

#### 4. Il consenso del minore e le modalità di verifica dell'età. Le scelte di alcuni Stati membri. Cenni di diritto comparato

La circostanza che i dati dei minori siano tutelati in modo differente nei Paesi membri è riscontrabile facilmente attraverso una breve analisi comparata sull'attuazione del GDPR in alcuni Stati comunitari.

In Italia, il legislatore ha stabilito che il minore di 14 anni possa fornire un consenso valido al trattamento dei suoi dati, anche se sul punto dobbiamo sempre ricordare che per la conclusione dei contratti la legge stabilisce diversamente ad eccezione di quegli atti minuti della vita quotidiana per i quali si può ammettere una età inferiore ai 18 sebbene si tratti di atti non specificatamente determinati.

Anche la Spagna, a seguito dell'attuazione del GDPR, con la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*<sup>28</sup>, ha mantenuto il limite di età fissato dal legislatore per il consenso dei minori al trattamento dei dati a 14 anni. Va segnalato, tuttavia, che era stato predisposto un *anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos* nel 2017 che, invece, prevedeva l'abbassamento a 13 anni dell'età, in tal modo utilizzando la facoltà concessa dallo stesso Regolamento comunitario<sup>29</sup>. Evidentemente la proposta è naufragata per mantenere lo *status quo ante* della legislazione spagnola che già in precedenza fissava a 14 anni il limite di età per il consenso.

In Francia è stata introdotta la *LOI n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles* con cui si è data attuazione al Regolamento apportando diverse modifiche alle disposizioni già in vigore nonché per dare attuazione alle regole fissate dalla direttiva (UE) 2016/680 sul trattamento delle informazioni ai fini della prevenzione e dell'individuazione di reati, indagini e perseguimento o esecuzione di sanzioni penali. In particolare, con riferimento al consenso del minore al trattamento dei dati la nuova legge fissa a 15 anni il limite di età<sup>30</sup>. Tuttavia, è prevista un'ulteriore partico-

---

quantità di dati personali che il titolare del trattamento deve trattare autonomamente. 138. Esempio 23: Una piattaforma di gioco online vuole assicurarsi che i clienti minorenni si abbonino ai servizi esclusivamente con il consenso dei genitori o tutori. Il titolare del trattamento segue questi passaggi: 139. passaggio 1: chiede all'utente di indicare se ha meno o più di 16 anni (o dell'età alternativa per il consenso digitale). Se l'utente dichiara di avere un'età inferiore a quella per il consenso digitale: 140. passaggio 2: il servizio informa il minore della necessità che un genitore o il tutore acconsenta o autorizzi il trattamento prima che venga erogato il servizio. All'utente viene quindi richiesto di rivelare l'indirizzo di posta elettronica di un genitore o del tutore; 141. passaggio 3: il servizio contatta il genitore o il tutore e ne ottiene il consenso al trattamento tramite posta elettronica e adotta misure ragionevoli per ottenere la conferma che l'adulto abbia la responsabilità genitoriale; passaggio 4: in caso di reclami, la piattaforma adotta ulteriori provvedimenti per verificare l'età dell'abbonato. 143. Se soddisfa gli altri requisiti del consenso, la piattaforma può soddisfare i criteri supplementari di cui all'articolo 8 del regolamento seguendo questi passaggi».

<sup>28</sup> Art. 7: «1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela».

<sup>29</sup> Il progetto di legge, in cui si abbassava a 13 anni l'età, è pubblicato al sito [congreso.es](http://congreso.es).

<sup>30</sup> La CNIL, l'Autorità francese per la protezione dei dati ha evidenziato che da ricerche effettuate è

larità nel caso di minori di anni 15 poiché per essi si prevede che il consenso debba essere fornito congiuntamente a quello della persona o delle persone che esercitano la potestà genitoriale. È stato introdotto praticamente un doppio consenso (già oggetto di qualche critica da parte dei primi commentatori) che, però, potrebbe non rilevarsi funzionale a causa di una forte burocratizzazione. Se si pensa alla sottoscrizione di un account personale sui social network da parte del minore di 15 anni, significa che il consenso deve essere fornito sia dal minore che dal responsabile la potestà genitoriale con la necessità per quest'ultimo di fornire i propri dati per i quali a sua volta sarà necessario il consenso. Occorre, però, fare una ulteriore riflessione. In Francia il minore può compiere da solo tutti gli atti della vita quotidiana, per essi quindi non è necessario il consenso del titolare la responsabilità genitoriale, ma tale consenso potrebbe essere comunque richiesto per il trattamento dei dati del minore.

Sul punto è intervenuta l'Autorità garante per la protezione dei dati francese (CNIL) che ha evidenziato che l'articolo 45 della *loi Informatique et Libertés*<sup>31</sup> prevede che, nell'ambito dei servizi online e per i trattamenti di dati che si basano sul consenso non contrattuale dell'utente, il titolare o i titolari dell'autorità genitoriale devono dare il loro consenso congiuntamente a quello del loro bambino se il figlio ha meno di 15 anni. Questo implica che il consenso per la scelta di un profilo pubblico o privato su un social network, oppure l'attivazione della geolocalizzazione opzionale su un'applicazione, richiede in teoria la concorde decisione del bambino e del titolare o dei titolari dell'autorità genitoriale. In altre parole, i genitori non possono, per questi trattamenti, andare contro la volontà del bambino e il bambino non può superare l'opposizione dei suoi genitori. D'altra parte, per i trattamenti di dati che derivano da contratti conclusi online con il fornitore di servizi, o il minore può stipulare lui stesso un tale contratto perché si ritiene maturo e comunque abbia più di 15 anni, oppure il consenso deve essere dato dai titolari dell'autorità parentale. Secondo l'Autorità francese per quanto riguarda il consenso del bambino, è ovviamente necessario tenere conto del livello di maturità, non potendo essere valutata alla stessa stregua l'espressione della volontà di un bambino che abbia 7 anni oppure 14 anni.

Secondo il CNIL per superare tale problematica si deve fare riferimento al «*principe d'association du mineur aux décisions qui le concernent*», cosicché il genitore dovrebbe prestare il consenso unitamente al proprio figlio e ciò per garantire la «*qualité du consentement qui est donné*», ma anche dare maggiore rilevanza all'opinione del minore<sup>32</sup>.

---

emerso che, a determinate condizioni, i minori di età superiore ai 15 anni dovrebbero poter concludere da soli determinati contratti nell'ambito dei servizi online.

<sup>31</sup> Article 45: «En application du 1 de l'article 8 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, un mineur peut consentir seul à un traitement de données à caractère personnel en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information à compter de l'âge de quinze ans. Lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans, le traitement n'est licite que si le consentement est donné conjointement par le mineur concerné et le ou les titulaires de l'autorité parentale à l'égard de ce mineur. Le responsable de traitement rédige en des termes clairs et simples, aisément compréhensibles par le mineur, les informations et communications relatives au traitement qui le concerne». Conformément à l'article 29 de l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018, ces dispositions entrent en vigueur en même temps que le décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés au 1er juin 2019.

<sup>32</sup> CNIL, *Recommandation 4 : rechercher le consentement d'un parent pour les mineurs de moins de 15 ans*, 9 giugno 2021, in [cnil.fr](http://cnil.fr).

La Germania, la cui legge federale sulla protezione dei dati non prevedeva alcuna regola esplicita in tema di consenso dei minori, ha ritenuto di non dover avvalersi della facoltà concessa dal Regolamento e, pertanto, ha mantenuto a 16 anni il limite per prestare un consenso valido. La regolamentazione relativa alla capacità dei minori per contrarre, nella legislazione tedesca, è piuttosto articolata in quanto si prevedono diverse fasce di età. In via generale, la piena e completa capacità d'agire si acquista con la maggiore età (§ 2 BGB).

I minori fino a sette anni (§ 104 BGB) non hanno capacità di agire e sono esonerati da responsabilità da illecito; i minori di età compresa tra i sette e i diciotto, invece, hanno una capacità limitata (§ 106 BGB) e rispondono per l'illecito solo nel caso in cui siano in grado di comprendere la loro responsabilità.

Non potendo svolgere l'analisi di ogni singola legislazione, e considerato che ognuna presenta delle specifiche peculiarità, sinteticamente è possibile raggruppare i diversi Stati secondo la seguente tabella:

16 anni	15 anni	14 anni	13 anni
Slovacchia, San Marino, Romania, Polonia, Paesi Bassi, Lussemburgo, Liechtenstein, Ungheria, Irlanda	Francia, Repubblica Ceca, Serbia, Grecia	Italia, Spagna, Austria, Bulgaria, Cipro, Lituania	Regno Unito, Svezia, Portogallo, Norvegia, Malta, Lettonia, Islanda, Finlandia, Estonia, Danimarca

Dal punto di vista delle regole e delle modalità relative alla verifica dell'età online da quanto si dirà in seguito emerge una certa convergenza nelle soluzioni ricercate dai vari Paesi.

I sistemi di verifica dell'età attualmente utilizzati su Internet (autodichiarazione, condivisione delle credenziali con il fornitore di contenuti), infatti, presentano diversi rischi come: la localizzazione di minori attraverso internet, l'incertezza sull'età dichiarata, l'esposizione dell'identità a più attori della rete, la profilazione di massa, la raccolta e il trattamento di dati non necessari, ed altro ancora.

È utile, pertanto, effettuare una breve indagine su come i diversi Paesi stiano cercando di affrontare il problema sia dal punto di vista giuridico che tecnico.

Nel Regno Unito possiamo segnalare l'*Online Safety Act* dell'ottobre 2023<sup>33</sup> che si pone l'obiettivo di rafforzare le regole per impedire ai bambini di guardare la pornografia,

<sup>33</sup> Online Safety Act 2023; in particolare nell'introduzione si legge: (1) *This Act provides for a new regulatory framework which has the general purpose of making the use of internet services regulated by this Act safer for individuals in the United Kingdom.* (2) *To achieve that purpose, this Act (among other things) (a) imposes duties which, in broad terms, require providers of services regulated by this Act to identify, mitigate and manage the risks of harm (including risks which particularly affect individuals with a certain characteristic) from (i) illegal content and activity, and (ii) content and activity that is harmful to children, and (b) confers new functions and powers on the regulator, OFCOM.* (3) *Duties imposed on providers by this Act seek to secure (among other things) that services regulated by this Act are (a) safe by design, and (b) designed and operated in such a way that (i) a higher standard of protection is provided for children than for adults, (ii) users' rights to freedom of expression and privacy are protected, and (iii) transparency and accountability are provided in relation to those services.*

i contenuti che promuovono il suicidio, l'autolesionismo o i disturbi alimentari. Le previsioni di legge imporranno ai servizi che pubblicano o consentono la pornografia sui loro siti standard più elevati sulla verifica dell'età o sugli strumenti di stima dell'età che utilizzano, e comporteranno anche nuove forme di responsabilità per i dirigenti personalmente responsabili di mantenere i bambini al sicuro sulle loro piattaforme e ciò nell'ottica della "tolleranza zero" nella protezione dei bambini online.

La legge attribuisce la responsabilità legale alle aziende tecnologiche di prevenire e rimuovere rapidamente i contenuti illegali, come il terrorismo e la pornografia. Dovranno anche impedire ai bambini di vedere materiale che possa essere dannoso per loro. Viene altresì stabilito che l'OFCOM<sup>34</sup>, autorità di vigilanza sulla sicurezza in internet, avrà il compito di elaborare linee guida (v. par. 81) in cui dovranno essere inclusi «*examples of kinds and uses of age verification and age estimation that are, or are not, highly effective at correctly determining whether or not a particular user is a child*», nonché indicare «*principles governing the use of age verification or age estimation*» come «*(a)the principle that age verification or age estimation should be easy to use; (b)the principle that age verification or age estimation should work effectively for all users regardless of their characteristics or whether they are members of a certain group; (c)the principle of interoperability between different kinds of age verification or age estimation*».

La violazione delle norme, inoltre, comporterà sanzioni e pene severe fino alla reclusione.

In Germania, il *Jugendmedienschutz-Staatsvertrag* (JMStV) è stato modificato a seguito dell'implementazione della direttiva *Audiovisual Media Services Directive* (AVMSD) ((EU) 2018/1808)<sup>35</sup> prevedendo sistemi di verifica dell'età in caso di servizi distribuiti sui media.

Sebbene non vi siano regole specifiche relative alle modalità di riconoscimento, la Commissione per la protezione dei minori (*Kommission für Jugendmedienschutz*, KJM)<sup>36</sup> ha delineato una serie di criteri volti a verificare l'età dell'utente che sono stati rivisti nel 2020. È stato stabilito, per esempio, che la verifica dell'età per i gruppi di utenti chiusi deve comportare due passaggi rappresentati dall'identificazione e dall'autenticazione. L'identificazione (prova di età) deve avvenire almeno una volta attraverso il contatto "faccia a faccia", mentre l'autenticazione è richiesta ogni volta che viene richiesto l'accesso. L'autenticazione garantisce che solo la persona che è stata identificata e la cui età è stata verificata possa accedere a gruppi di utenti chiusi, ed è progettata per rendere più difficile il trasferimento dei diritti di accesso a terzi non autorizzati.

---

<sup>34</sup> L'autorità del Regno Unito che si occupa della sicurezza online: «*Ofcom is the regulator for online safety in the UK, under the Online Safety Act. Our job is to make sure online services, like sites and apps, meet their duties to protect their users (n. ofcom.org.uk/online-safety/advice-for-consumers/online-safety-rules)*».

<sup>35</sup> Si tratta della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 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.

<sup>36</sup> È l'organismo di controllo centrale della Germania per la protezione dei minori nella radiodiffusione privata e su Internet.

A seguito dell'adozione da parte del KJM di criteri di valutazione<sup>37</sup>, i fornitori di sistemi di verifica dell'età possono ora incorporare la tecnologia di identificazione automatica nei loro sistemi. Con questo metodo, gli utenti possono essere identificati grazie a un confronto automatico di una fotografia con dati biometrici e altri dati contenuti in un documento di identità. Tale tecnologia di apprendimento automatico può essere utilizzata al posto dei controlli “faccia a faccia” che erano precedentemente necessari per verificare l'età. Il KJM ritiene che questo metodo sia sicuro tanto quanto l'identificazione tramite video.

Nel contesto della direttiva modificata sui servizi per i media audiovisivi e dell'attuazione dell'accordo interstatale recentemente adottato per modernizzare la regolamentazione dei media in Germania, che modifica il JMStV, i sistemi di verifica dell'età stanno diventando sempre più importanti per la protezione dei minori nei media ritenendosi che questa tecnologia di verifica dell'identità in modo automatico abbia il potenziale per ridurre i dubbi degli utenti sulla procedura di identificazione e, quindi, per aumentare la fiducia sui sistemi di verifica dell'età<sup>38</sup>.

In Italia, la l. n. 159 del 13 novembre 2023 entrata in vigore il 15 novembre 2023 che ha disciplinato «Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale» prevedendo all'art. 13 e 13-*bis* il controllo parentale nei dispositivi di comunicazione elettronica e la verifica della maggiore età per l'accesso a siti pornografici.

Nel *dossier* del 30 ottobre 2023<sup>39</sup> è evidenziato che i c. da 1 a 8 dell'art. 13 recano norme intese ad assicurare la possibilità di fruizione, gratuita, di applicazioni per il controllo parentale dei dispositivi di comunicazione elettronica; possibilità garantita mediante la previsione di obblighi, posti in via immediata a carico dei fornitori (anche con riferimento, secondo la previsione di cui al c. 7, ai dispositivi già oggetto di fornitura prima dell'entrata in vigore del presente decreto) e, a regime, a carico dei produttori. La violazione di tali obblighi comporta sanzioni amministrative pecuniarie. Per le offerte di servizi di comunicazione elettronica dedicate ai minori di età viene confermata la disciplina già vigente, cosicché il fornitore ha l'obbligo di preattivazione (anch'essa gratuita) di un'applicazione di controllo parentale (disapplicabile da parte di chi esercita la responsabilità genitoriale). Si prevedono, altresì, norme in materia di informazione degli utenti e in materia di tutela dei dati personali.

La l. 159/2023 apporta anche modifiche al d. lgs. del 203/2017 introducendo una specificazione nell'ambito della classificazione delle opere cinematografiche, equiparando ad esse tutte le opere visive e audiovisive in qualsiasi forma e modalità di riproduzione, comprese quelle digitali su piattaforme streaming o social.

L'art. 13 *bis* della novella prevede disposizioni volte alla tutela del benessere psico-fisico dei giovani non maggiorenni rispetto all'accesso e alla fruizione di contenuti au-

<sup>37</sup> Sul sito della Commissione tedesca è possibile verificare quali sistemi di verifica dell'età sono stati considerati idonei e quindi validati.

<sup>38</sup> Per un esame della normativa tedesca si rinvia a L. Specht-Riemenschneider - A. Marko - S. Wette, *Protection of Minors on Video Sharing Platforms*, in N. Dethloff - K. Kaesling - L. Specht-Riemenschneider, (a cura di) *Families and New Media. Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht*, Wiesbaden, 2023.

<sup>39</sup> Il *dossier* è reperibile al sito [senato.it](http://senato.it).

audiovisivi e multimediali di tipo pornografico. All'Autorità indipendente competente in materia (AGCOM) sono attribuiti obblighi di vigilanza circa l'opportuna esecuzione della norma, nonché ad eventuali obblighi sanzionatori nei confronti dei soggetti che violino le nuove disposizioni.

È previsto il divieto di accesso, ai minori degli anni diciotto, a contenuti multimediali di carattere pornografico, in quanto gli stessi minano la dignità dei giovani e ne compromettono il benessere psico-fisico, provocando una questione rilevante a livello di tutela della salute pubblica.

Il c. 2 contiene una clausola di salvaguardia, facendo riferimento agli effetti delle norme di cui all'art. 42, d. lgs. 208/2021, dettato in materia di misure di tutela nell'ambito della diffusione di contenuto audiovisivo e multimediale.

In particolar modo, tale decreto legislativo, recante il Testo Unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato, risponde all'esigenza di recepire la direttiva (UE) 2018/1808, che si preoccupa di tutelare i fruitori delle piattaforme multimediali da determinati tipi di contenuti, quali quelli pornografici, quelli violenti e di istigazione, e quelli la cui circolazione, a qualsiasi altro titolo, costituisce reato.

Nello specifico, il comma de quo prevede che i gestori delle piattaforme pornografiche verifichino la maggiore età dei fruitori che accedono ai contenuti.

Il c. 3, invece, stabilisce che l'Autorità garante delle comunicazioni (di seguito: AGCOM) statuisca, entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, con proprio provvedimento e previo confronto con il Garante per la protezione dei dati personali, le modalità tecniche e il processo che i soggetti di cui al c. 2, ossia i gestori delle piattaforme pornografiche, devono osservare affinché possano correttamente verificare la compiuta maggiore età dell'utente.

In base al c. 4, entro sei mesi dalla data del provvedimento di cui al c. 3 (ossia, il provvedimento dell'AGCOM), i soggetti di cui al c. 2 debbano dotarsi di efficaci sistemi di verifica della maggiore età, in ottemperanza al predetto provvedimento dell'Autorità garante. All'AGCOM (c. 5) spetta il compito di vigilare sulla corretta applicazione del presente articolo e, in caso di inadempimento, potrà contestare anche *ex officio* la violazione applicando l'art. 1, c. 31, del d. lgs. 249/1997 diffidandoli ad adeguarsi entro venti giorni. In caso di reiterata inottemperanza alla diffida, l'AGCOM potrà bloccare il sito o la piattaforma fino al ripristino delle condizioni idonee all'adeguamento ai contenuti della diffida.

Infine, all'art. 15 della l. 159/2023 viene disposta la designazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni quale Coordinatore dei Servizi Digitali, ai sensi dell'art. 49 (para. 2), del Regolamento (UE) 2022/2065 (DSA), stabilendo che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Garante per la protezione dei dati personali e ogni altra Autorità nazionale competente, nell'ambito delle rispettive competenze, dovranno assicurare ogni necessaria collaborazione ai fini dell'esercizio da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni delle funzioni di Coordinatore dei Servizi Digitali<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Si deve evidenziare, per completezza, che è stato proposto un ulteriore d.d.l. (C-1217) intitolato "Modifiche al codice in materia di protezione dei dati personali", di cui al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196,

Particolarmente sentita è poi la necessità di promuovere campagne informative di prevenzione e di sensibilizzazione sull'uso consapevole dei servizi di comunicazioni sociale e sui potenziali rischi connessi.

In Spagna dal sito dell'*Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) emerge che l'AEPD ha presentato una proposta per un sistema di verifica dell'età e per la protezione dei minori su Internet dall'accesso a contenuti per adulti.

Il sistema presentato dall'Agenzia si basa su un decalogo di principi che un sistema di verifica dell'età deve rispettare<sup>41</sup>, una nota tecnica con i dettagli del progetto<sup>42</sup> e tre video pratici<sup>43</sup> che dimostrano come funziona il sistema su diversi dispositivi e con sistemi operativi diversi e utilizzando diversi fornitori di identità.

L'obiettivo del sistema di verifica dell'età presentato dall'Agenzia è volto a far sì che i fornitori di contenuti o terze parti abbiano la garanzia che la persona che accede ai contenuti per adulti può farlo, dimostrando il suo status di "persona autorizzata ad accedere" (proprio perché adulto).

Il decalogo<sup>44</sup> in sintesi prevede che il sistema di protezione dei minori dai contenuti inappropriati deve garantire che non sia possibile l'identificazione, il tracciamento o la

---

in materia di verifica dell'età degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica, e altre disposizioni per la tutela dei minori nella fruizione di tali servizi in cui si prevede di innalzare l'età del consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione alle offerte di servizi della società dell'informazione a 15 anni, l'illiceità dell'accesso dei minori di anni 13 ai servizi di comunicazione elettronica a maggior rischio per la loro salute fisica e mentale e per la loro sicurezza e incolumità; per i minori di età compresa tra i 13 e i 15 anni, l'accesso a detti servizi possa avvenire con il consenso congiunto dei titolari della responsabilità genitoriale, con procedure di verifica di detta titolarità; per i minori di età superiore ai 15 anni l'accesso debba avvenire previa verifica dell'età garantita da un servizio fiduciario offerto da un fornitore accreditato ai sensi del Regolamento eIDAS.

<sup>41</sup> AEDP, *Decálogo de principios Verificación de edad y protección de personas menores de edad ante contenidos inadecuados*, dicembre 2023, all'url [aepd.es](http://aepd.es). In particolare, nel decalogo vengono stabilite le condizioni minime che deve soddisfare un sistema di verifica dell'età e di protezione contro i contenuti inappropriati per i minori, impedire che un minore venga localizzato attraverso Internet utilizzando tali sistemi, garantire l'anonimato di tutti gli utenti adulti, ridurre al minimo i dati trattati o comunicati a terzi, garantire che le famiglie partecipino ai criteri di tutela dei minori o istituire sistemi che generino fiducia, siano adeguati e tutelino il miglior interesse dell'utente minore e i diritti fondamentali dei cittadini.

<sup>42</sup> Aedp, *Nota técnica descripción de las pruebas de concepto sobre sistemas de verificación de edad y protección de personas menores ante contenidos inadecuados*, dicembre 2023, all'url [aepd.es](http://aepd.es).

<sup>43</sup> *Verificación de edad y protección de menores ante contenidos inadecuados*, in [youtube.com](https://www.youtube.com).

<sup>44</sup> PRINCIPIO 1: *El sistema de protección de personas menores de edad ante contenidos inadecuados debe garantizar que no es posible la identificación, el seguimiento o la localización de menores a través de Internet.* PRINCIPIO 2: *La verificación de edad debe estar orientada a que las personas con la edad adecuada acrediten su condición de «persona autorizada a acceder», y no permitir la acreditación de la condición de «menor de edad». A la hora de ser aplicados, estos principios no se han de entender de forma independiente, sino que deben ser abordados de forma conjunta.* PRINCIPIO 3: *La acreditación para el acceso a contenidos inadecuados debe ser anónima para los proveedores de servicios de Internet y terceras entidades.* PRINCIPIO 4: *La obligación de acreditar la condición de «persona autorizada a acceder» estará limitada únicamente al contenido inadecuado.* PRINCIPIO 5: *La verificación de edad se debe realizar de forma cierta y la edad categorizada a «persona autorizada a acceder».* PRINCIPIO 6: *El sistema debe garantizar que las personas no pueden ser perfiladas en función de su navegación.* PRINCIPIO 7: *El sistema debe garantizar la no vinculación de la actividad de una persona entre distintos servicios.* PRINCIPIO 8: *El sistema debe garantizar el ejercicio de la patria potestad por los progenitores.* PRINCIPIO 9: *Todo sistema de protección de personas menores de edad ante contenidos inadecuados debe garantizar los derechos fundamentales de todas las personas en su acceso a Internet.* PRINCIPIO 10: *Todo sistema de protección de personas menores de edad ante contenidos inadecuados debe tener definido un marco de gobernanza. En el desarrollo de los principios, que se realiza a continuación, se ofrecen algunos ejemplos de soluciones para las cuestiones que plantean, y que no pretenden excluir otras posibles opciones.*

localizzazione dei minori su Internet, la verifica dell'età deve essere finalizzata a non consentire l'accreditamento dello status di "minore"; l'accreditamento per l'accesso a contenuti inappropriati deve essere anonimo per i fornitori di servizi Internet e per i terzi e l'obbligo di dimostrare lo status di "persona autorizzata all'accesso" sarà limitato ai soli contenuti inappropriati, il sistema deve garantire che le persone non possano essere profilate in base alla loro navigazione, che l'attività della persona non sia collegata tra servizi diversi e che venga garantito l'esercizio della potestà genitoriale da parte dei genitori, nonché i diritti fondamentali di tutte le persone nell'accesso a Internet. Inoltre, questi sistemi devono essere conformi ai principi e alle soluzioni delle normative nazionali ed europee che garantiscono l'identità come diritto, in particolare, con la regolamentazione eIDAS<sup>45</sup> e il portafoglio digitale europeo.

Partendo da questo Decalogo, l'Agenzia ha condotto una serie di prove che mostrano diverse alternative per verificare l'età e proteggere i minori su Internet dall'accesso a contenuti inadeguati su diversi dispositivi. Questi test si sono posti l'obiettivo di dimostrare che è possibile costruire un sistema garantista e anonimo volto a confermare solo la maggiore età, e che viene anche elaborato sul dispositivo stesso.

In Francia<sup>46</sup> la CNIL ritiene che alcune soluzioni di verifica dell'età già esistenti possano consentire di rafforzare la protezione dei minori, a condizione di garantire la loro attuazione e in particolare dei rischi aggiuntivi generati dal loro utilizzo, tra questi possiamo citare: la verifica dell'età tramite convalida della carta di pagamento, la verifica dell'età per stima sulla base di un'analisi facciale, il sistema di verifica offline, la verifica dell'età mediante analisi dei documenti di identità, l'uso di strumenti proposti dallo Stato per verificare l'identità e l'età. In ogni caso, qualunque sia la tecnica utilizzata per verificare l'età, è necessario garantire la sua affidabilità, la riservatezza di queste informazioni e ridurre al minimo i dati scambiati.

La *Loi 2022-300/2022 visant à renforcer le contrôle parental sur les moyens d'accès à internet* prevede diverse misure per facilitare l'uso dei sistemi di controllo parentale da parte dei genitori.

Ora, i dispositivi connessi a Internet venduti in Francia (smartphone, computer, console per videogiochi, ecc.) devono obbligatoriamente avere un dispositivo di controllo parentale facilmente accessibile e comprensibile. L'attivazione di questo dispositivo dovrà essere offerta gratuitamente, a partire dalla prima messa in servizio del dispositivo. La CNIL si è pronunciata, il 9 marzo 2023<sup>47</sup>, sul decreto che specifica le diverse funzionalità che i dispositivi di controllo parentale installati sui dispositivi connessi dovranno integrare evidenziando che al momento il decreto prevede che i dispositivi abbiano due caratteristiche minime obbligatorie rappresentate dal blocco del download delle

---

<sup>45</sup> Si veda la proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 910/2014 per quanto riguarda l'istituzione di un quadro per un'identità digitale europea del 3 giugno 2021 (COM(2021) 281 final).

<sup>46</sup> CNIL, *Vérification de l'âge en ligne : trouver l'équilibre entre protection des mineurs et respect de la vie privée*, (26 giugno 2022).

<sup>47</sup> Délibération n° 2023-023 du 9 mars 2023 portant avis sur un projet de décret portant application de la loi n° 2022-300 du 2 mars 2022 visant à renforcer le contrôle parental sur les moyens d'accès à internet (demande d'avis n° 22017855) (13 giugno 2023), in cui il CNIL mette in evidenza come la protezione dei minori passi attraverso numerosi canali, tra cui in primo luogo l'educazione digitale.

---

applicazioni rese disponibili nei negozi e il cui accesso è vietato ai minori o limitato a una certa categoria di età (ad esempio, alcune applicazioni di social *network* sono vietate ai minori di 13 anni) e dal blocco dell'accesso ai contenuti installati sui terminali e il cui accesso è vietato ai minori o limitato a una certa categoria di età (ad esempio, alcune applicazioni di social network possono essere installate sugli *smartphone*).

## **5. A European strategy for a better internet for kids (BIK+)48 e il Digital Service Act**

Il fervore legislativo evidenziato dalle normative richiamate nel paragrafo precedente si riflette anche nella nuova strategia europea per una connessione Internet migliore per i bambini, adottata nel maggio del 2022 (COM (2022) 212 *final*).

Il fermento legislativo evidenziato dalle normative richiamate nel paragrafo precedente, si riflette anche alla nuova strategia europea per una migliore connessione internet per i bambini adottata nel maggio del 2022 (COM (2022) 212 *final*)<sup>49</sup> e che si basa sostanzialmente su tre pilastri:

esperienze digitali sicure per proteggere i bambini da contenuti online dannosi e illegali, la condotta, il contatto e i rischi come giovani consumatori e per migliorare il loro benessere online attraverso un ambiente digitale sicuro e adeguato all'età, creato in modo da rispettare l'interesse superiore dei bambini;

*empowerment* digitale in modo che tutti i bambini, anche quelli in situazioni di vulnerabilità, acquisiscano le abilità e le competenze necessarie per fare scelte valide ed esprimersi nell'ambiente online in modo sicuro e responsabile;

partecipazione attiva, rispettando i bambini dando loro voce in capitolo nell'ambiente digitale, con più attività guidate dai bambini per promuovere esperienze digitali sicure innovative e creative.

In questo contesto si inserisce il *Digital Service Act*, regolamento sui servizi digitali (UE) 2022 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali) che si propone l'obiettivo di garantire un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile (cons. n. 12<sup>50</sup>), e nell'art.

---

<sup>48</sup> Commissione europea, *A European strategy for a better internet for kids (BIK+)*, febbraio 2023, all'url [digital-strategy.ec.europa.eu](https://digital-strategy.ec.europa.eu).

<sup>49</sup> Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un decennio digitale per bambini e giovani: la nuova strategia europea per un'internet migliore per i ragazzi (BIK+)*, 11 maggio 2022, in [eur-lex.europa.eu](https://eur-lex.europa.eu).

<sup>50</sup> Il considerando 12 specifica anche il concetto di "contenuto illegale" come segue: «ai fini del presente regolamento il concetto di "contenuto illegale" dovrebbe rispecchiare ampiamente le norme vigenti nell'ambiente offline. In particolare, il concetto di "contenuto illegale" dovrebbe essere definito in senso lato per coprire anche le informazioni riguardanti i contenuti, i prodotti, i servizi e le attività illegali. Tale concetto dovrebbe, in particolare, intendersi riferito alle informazioni, indipendentemente dalla loro forma, che ai sensi del diritto applicabile sono di per sé illegali, quali l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che le norme applicabili rendono illegali in considerazione del fatto che riguardano attività illegali. Tra queste figurano, a titolo illustrativo, la condivisione di immagini che ritraggono abusi sessuali su minori, la condivisione non consensuale illegale di immagini private, il cyberstalking (pedinamento informatico), la vendita di prodotti non conformi o contraffatti, la vendita di prodotti o la prestazione di servizi in violazione

35, con riferimento al tema di cui ci si occupa, prevede l'adozione di misure mirate per tutelare i diritti dei minori, compresi strumenti di verifica dell'età e di controllo parentale, o strumenti volti ad aiutare i minori a segnalare abusi o ottenere sostegno, a seconda dei casi, da parte dei fornitori di piattaforme online o di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi al fine di attenuare i rischi derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici o dall'uso dei loro servizi.

Come si evince dalle informazioni precedenti, nelle diverse legislazioni analizzate non si riscontrano dettagliati protocolli di verifica dell'età (un'eccezione potrebbe essere rappresentata dalla Spagna il cui approccio appare differente in quanto mira a verificare più che altro l'adulto al fine di escludere l'accesso del minore al contenuto dannoso). Elemento comune alle diverse discipline è rappresentato dalla previsione di obblighi a carico dei fornitori, i quali sono tenuti ad attivarsi con il supporto delle Autorità di controllo al fine di istituire sistemi mirati a garantire un ambiente online sicuro per i minori. Ciò comporterebbe inevitabilmente la limitazione del rischio di violazioni normative e delle conseguenti sanzioni previste. L'attuazione delle norme menzionate presenta, pertanto, sfide di natura complessa, soprattutto per le imprese che devono districarsi tra la legislazione nazionale e quella internazionale.

## 6. Conclusioni

È indubbio che il GDPR abbia rafforzato la tutela dei minori nell'ambito del trattamento dei dati personali stabilendo regole per la prestazione del consenso e conferendo all'Autorità uno specifico compito di promuovere la consapevolezza e di favorire la comprensione del pubblico riguardo ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti in relazione al trattamento con particolare attenzione alle attività<sup>51</sup> destinate specificamente ai minori (art. 57) e ciò in una prospettiva dinamica in cui il livello di protezione da garantire dovrà tenere conto della tipologia del dato, del trattamento effettuato e dei rischi che il trattamento riveste<sup>51</sup>.

Si rivela chiaramente, tuttavia, che la norma che riguarda i minorenni è frutto di un compromesso,

considerato la previsione di un unico limite di età, che non diversifica in relazione ai servizi né tantomeno valorizza il ruolo dei minori nella società moderna, potrebbe incidere in modo sproporzionato sui loro diritti e sulle loro opportunità.

Inoltre, la mancanza di un impianto normativo uniforme in questo ambito, unitamente alla mancanza di modalità standardizzate di verifica dell'età rischia di frammentare la normativa con effetti negativi sia in termini di effettiva tutela dei minori di età in una società digitale in costante evoluzione e sia per le difficoltà cui possono andare incontro

---

della normativa sulla tutela dei consumatori, l'utilizzo non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore, l'offerta illegale di servizi ricettivi o la vendita illegale di animali vivi».

<sup>51</sup> Si veda anche M. Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in E. Ferraro – A. Gorini – M. Marraffino - L. Musselli - M. Orofino - F. G. Pizzetti - F. Rosa - G. Ziccardi, (a cura di) *Privacy, minori e cyberbullismo*, cit., 29.

i fornitori OTT (*over the top*) nell'adeguarsi alla differente legislazione degli Stati membri.

Le modalità di verifica dell'età nell'ambiente online, inoltre, rappresenta un nuovo ambito di confronto, posto che a fronte dei pochi metodi volti ad impedire ai bambini di accedere a contenuti online inappropriati per la loro fascia d'età, molti paesi stanno affrontando il problema attraverso l'introduzione di leggi e codici di condotta e ciò anche a livello di Unione europea.

Uno studio dell'EPRS<sup>52</sup> ha evidenziato, per esempio, che i sistemi di verifica dell'età sono piuttosto diversificati, alcuni esempi sono: l'autodichiarazione della propria età (sistema facilmente aggirabile dai minori), la verifica della carta di credito, la biometria (attraverso sistemi di stima dell'età, come *Yoti*), il *digital ID*; le stesse piattaforme digitali, da parte loro, hanno cominciato ad applicare sistemi di verifica dell'età<sup>53</sup> tra cui per esempio la registrazione di un video selfie che una volta elaborato attraverso l'intelligenza artificiale sarà in grado di stimare l'età di un soggetto.

Tuttavia, le sfide persistono<sup>54</sup>, specialmente nei settori della privacy, del monitoraggio e della necessità di potenziare le competenze digitali sia dei genitori che dei figli anche in considerazione della nuova normativa europea sull'intelligenza artificiale approvata a dicembre 2023.

---

<sup>52</sup> M. Negreiro, *Online age verification methods for children*, febbraio 2023, in [europarl.europa.eu](http://europarl.europa.eu).

<sup>53</sup> Instagram, per esempio, prevede che la verifica dell'età possa essere effettuata: tramite documento d'identità, tramite video selfie, tramite "testimoni". La verifica tramite documento d'identità è la più semplice e consiste nello scattare una foto della carta d'identità o della patente. Meta si impegna a conservare la foto per un breve lasso di tempo. La verifica video selfie consiste nel registrare un video selfie mostrando il proprio volto. Il video viene inviato a Yoti (elaborazione delle informazioni) che utilizzerà la sua tecnologia per stimare la nostra età in base alle caratteristiche del viso. Yoti è un'azienda specializzata in metodi di verifica dell'età, va notato che non può riconoscere l'identità di un utente, ma solo l'età, inoltre, non apprende né riconosce il nome della persona e una volta verificata l'età, il video verrà immediatamente eliminato. La verifica tramite testimoni richiede che al momento dell'iscrizione siano indicate tre persone adulte che possono "certificare" l'età. Redazione, *Instagram la nuova procedura per la verifica dell'età*, in *Diritto dell'Informazione*, 22 novembre 2022; per maggiori informazioni sul sistema YOTI si rinvia al sito [yoti.com](http://yoti.com).

<sup>54</sup> Una ricerca ha dimostrato che molte delle app utilizzate dai bambini non sono compliance con il GDPR. Si veda S. van der Hof – S. Ouburg, "We Take Your Word For It" — *A Review of Methods of Age Verification and Parental Consent in Digital Services European Data Protection Law Review*, 2022, 61 ss.

# The human person in the “silicon universe”\*

Luca Di Majo

## Abstract

Digital platforms, through artificial intelligence, challenge the categories ‘person’ and ‘self-determination’ in the virtual reality.

The state abdicates in favour of sovereigns with a silicon crown.

Against this backdrop lies the classic theme of the relationship between power and authority, between constitutionalism and digital sovereignty.

The human being abandons the habeas corpus that classical constitutionalism wants to preserve because he surrenders himself to digital platforms.

Digital platforms manifest themselves as new and unprecedented centres of power that national and European regulation attempts to curb with difficulty.

## Summary

1. The new era in the “silicon universe”: from Artificial Intelligence to Metaverse. - 2. The theoretical aspect. - 3. The legal aspect. - 4. Conclusion

## Keywords

digital platforms - artificial intelligence - constitutionalism - digital sovereignty

---

## 1. The new era in the “silicon universe”: from Artificial Intelligence to Metaverse

The law regulates with considerable delay the critical consequences that technological progress generates.

Science and technological progress move the law as pawn in a chessboard and, often, the law is under checkmate.

It happened in the field of ethically sensitive matters as abortion, medically assisted procreation, end-of-life; it also happened for the critical aspects of the Artificial Intelligence, even if this topic has been discussed in the U.S.A. since 1950<sup>1</sup>.

The European legislator and some doctrines are comparing on a new world founded on mechanisms of algorithms and Artificial Intelligence only recently: the world of

---

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

<sup>1</sup> A. Turing, *Computing machinery and intelligence*, in *Mind*, 236, 1950, 433 ss.

digital platforms<sup>2</sup>, a sort of “silicon universe”<sup>3</sup>, where the fundamental rights are under pressure.

In the universe of digital platforms (where the Metaverse is the ultimate frontier), there are opportunities, of course, but also a lot of risks<sup>4</sup> for human persons and for the human rights, even though they are recognized, over the long course of centuries, in the Constitution and in the Human Rights Charters.

In fact, digital platforms put pressure on the person and his/her rights that are subjected only to economic profit in favour of the silicon sovereigns<sup>5</sup>.

So, what is the role of the law? It is the regulation, it is to anticipate the events, it is to adopt a position to legally relevant facts that affecting the behaviour of the people, putting under stress both human rights, both legal system.

Nowadays, someone has faced the problems brought by digital platforms<sup>6</sup> and Metaverse<sup>7</sup>, where human person genetically mutates in a virtual body, a sort of “digital immigrant”<sup>8</sup>.

The telematic network surely is a fundamental step for the progress of society but, in this world, there are a lot of traps: digital sovereigns manifest themselves as centres of power, they extract and manipulate big data, so virtual person is exposed to a lot of illegal practices in these “cloud empires”<sup>9</sup>.

Fundamental rights are not maximized, and the financial gain is the best into the platform world, so one of the most important achievement of the constitutionalism – the *habeas corpus* – is not preserved by a social and economic power exercised by “virtual sovereigns”<sup>10</sup>.

Therefore, it is very difficult to practice classic categories of constitutionalism in this

---

<sup>2</sup> R. Larson, *Law, Society and Digital Platforms: Normative Aspects of Large-scale Data-Driven Tech Companies*, in *The RCSL-SDJ Lisbon Meeting 2018 “Law and Citizenship Beyond The States”*, Lisbon, 2018, H. Sheikh, *European Digital Sovereignty: A Layered Approach*, in *Digital Society*, 1, 2022, L.S. Jones, *On the Systemic Importance of Digital Platforms*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 25, 2023

<sup>3</sup> *Silicon* is the adjective that we can utilize to identify this unusual world. See, on this field, J. Gonzalez, *The Silicon Doctrine*, doctoral thesis, University of Auckland, 2021.

<sup>4</sup> On these aspects, see A. D’Aloia (ed.), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milan, 2021, V. Zeno Zencovich, *Artificial intelligence, natural stupidity and other legal idiocies*, in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2024.

<sup>5</sup> D. Haberly, *Asset Management as a Digital Platform Industry: A Global Financial Network Perspective*, in *Geoforum*, 106, 2017, J. Andersson Schwarz, *Platform Logic: An Interdisciplinary Approach to the Platform-Based Economy*, in *Policy & Internet*, 2017. The paper by World Economic Forum, *Platforms and Ecosystems: Enabling the Digital Economy*, 2019, is available online.

<sup>6</sup> Above all and recently, F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Naples, 2022.

<sup>7</sup> M. Zaihd Iqbal – A.G. Campbell, *Metaverse as Tech for Good: Current Progress and Emerging Opportunities*, in *Virtual Worlds*, 2, 2023 and, in this journal, 1, 2023, L. Di Majo, *L’articolo 2 della Costituzione e il Metaverso*.

<sup>8</sup> L. Floridi, *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Berlin-Heidelberg, 2015.

<sup>9</sup> V. Lehdonvirta, *Cloud empires. How digital platforms overtaking the State and how we can regain control*, Cambridge, 2022.

<sup>10</sup> M. Kelton – M. Sullivan – Z. Rogers – E. Bienvenue – S. Troath, *Virtual sovereignty? Private internet capital, digital platforms and infrastructural power in the United States*, in *International Affairs*, 6, 2022, 1977 ss. For S. Polsky, *The End of the Future: Governing Consequence in the Age of Digital Sovereignty*, Washington-London, 2019, we are in a critical era.

new era, even if (in this new and impervious dimension) it is necessary try to take new juridical route that can regulates the parallel universe, where fundamental rights are submitted to financial gain.

Digital platforms are managed by external agents who aim to maximize economic profit.

To understand the problems, on this theme, we have to consider two aspects: a theoretical aspect and a juridical aspect, from an analysis of a new era brought by the Metaverse.

The “silicon universe” is based on “blockchain” mechanisms and algorithms that influenced the digital migrants.

Specifically, regarding the Artificial Intelligence, the best experts of the subject debated both the opportunities and risks that may arise from the use of disruptive technologies that are revolutionizing the world, that’s to say human life and its activities.

Now, over the algorithm, we have an “extra” problem: the Metaverse, one of the most debated concept of this new era. The Metaverse is the last frontier of the development of digital platforms.

The word Metaverse was coined by Neal Stephenson, in a famous novel called *Snow Crash*, where the author described a virtual world that persists over time and involves almost every area of human existence, raging and interacting with it.

Up to now, the legal order has not find yet a shared definition of Metaverse. Only in a document of *European Parliament Research Service*, we have a first description of what the Metaverse is. It is considered as «an immersive and constant virtual 3D world where people interact by means of an avatar to carry out a wide range of activities. Such activities can range from leisure and gaming to professional and commercial interactions, financial transactions or even health interventions such as surgery»<sup>11</sup>.

But it is not sufficient to try to regulate this new parallel world founded on algorithm and on economics Artificial Intelligence models, characterized by persistence, interactions, pervasiveness, economic influence on virtual person<sup>12</sup>.

The bosses of these immersive platforms decide architecture and protocols of the “silicon universe”, where economic gains exceed fundamental rights that recede in this world.

Fundamental rights recede because legislator has not yet bothered to regulate Metaverse; fundamental rights recede because the new virtual sovereigns capture personal data, control and build loyalty and absorb people in these digital platforms: in short, your device knows you, it knows where you are and in which moment. The virtual body is subject to unlimited economic initiative.

Fundamental rights recede because in the Metaverse, but also in all the other platforms, unsanctioned illegal practices are widespread, such as verbal harassment, incitement to hatred, anti-Semitic projections, sexual assaults or pornographic content, dissemination of defamatory content, fraud, malware, tracking aimed at illegally accessing digital wallets storing, No Fungible Tokens, cryptoassets, money laundering

---

<sup>11</sup> [Metaverse Opportunities, risks and policy implications.](#)

<sup>12</sup> L. Floridi, *The Onlife Manifesto Being Human in a Hypervconnected Era*, Edinburgh, 2014.

activities, gambling<sup>13</sup>.

Virtual reality systems are capable of capturing biological data expressed by the users through their virtual body language, such as pupil dilation, eye movement, facial expressions, skin temperature and emotional responses, so treating people no longer just for what they have already manifested to be, but for what they are believed to be in the future.

As the human person immerses himself/herself and his/her physical characteristics in the Metaverse (but also into other types of platforms), more and more personal information about the behaviour assumed is collected to be used to draw individuals, groups, and collective profiles, in order to frame the person in logics of normality or usability by economic subjects.

Through means of probabilistic technologies, the “Big Techno Companies” create a distinct profile on the person. They assemble all the information gathered and they not only create a snapshot of the person, but they are able to derive, with a high level of certainty, the possibility of establishing what the individual’s future behaviour will be.

Individual privacy seems, therefore, to be under attack in a system characterised by innovative data acquisition through “biometric psychography”<sup>14</sup>: for example, digital immersive platforms collect and use biological data which are functional to detect intimate details on a user’s likes, dislikes, preferences, interests. This information can lead to even more opaque and intrusive methods of profiling, categorising, manipulating sensitive and vulnerable groups beyond any human relationship<sup>15</sup>.

It is, on closer inspection, a standard method of intrusive profiling, loss of control of a virtual body that is continuously subjected to aggressive digital marketing activities and capillary surveillance, and it proves that the «idea of privacy is more “malleable” than you’d expect»<sup>16</sup>.

These aspects are closely linked to the economic nature of virtual worlds. Digital companies are sensitive to increasing business and perpetuate anti-competitive and self-referential practices. They are aimed to favouring the “digital home-made” product through the design of websites and application interfaces for mobile devices which influence the behaviour and decision-making process of users. That happens through machine learning models that track and monitor end users through companies that are operating yet in the Metaverse in real time<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> A. Fuccillo – V. Nuzzo – M. Rubino de Ritis (eds.), *Universi paralleli. I diritti costituzionali nel metaverso*, Naples, 2023.

<sup>14</sup> Electronic Frontier Foundation (EFF), *Virtual Worlds, Real People: Human Rights in the Metaverse*, 9<sup>th</sup> December 2021.

<sup>15</sup> On these aspects, see S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004.

<sup>16</sup> Z. Yang, *The Chinese surveillance state proves that the idea of privacy is more “malleable” than you’d expect*, in *MIT Technology Review*, 10<sup>th</sup> October 2022, but also A. Ollier-Malaterre, *Living with Digital Surveillance in China: Citizens’ Narratives on Technology, Privacy, and Governance*, London, 2023.

<sup>17</sup> According to research conducted by the Irish company *Research and market*, 55 companies are active in the *Metaverse*, including Meta Platforms Inc., Apple Inc., Google, Tencent Holdings, Microsoft, ByteDance Ltd., Alibaba Cloud, Sony Corporation, Baidu, Binance, Walmart, Nike, Gap. Inc, Netflix, Adidas and Atari.

So, is the Metaverse, that is founded on Artificial Intelligence models, really intelligent and smart? Who controls personal data? Who is responsible for the processing of personal data? Where is personal data stored? Is personal data marketed?

Currently, there are no answers to these questions.

This is not a very reassuring prospect for the law.

The Metaverse is an extraordinary example of a world where the society is organized on individuals to whom will be assigned different functions not based on a political or social decision, but through biological conditioning<sup>18</sup>.

In this “silicon universe” relive some historical questions: are we animals or are we automatons<sup>19</sup>? Are we becoming happy slaves of machines? Are we losing our naturalness or is there some element that will continue to differentiate us from pure being and from pure belonging to the world of machines<sup>20</sup>?

The human person is really vulnerable in front of the economic power that is exercised into the digital ecosystem, where it is consuming the third anthropological threshold: the crisis of being in the world, the crisis of presence in the world, indeed innovative, and in some ways unusual, to live it through parallel projections in completely unknown digital ecosystems.

The person is profoundly different in parallel universes as compared to his real paradigm.

Probably people are progressively moving away from the *habeas corpus* that classical constitutionalism has intended (and it intends) preserve, circumscribing the State in the exercise of the power of empire and in the legitimate exercise of force.

The network shapes man and submits him to its own rules, because the rules that digital sovereigns impose themselves look to the maximization of profit at the expense of the solid guarantees of fundamental rights recognized by the Charters and implemented by the Courts.

On this scenario, we have to consider two aspects: the theoretical aspect and the legal aspect.

## 2. The theoretical aspect

Well, human beings have been influenced by scientific and technological revolutions and they now relate to others in a new ecosystem. It is not a matter of the so-called “body swapping”<sup>21</sup>, but something wider, because the new world (were digital immigrants move) is a sort of “The Big Brother”<sup>22</sup>, another dimension respect to the

---

<sup>18</sup> A. Huxley, *A Brave New World*, London, 1932. In this sense J.E. Butler, *The Double Standard of Morality*, in *Friends' Intelligencer and Journal*, XLIII, Philadelphia, 27<sup>th</sup> November 1886, 757-758, talks about a «double standard».

<sup>19</sup> W. James, *We are Automata?*, Moscow, 1956.

<sup>20</sup> S. Butler, *Erenhon*, Milan, 1988.

<sup>21</sup> V.I. Petkova – E. Ehrsson, *If I Were You: Perceptual Illusion of Body Swapping*, in *PlosONE*, 3, 2008.

<sup>22</sup> The problems about surveillance, was were already confronted by, M. Anthony, *The New China: Big Brother, Brave New World or Harmonious Society?*, in *Journal of Futures Studies*, 4, 2007.

human life.

Let's take a step back.

Many years ago, Stefano Rodotà defined the human person like “neurobioinforma-chine”<sup>23</sup>.

From this neologism, we can extract four words (“neuro”, “bio”, “info”, “machine”) that resume all the technologies who conform the body not only into the physical point of view, but also with regards to mental processes and into the mood of the communication.

We are now in a new era, where the palimpsest of life is written by the biology and not only by the law.

We know that life is subjected to regulation. For some years, the palimpsest of life was written by law.

After the discovery of DNA (thanks to Watson and Creek) biology starts writing the palimpsest of life and the human being becomes a “neurobioinforma-machine”, similar to the figure of the *homme machine*, described by Julian Offray de La Mettrie<sup>24</sup>.

Our body is continuously invaded, conditioned and reconstructed through data from the biological revolution, from genetic and computer science.

This is the starting point, but probably this reflection has very deep roots.

We can refer to Bacon, that wrote an amazing essay, *The new Atlantis*, where described a society projected into the future: «the prolongation of life. The restitution of youth in some degree. The retardation of age. The curing of diseases counted incurable. The mitigation of pain. More easy and less loathsome purgins. The increasing of strength and activity. The increasing of ability to suffer torture or pain. The altering of complexus, and fatness and leanness. The altering of statures. The altering of features. The increasing and exalting of the intellectual parts. Versions of bodies into other bodies. Making new species. Transplanting of one species into another»<sup>25</sup>.

It is the description of what's happening, isn't it?

All these themes are incorporated into the post-humanist and transhumanist ideology, especially in the studies of Nick Bostrom that follows Bacon's position to find the same perspective that shows how this strand looks at what science can determine for the destiny of the human person<sup>26</sup>.

On this topic, we can also mention an amazing book written by Gunter Anders, in 1957, *The obsolescence of man*<sup>27</sup>: this title is written without the question mark. He describes a cleavage into the human history and into the human destiny, from the drama of the atomic bomb: what is the relationship between people and technology? Anders describes a transcendental human person that crosses the congenital limits of its nature and passes from a natural sphere in a hybrid and artificial reign.

Similarly, but before him, Aldous Huxley, in *Brave New World*, stated how technology

---

<sup>23</sup> S. Rodotà, *L'uso umano degli esseri umani*, in *Micromega*, 8, 2015, 121.

<sup>24</sup> See A. Vartanian, *La Mettrie's "L'homme machine", a Study in the origins of an Idea*, Princeton, 1960.

<sup>25</sup> F. Bacon, *The New Atlantis*, 1626.

<sup>26</sup> N. Bostrom, *Transhumanist Values*, in *Journal of Philosophical Research*, 30 (Supplement), 2005, and N. Bostrom, *A history of transhumanist thought*, in *Journal of Evolution and Technology*, 14, 2005.

<sup>27</sup> G. Anders, *Die Antiquiertheit des Menschen*, München, 1956.

pushes human beings transcend themselves<sup>28</sup>.

Well, the teaching left from this extraordinary author is that the technological progress is unstoppable and we have to deal with it. At the same time, the human person will remain a human person, but he will realize new possibility for himself and for his body: it is not a radical passage into an artificial world because the human nature is still its reference. Especially Aldous Huxley spoke about this subject.

Moreover, before the advent of these new immersive ecosystems, the relationship between human and technologies was limited to surgical interventions on the human body: for example, screws and bolts to rebuild the bones, and pacemakers to track heartbeat.

So, the symbiosis between human and technologies is daily life.

Currently, it's possible to link human brain with machine through neuronal system that can extract a lot of information from the brain. We can find one of the best expressions that resume the new scenario into a book written by Hans Jonas<sup>29</sup> and into the studies of Mirelle Delmas-Marty who reflected on the scenarios brought by technoscience, in particular on the issue of the relationship between hominization and humanisation<sup>30</sup>. The first word refers to biological evolution, a sort of unification process of the human species, while the second one take on the differences among human groups founded on different culture: hominization is moving away from Darwinian logic, and is determined by technology.

So, all these novelties are producing a need for universalism that translates into common rules, international conventions.

What are the problems for law caused by the new technological world?

The first issue is the law as arbiter between two anthropologies: the millenary one, linked to the nature, and the technological one, linked to the “body swapping”.

Can the law reproduce natural conditions? Or, on the contrary, does the law maintains a datum of artificiality that does not allow to reproduce the passage from the situations in which there was only case, destiny, necessity to the situations in which there is a choice, decisions, freedom of determinations?

The law, of course, can limit, can regulate, but cannot reproduce the situation that existed in the past. For example, in the past, the way of procreating occurred in only one way; nowadays, instead, the methods of procreation are multiple. For this reason, the law does not preserve the naturalness of procreation, rather the alternative way to birth, in different aspects.

The second issue was debated also in 1927, by Julian Huxley. The problem was “double standard”<sup>31</sup>: we have a lot of possibilities to modify the human bodies, so the risk is to generate a contrast between “people in” and “people out” the processes of “body swapping”, aimed to improving the quality of human nature.

---

<sup>28</sup> A. Huxley, *Brave New World*, United Kingdom, 1932.

<sup>29</sup> H. Jonas, *Philosophical Essay: From Ancient Creed to Technological Man*, New Jersey, 1974.

<sup>30</sup> M. Delmas Martin (eds.), *Le clonage humain, droits et sociétés, recherche franco-chinoise*, vol. 1, Introduction (with Z. Naigen), Paris, SLC, 2002, M. Delmas-Marty – A. Jeammaud – O. Leclerc (eds.), *Humanisme et droit* éd. Classiques Garnier, 2015.

<sup>31</sup> J. Huxley, *Religion Without Revelation*, London, 1927.

The third issue concerns the rights to the future. The law, as we said, is characterized by a stabilization function; the law must take note of the reality and it must attribute the most intense protection to the legally relevant behaviour. But, in a future perspective, how do we measure the evolving reality that moves on the unstable ground? Can we reflect on the rights of the future? How can uncertainty be governed by the law? The fourth issue is very simple to formulate, but it is the most difficult to deal with: if we are in a post-human or transhuman era, can rights (as we know now) exist without human person?

So, we can try the answer to this question in the Italian Constitution.

Nowadays we use different adjective referred to rights: we use human rights and inviolable rights, but we often use the expression fundamental rights every time, in particular to the rights recognised in the Constitutions, in the European Charters and in the International Treaties.

It's not a coincidence: we use two expressions as synonymous like human rights and inviolable rights, but we often use another expression, not surprisingly, that is fundamental rights. This expression appears only once in the art. 32 of Italian Constitution in relationship to the health.

This is very important because where the importance of the body is immediately established, the fundamentalism of right is caught by the Constituents, who had the culture of the inviolable human rights and the extraordinary ability to intuit the data of reality.

This is an aspect that brings crucial questions in relation to a new idea of body, that here we can consider as a virtual body: can human rights exist without human person? Do we have to recognize human rights in other directions, instead, than what we identify under formulas like “cyber” or “robots”?

These are questions strictly related to a human person that call a rethinking of legal categories and to the idea of the modernity based on the equality of people, abstracting the natural dimension in which they are located.

We live in a different world respect to the feudal society, where the man is nailed to his birth condition. But now we can consider all people equally, as the great Charters and the great Declarations of human rights said: the people are born free and equal. We must not abandon this route, especially in the “silicon universe”, even if human person is replaced by digital person, because the person, regardless of his/her nature, is anyway protected in the Charters of rights.

The referment of the person is very strong, it structures the entire legal order and it is at the centre of a new technological world, where fundamental principles are equality, autonomy and dignity.

How anachronistic are these values?

For nothing. In fact, they live of an extraordinary continuity because great values, born from a long elaboration, maintain their persistence in this different dimension with characteristics that are linked to the novelty of the situation.

But in the “silicon universe”, people are not free, not equal and not independent because they live under a new form of power<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> L. Di Majo – F. Paruzzo, *Nuovi aspetti del potere nel Metaverso*, in M. Calamo Specchia (ed.), *Processi*

We can open a very similar discussion about the dichotomy between bioconservatives and transhumanists, that reflects a dichotomy between *homo sapiens sapiens* and *homo technologicus*<sup>33</sup>. Bioconservatives are opposed to any form of change and anything that may represent a threat to society and democracy<sup>34</sup>, while the transhumanists want to leave to the natural condition of human people thanks to the scientific progress.

I propose an example to explain better what is the problem and how people live in the “silicon universe” under a different power that is exercised by the sovereigns with a “silicon crown”<sup>35</sup>.

We can consider the differences between morphological freedom and procreative freedom. Thanks to the first one we use the scientific progress without any kind of obstacle, while, thanks to the second one, a human person can extend his/her physical characteristics in another body.

So, the morphological freedom is more acceptable than procreative freedom because the effect of using his/her own body is extend on his/her body too. But, if we consider the procreative freedom in an absolute idea, we don't consider that the juridical effect from an individual choice is produced exactly in the sphere of the unborn that will be limited in their autonomy.

The famous example is a disability replication: a deaf-mute LGBT couple, through a donation of seed of a deaf-mute friend of theirs, gave birth to deaf-mutes. This example is believed as legitimate exercise of procreative freedom, because if a new birth is considered a blessing, more a new birth of deaf-mute is considered a double blessing, because the host community welcome with much more intensity<sup>36</sup>.

My opinion is radically negative: the human person, born with these disabilities, is conditioned and destined to move in the world with less autonomy: his/her existential dignity is violated without knowing if the unborn child would have wanted this.

In the parallel universe, at the same, the virtual person is conditioned, like the deaf-mute. Conditioning is exercised by a different power coming from digital sovereigns that act through the economic power.

So, we have physician constraints and economics constraints that the law cannot ignore

### 3. The legal aspect

Well, what is the role of law in this scenario, where the classic theme of the relationship between power and authority emerges declined in the logic of the relationship

---

*politici e nuove tecnologie*, Turin, 2024.

<sup>33</sup> A.F. De Toni – C. Battistella, *Dall’Homo sapiens sapiens all’homo technologicus: biconoservatori versus transumanisti*, in *Teoria*, 27, 2007.

<sup>34</sup> F. Fukuyama, *The End of History and The last Man*, London, 2020.

<sup>35</sup> A. Venanzoni, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2020

<sup>36</sup> On these aspects, see A. Bashford – P. Levine, *The Oxford Handbook of the History of Eugenics*, Oxford, 2010.

between constitutionalism and digital sovereignty<sup>37</sup>?

The world of digital platforms is a particular ecosystem, in which new and unprecedented centres of power are manifested through opaque procedures, extract data, manipulate behaviours. The “silicon sovereigns” influence private dynamics, they penetrate the sphere of individual rights and freedoms, altering the traditional mechanisms of functioning of democratic dialectics.

In particular, in the dual perspective of philosophy and constitutionalism, it is clear there’s a full awareness of the difficulty of practising the classical instruments.

At this time, we have to identify legal paths that can guide progress in the right direction and guarantee the protections that have been offered to people for so long through the Charters<sup>38</sup>, also on this new and impervious terrain.

Certainly, the law must regulate, as much as possible, all the legally relevant phenomenon, even the scientific progress.

The law of the economy is the privileged observatory.

After all, the power of platforms was manifested a long time ago, when the trading on line started, thanks to exchange software as B2B and B2C. Verily, some trading systems brought a lot of problems for copyright, as we can remember *Napster*, considered a pirate platform, like many others, where music and video tracks were downloaded. So, the legislator intervened with a very severe punitive law.

Some years later, with the first social networks (*Badoo, Facebook, Instagram, X*), the digital evolution of the platforms starts, and reality has been translated, the bytes took the place of the atoms, the body was dematerialized.

The evolution of the human species has represented a slow growth of the intellectual functions of the human being, excepting the rapid passage from *homo sapiens sapiens* to *homo technologicus*, with the great problems about the governance of the big data by a few of Big Tech Companies.

Here, the DLT technologies (Distributed Ledger Technology), also called blockchain, has upset the idea of currency that is no longer a monopoly of the State, but it begins to be attracted by digital sovereigns in the form of cryptocurrencies like BTC (bitcoin), Stellar (XLM), Litecoin (LTC), Binance Coin (BNB), Tether (USDT), Ether (ETH), USD Coin (USDC), etc.

But what are the limits? Do these digital platforms conflict with European standards and internal rules, especially with *Digital Market Act, Digital Services Act, AI Act* and the art. 41 of Italian Constitution?

In other words, how much do constitutional and European values escape from the market?

This is an important point: when we talk about platforms, considered as places of exchange, we inevitably talk about the market.

The ordinary legislator intervened after a careful analysis of the phenomenon and for the legal profiles of the economy, after a careful analysis of the possible repercussions on the economic-financial system, for example the speculation of Initial Coin Offer-

---

<sup>37</sup> M. Kelton – M. Sullivan – Z. Rogers – E. Bienvenue – S. Troath, *Virtual sovereignty? Private internet capital, digital platforms and infrastructural power in the United States*, cit.

<sup>38</sup> L. Di Majo, *L’articolo 2 della Costituzione e il Metaverso*, cit.

ing (ICO), the “derivates”, that are structured around highly volatile cryptocurrencies that have destroyed hundreds of thousands of investment portfolios.

In these fields the role of the legislator is essential to regulate the critical aspects<sup>39</sup>.

The art. 41 of Italian Constitution, moreover, is a preceptive norm which attributes a static legal situation, a real status in the legal system. At the same time, freedom of economic initiative encounters a limit that resides in the social utility (an expression certainly attributable to the merit that must underlie any atypical negotiating relationship) and, in any case, freedom of economic initiative itself cannot harm health, environment, security, freedom and human dignity.

The freedom of economic initiative must respect a double prejudicial which requires looking at individual utility (economic transactions on platforms) from a recessive point of view with respect to social utility (saving, economic stability, fundamental rights and more).

Italian and European legislators have guaranteed economic freedom within certain limits, with a “soft” approach.

In particular, European legislator is concerned about the drift of the fundamental rights of people, as emerges from the “digital regulatory box” in this field.

Regulation (EU) 2016/679, *General Data Protection Regulation*, manifests the will of the legal right to govern scientific and technological progress. The legislation represented a first step towards the complexity and uncertainty of digital platforms, only recently regulated by Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, Regulation (EU) 2022/1925, on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (*Digital Markets Act*) and Regulation (EU) 2022/2065 on a single market for digital services and amending Directive 2000/31/EC (*Digital Services Act*)<sup>40</sup>.

The “digital regulatory box” places the person at the centre of the regulation and it’s full of alerts and dripping with finalistic affirmations.

The European legislator has built a perimeter around the person: there are a lot of obligations to the data controller (Regulation (EU) 2016/679), to gatekeeper (art. 5, 6, and 7, Regulation (EU) 1925/2022), to intermediary service providers and information storage (Regulation (EU) 2022/20165).

In particular, the *DSA* and the *DMA* were issued to limit platforms and to provide new obligations for host providers. In these regulations the demand for transparency and guarantee of personal data find a significant space in the procedures of protection and in a paradigm that must be different from the previous regulation on host providers that, currently, are subjected to further forms of liability, not limited to trade in counterfeit or terrorist content (Regulation (EU) 2021/784).

The European Union has grasped the most problematic element of the profitable use

---

<sup>39</sup> On these aspects, see M. Passaretta, *La nuova disciplina antiriciclaggio: tra sistemi di pagamento innovativi e nuove forme di finanziamento alle imprese*, in F. Fimmanò – G. Falcone (eds.), *FinTech*, Naples, 2019.

<sup>40</sup> A. de Streel – P. Larouche, *The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution*, in *Concurrences*, 2, 2021; M. R. Allegri, *Il futuro digitale dell’Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2021.

of information projected in digital spaces of any type: market, services, information, data governance.

The European package guarantees information in the digital market, monitors investment products, tracks the circulation of money, obliges providers to provide services under transparent objective and subjective conditions, regardless of the location of the platforms.

Of course, respect to the privacy regulation, the object of the protection has taken on a more strictly economic connotation for the progressive change of interpersonal relationships that assume mostly negotiating aspects in the digital dimension.

It is an important awareness of the European legislator, probably deeper to the European Member-State Constitutions (some of those very dated) that could not know such complex phenomena, brought by the technological progress. It seems a proportional approach and also respectful of what is never private initiative that, obviously, must channelled and well identified both subjectively and objectively.

To date we do not know whether the Union legislator has worked well in this jagged and evolving obstacle course, but the criterion of proportionality and a soft attitude seems to be a method that favours the balance between private economic initiative and the protection of fundamental rights, also with regard to the social peculiarities of individual Member States.

The prevalence of economic and trade profiles of the European model does not amount to an underestimation of vulnerability.

Indeed, the close link between the economic exploitation of the virtual person and the transfiguration of one's own intimate sphere finds a place of protection in Regulation (EU) 2022/2065, where the sacrifice of fundamental rights is not the price to pay to allow gatekeeper to open the threshold of the digital worlds, but rather it is the profile on which to measure the degree of protection that platforms are obliged to reserve for digital immigrants.

The cost of fundamental rights, in the virtual dimension is like, a light that turned on harmful practices towards minors (Para. 63, 95, 104 of the preamble) and all those users attracted by those who offer the opportunity to satisfy their own needs, obliging platforms to take measures to avoid or minimise distortions that lead to discrimination against in vulnerable situations, in accordance with data protection law, especially when the information is customized on the basis of particular categories of personal data referred to in art. 9 of Regulation (EU) 2016/679.

## **4. Conclusion**

Is everyone safe? Will this discipline endure over time?

We don't know for sure.

Actually, for example, European legislator still disciplines the "traditional" platforms, but not new immersive world of Metaverse, even if European Commission has approved, on 11 July 2023, has adopted a new strategy on *Web 4.0* and virtual worlds to steer the next technological transition and ensure an open, secure, trustworthy, fair

and inclusive digital environment for EU citizens, businesses and public administrations<sup>41</sup>.

But now, we don't know if the *package*, that includes also *AI Act*, will be sufficient. Certainly, in this scenario, the role of the Courts will be fundamental in the process of recognition of rights in the virtual world in the same way as in the real world, but is very difficult to monitor this legislation with the classical instruments of the better regulation.

Experience has shown that the quality of regulation is measured at least every two years.

But if, in such a long period of time for impact studies, new technologies continue their unstoppable race, then we can only hope in a softer discipline.

This means dynamicity and adaptability to the signs of the times generated by progress.

But this continues, at the same times, to put the human person at the centre of the issue, even if in different areas, where constantly his/her fundamental rights must be defended, since they deserve a different fate from the apocalyptic one that philosophers and jurists sometimes imagine.

---

<sup>41</sup> European Commission, *Towards the next technological transition: Commission presents EU strategy to lead on Web 4.0 and virtual worlds*, available online.

---

# Normative Considerations on Impact Assessments in EU Digital Policy\*

Pier Giorgio Chiara - Federico Galli

## Abstract

This paper assesses the increased normative role of impact assessments in the EU digital governance. We first investigate how impact assessments have gained prominence as regulatory tools in regulating the digital dimension. Then, we analyse, also from a comparative perspective, three different impact assessment models enshrined in EU legal acts (i.e., the GDPR, the AI Act and the DSA). Finally, we highlight six shortcomings common to the previously addressed models.

## Summary

1. Impact Assessments as Regulatory Tools. – 2. Impact Assessments in EU Digital Policy. –2.1. GDPR: the Data Protection Impact Assessment (DPIA). – 2.2. AI Act: the Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA). – 2.3. DSA: the Systemic Risk Assessment (SRA). – 3. Normative Considerations on Impact Assessments. – 3.1. Measuring Impacts. – 3.2. Effective Operationalisation. – 3.3. Interdisciplinarity. – 3.4. Stakeholders' Involvement. – 3.5. Controls. – 3.6. Publication – 4. Conclusion.

## Keyword

impact assessment – systemic risk assessment – data protection impact assessment – fundamental rights impact assessment – EU digital policy

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio "a doppio cieco". While the research results are based on a combined effort, Section 2 should be attributed to Pier Giorgio Chiara, while, Sections 1 and 3 to Federico Galli. Conclusions are shared reflections. Pier Giorgio Chiara was supported by the project SERICS (PE00000014) under the MUR National Recovery and Resilience Plan funded by the European Union – NextGenerationEU. Federico Galli was partially supported by the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (GA. 833647) and by the PRIN 2022 Project DAFNE (P2022R7RS9) under the MUR National Recovery and Resilience Plan funded by the European Union – NextGenerationEU.

## 1. Impact Assessments as Regulatory Tools

Impact assessment can be described as a systematic process for analysing the potential effects or consequences of particular actions, projects, policies, or decisions. In the field of regulation, impact assessments are studied from two different perspectives: i) as part of a policy-making process and ii) as a tool for regulation.

In the first case, impact assessments are procedures for regulators to gauge the various effects of policy-making initiatives before they are implemented. The primary purpose of these assessments is to provide a comprehensive understanding of the broader implications of proposed policies, allowing for informed decision-making<sup>1</sup>. For example, so-called “regulatory impact assessments” (RIAs) have surfaced as a critical tool for ensuring “better regulation”<sup>2</sup> and more evidence-based public policies. In the second case, impact assessments are regulatory tools in which private or public entities account for the potential effects of their activities on various aspects, such as the environment, society, economy, or specific stakeholders. This article will deal with this second type of impact assessment.

The use of impact assessment as a regulatory tool took hold during the second part of the 20<sup>th</sup> century in the context of self-regulatory initiatives of virtuous organisations. For example, environmental impact assessments have gained prominence since the 1970s in industries with significant ecological footprints, ensuring that private entities operate environmentally responsibly<sup>3</sup>. Other impact assessments have emerged in the last decades<sup>4</sup>, such as human rights impact assessments<sup>5</sup>, health impact assessments<sup>6</sup>, and privacy impact assessments<sup>7</sup>.

As society has started to recognise the increasing impact of organisations on various facets of social life, from technology companies shaping digital landscapes to industries influencing environmental sustainability, impact assessments have been increasingly included in some top-down legislative measures. One of the earliest examples is Directive 2011/92/EU<sup>8</sup>, which introduced the environmental impact assessment (EIA) process, which ensures that projects likely to have significant effects on the environment are subject to an assessment by their developer prior to their authorisation.

---

<sup>1</sup> C. Kirkpatrick-D. Parker, *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?*, Cheltenham-Northampton, 2007.

<sup>2</sup> European Commission, *Better Regulation Guidelines SWD*, 2021, 305 final, , 10.

<sup>3</sup> J. Glasson-R. Therivel, *Introduction to Environmental Impact Assessment*, London, 2013.

<sup>4</sup> The International Association for Impact Assessment (IAIA) has played a crucial role in promoting and applying these assessments beyond their environmental origins.

<sup>5</sup> G. De Beco, *Human Rights Impact Assessments*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 27, 2009, 139.

<sup>6</sup> B. Harris-Roxas et al., *Health Impact Assessment: The State of the Art*, in *Impact assessment and project appraisal*, 12, 2009, 43.

<sup>7</sup> D. Wright, *The State of the Art in Privacy Impact Assessment*, in *Computer Law & Security Review*, 28, 2012, 54.

<sup>8</sup> Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, later amended by the Directive 2014/52/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment.

In these cases, impact assessments become the object of due diligence obligations, whose violations may result in sanctions enforced by the state through specialised authorities.

This development has led to new thinking of impact assessments as co-regulatory mechanisms<sup>9</sup>. Co-regulation is an interface between top-down regulation (i.e., hard law) and self-regulation (i.e., soft law), where the legislator «entrusts the attainment of specific policy objectives set out in legislation or other policy documents to parties which are recognised in the field (such as economic operators, social partners, non-governmental organisations, standardisation bodies or associations)»<sup>10</sup>. Accordingly, impact assessments are an instance of co-regulation, as they involve both regulators in setting overarching goals and detailing processes and the regulated entities in analysing and managing the impacts of their economic and social activities in relation to these goals and processes

Impact assessments as regulatory tools are also tightly intertwined with the notion of risk and a risk-based approach to regulation<sup>11</sup>. Risk is generally understood as the combination of the likelihood of an adverse outcome materialising (e.g., harm) and the potential severity of such harm. Impact assessments generally involve, but are not limited to, quantitatively assessing impact in terms of risk. Thus, the risk analysis is a key aspect of impact assessments. Also, as risk-based regulation is committed to constraining the behaviours of people and organisations only in a way proportional to the particular risk identified, impact assessments serve the risk-focused perspective, aiming to anticipate and mitigate potential harms before they occur. This interconnectedness underscores the role of impact assessments in promoting regulatory frameworks that are both evidence-based and responsive to potential risks.

Against this backdrop, this work outlines how “impact assessments as regulatory tools” have become increasingly popular in EU digital policy and regulation (Section 2). Moreover, it contributes to the existing literature on digital governance in the EU by i) providing a systematic overview of three main impact assessment models having a bearing on the development and use of digital products, services and applications in the EU (i.e., the GDPR’s Data Protection Impact Assessment (DPIA); the Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA) under the Artificial Intelligence Act; and the DSA’s systemic risk assessment (SRA)); ii) mapping out some inherent limitations of impact assessments as regulatory instruments (which are increasingly adopted by EU policies) to the three previously analysed models (Section 3); iii) presenting possible solutions to overcome these hurdles. This study shall also serve as a baseline for future research, in particular, concerning the normative implications addressed in Section 3.

---

<sup>9</sup> R. Binns, *Data protection impact assessments: a meta-regulatory approach*, in *International Data Privacy Law*, 7(1), 2017, 22.

<sup>10</sup> European Commission, *Better Regulation Toolbox*, 2023, 124.

<sup>11</sup> J. B. Wiener, *Risk Regulation and Governance Institutions*, 2010, OECD report.

## 2. Impact Assessments in EU digital policy

Impact assessments have become a prominent regulatory tool in the current EU digital policy-making<sup>12</sup>. In this context, the EU has started mandating different entities' specific impact assessments in connection with the development of digital technologies. Some areas of EU law (i.e., privacy and data protection, artificial intelligence) explicitly introduce impact assessments as a requirement for its addressees, while other areas of EU digital regulation (i.e., cybersecurity, online platform services, banking and finance, children online protection, etc.) hinge on the somewhat vaguer paradigm of "risk management", which still is an *ex-ante* due diligence obligation. In any case, both instruments serve as a structured and systematic method to evaluate the implications of digital products and services before they become entrenched in the market and ensure that these can align with specific technical, legal and social goals relevant to the EU.

Specifically, a particular emphasis has recently been placed on fundamental rights and social values. In this context, risk-based impact assessments mandated on private actors take into consideration the goal of upholding fundamental rights and values enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. This trend, which may deserve an analysis on its own, can be read as one of the many responses of "digital constitutionalism" contributing to the privatisation of fundamental rights protection<sup>13</sup>. Also, this movement is perfectly in line with increased pressure on private actors on a global and regional scale to align with human rights and social goals (see, e.g., corporate social responsibility)<sup>14</sup>.

Three models of impact assessment<sup>15</sup>, which consider fundamental rights and social interests as protected values, can be identified in three different EU legal regulations in the digital field: (1) the data protection impact assessment (DPIA) set out in Art. 35 GDPR; (2) the fundamental rights impact assessment (FRIA) established at Art. 27 of the approved Artificial Intelligence Act; and (3) the systemic risk assessment (SRA) obligations for Very Large Online Platforms (VLOPs) and Search Engines (VLOSEs) set out in Arts. 34-35 of the Digital Services Act.

---

<sup>12</sup> A. Calvi-D. Kotzinos, *Enhancing AI Fairness Through Impact Assessment in the European Union: A Legal and Computer Science Perspective*, in *Proceedings of the 2023 ACM conference on fairness, accountability, and transparency*, 2023.

<sup>13</sup> See, among others, E. Celeste, *Digital constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33(1), 2019, 76 and, more extensively, G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe, Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022.

<sup>14</sup> See, recently on this, P. Balboni-K. Francis, *Data Protection as a Corporate Social Responsibility*, Cheltenham-Northampton, 2023.

<sup>15</sup> Following Mantelero, for the purpose of the article we cluster the DSA's "systemic risk assessment" requirement under the broader, functional definition of "impact assessment" given above. Cf. A. Mantelero, *Fundamental rights impact assessments in the DSA*, in *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2022.

---

### 2.1. GDPR: the Data Protection Impact Assessment (DPIA)

The GDPR establishes the principle of accountability (Art. 5(2) GDPR), according to which data controllers shall be able to prove compliance with the principles of personal data protection enshrined in Art. 5(1) GDPR (lawfulness, fairness and transparency; data minimisation; accuracy; purpose limitation; storage limitation; integrity and confidentiality). The accountability principle builds on a risk-based approach<sup>16</sup>, i.e. the degree of expected compliance is determined by the inherent risk of the overall personal data processing operations. The risk-based approach is rooted in Art. 25(1) GDPR, as data controllers are required to implement appropriate technical and organisational measures, considering the state of the art, the cost of implementation and the nature, scope, context and purposes of processing as well as the *risks* of varying likelihood and severity for rights and freedoms of natural persons posed by the processing. Therefore, the GDPR introduces a high-level legal standard (i.e., compliance with personal data protection principles) without setting how such a standard can be implemented in practice, as the spirit of accountability ultimately requires the data controllers to ascertain the risk of data processing and determining appropriate measures to mitigate such risk<sup>17</sup>.

The accountability principle and risk-based approach are further exemplified by Art. 35 GDPR<sup>18</sup>, for it introduces an obligation for data controllers to perform a “data protection impact assessment” (DPIA) prior to processing that is likely to result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons, especially if new technologies are involved<sup>19</sup>. The GDPR contextual risk-based approach is also reflected in this provision, as data controllers must adapt their compliance efforts to the actual (high) risks posed by their processing operations. Once the DPIA is completed, if the residual risk to the rights and freedoms is (still) high, only then will data controllers consult the supervisory authority<sup>20</sup>. This is a further example of the accountability principle and the paradigm shift from the 95 Data Protection Directive, where authorities were tasked to preventively assess processing operations likely to present specific risks to the rights and freedoms of data subjects (sc. prior checking)<sup>21</sup>.

Concerning the DPIA, Paragraphs 3-5 of Art. 35 GDPR are preoccupied with determining when a DPIA is required or not. In this regard, Article 29 Working Party clustered specific processing operations that require a DPIA due to their inherent high

---

<sup>16</sup> R. Gellert, *Understanding the notion of risk in the General Data Protection Regulation*, in *Computer Law & Security Review*, 34, 2018, 2.

<sup>17</sup> U. Pagallo-P. Casanovas-R. Madelin, *The Middle-Out Approach: Assessing Models of Legal Governance in Data Protection, Artificial Intelligence, and the Web of Data*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 7(1), 2019, 10.

<sup>18</sup> A. Christofi et al., *Erosion by Standardisation: Is ISO/IEC 29134: 2017 on Privacy Impact Assessment up to (GDPR) Standard?*, in *Personal data protection and legal developments in the European Union*, 2020, IGI Global, 1796.

<sup>19</sup> Art. 35(1), GDPR.

<sup>20</sup> Art. 36(1), GDPR.

<sup>21</sup> Art. 20, Directive 95/46/EC.

risk into nine criteria, which are outcomes-based: 1) evaluation or scoring; 2) automated decision-making with legal or similar significant effect; 3) systematic monitoring; 4) sensitive data or data of highly personal nature; 5) data processed on a large scale; 6) matching or combining datasets; 7) data concerning vulnerable data subjects; 8) innovative use or applying new technological or organisational solutions<sup>22</sup>; 9) when the processing in itself “prevents data subjects from exercising a right or using a service or a contract”<sup>23</sup>.

Paragraph 7 of Art. 35 GDPR puts forward a minimum list of elements that a DPIA has to include: a) a systematic description of the envisaged processing operations and the purposes of the processing; b) an assessment of the necessity and proportionality of the processing operations in relation to the purposes; c) an assessment of the risks to the rights and freedoms of data subjects; and d) the measures envisaged to address the risks. The controller shall seek the views of data subjects or their representatives on the intended processing (Art. 35(9) GDPR) and constantly monitor whether the processing is performed in accordance with the DPIA (Art. 35(11) GDPR).

Yet, if we turn our attention to widely adopted DPIA methodologies (e.g., the model designed by the French Data Protection Authority, the CNIL<sup>24</sup>), risk assessments only sometimes embrace the full scope of Art. 35(7)(c) GDPR. In particular, the “risk to rights” reference is often neglected as DPIA models are still primarily centred on risks to privacy and data protection, i.e. data security, mirroring the approach of the Privacy Impact Assessments (PIA)<sup>25</sup> under the previous Data Protection Directive: «despite specific references in the GDPR to the safeguarding of rights and freedoms in general as well as to societal issues, the new assessment models do nothing to pay greater attention to the societal consequences than the existing PIAs»<sup>26</sup>. Rather, GDPR’s risk management process, that is, the DPIA, would require data controllers to assess processing’s impacts vis-à-vis the full catalogue of EU fundamental rights, i.e. the Charter of Fundamental Rights of the EU<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> For example, the processing of personal data by AI providers and deployers would require a DPIA pursuant to several of the above-mentioned criteria. In certain cases, the development and use of AI systems may require data processing at a large scale (n. 5) or entail the evaluation of personal characteristics (n. 2), if not automated decision-making (n. 2). In any case, AI technologies may constitute at the state of the art an “innovative technological solution”, thus requiring a DPIA under the criterion n. 8.

<sup>23</sup> Art. 29 WP, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and Determining Whether Processing Is “Likely to Result in a High Risk” for the Purposes of Regulation 2016/679*, 9-11.

<sup>24</sup> CNIL, *Privacy Impact Assessment (PIA) Methodology*.

<sup>25</sup> Art. 20, Directive 95/46/EC.

<sup>26</sup> A. Mantelero, *Beyond Data: Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, 2022, London-New York, 23.

<sup>27</sup> D. Hallinan-N. Martin, *Fundamental Rights, the Normative Keystone of DPIA*, in *European Data Protection Law Review*, 6(2), 2020, 178; E. Kosta, *Article 35 Data Protection Impact Assessment*, in C. Kuner-L. A. Bygrave-C. Docksey-L. Drechsler (eds.) *The EU general data protection regulation: A commentary*, Oxford, 2020, 671.

---

### 2.2. AI Act: The Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA)

On 13 March 2023, the European Parliament passed the AI Act (AIA), laying down harmonised rules on artificial intelligence in the EU. The AI Act bridges the “traditional” risk-based approach of “EU digital law” with an enhanced product safety approach, for it is hybridised with a “rights-based approach”<sup>28</sup>. In particular, the “risk-based approach” is declined in the AI Act in a different fashion from the GDPR, as it determines the regulatory burdens for AI operators based on the risk entailed by specific categories of AI systems and AI use cases to safety, health, and fundamental rights. AI systems are clustered into four pre-determined risk categories, i.e., unacceptable, high, low, and minimal and are covered by corresponding regulatory measures<sup>29</sup>. The Regulation mainly establishes rules for high-risk AI systems, among which essential requirements and due diligence obligations are distributed among developers and deployers. Developers must ensure the application of essential requirements and undergo the relevant conformity assessment. Deployers are instead bound to use the AI systems according to instructions given by the provider and, importantly, carry out a fundamental right impact assessment (FRIA).

In particular, the obligation of the deployer to perform a FRIA prior to deploying a high-risk AI system into use is contained in Art. 27 of the AI Act. Three categories of actors linked to high-risk AI systems are in scope: i) deployers that are bodies governed by public law; ii) private operators<sup>30</sup> providing public services (e.g., education, healthcare, social services, housing, administration of justice); and, iii) operators deploying high-risk systems intended to be used to evaluate the creditworthiness of natural persons or establish their credit score and intended to be used for risk assessment and pricing in relation to natural persons in the case of life and health insurance. The assessment shall include at least: a) a description of the deployer’s processes where the high-risk AI system will operate; b) the period of time and frequency of the system’s use; c) the categories of persons and groups likely to be affected by the use of the system; d) the specific risks of harm likely to impact the previously identified persons; e) a description of the implementation of human oversight measures; f) the measures to be taken in case of the materialisation of these risks. Following to a dynamic risk-based approach, subject to changes in the above-mentioned factors, deployers have to update the FRIA accordingly<sup>31</sup>. Upon finishing the impact assessment, deployers are required to notify the market surveillance authority of the results of the

---

<sup>28</sup> T. Evas, *The EU Artificial Intelligence Act: Advancing Innovation for Trustworthy AI*, in *AIRe – Journal of AI Law and Regulation*, 1(1), 2024, 98-100. See also M. Almada and N. Petit, *The EU AI Act: Between product safety and fundamental rights*, 2023, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. 2023/59, available at SSRN.

<sup>29</sup> C. Novelli et al., *Taking AI Risks Seriously: A New Assessment Model for the AI Act*, in *AI & Society*, 2023, 1.

<sup>30</sup> Art. 3(8), AI Act: “operator” means the provider, the product manufacturer, the deployer, the authorised representative, the importer or the distributor.

<sup>31</sup> Art. 27(2), AI Act.

assessment<sup>32</sup>.

It may be the case that deployers required to conduct a FRIA have already carried out a DPIA pursuant to Art. 35 GDPR. In fact, data protection rules, including the obligation to carry out a DPIA, apply in the context of AI use as long as personal data are processed.<sup>33</sup> This is all the more true given the broad understanding of the “personal data” concept pursuant to Art. 4(1) GDPR and relevant case law.<sup>34</sup> Moreover, using an AI system may constitute a decision based solely on automated processing, including profiling, as in Art. 22 GDPR.

If any of the elements of the FRIA are already met through the DPIA pursuant to the GDPR (or the LED Directive<sup>35</sup>), Art. 27(4) of the AI Act establishes that a FRIA should be conducted in conjunction with such instruments. The importance of this provision should not be underestimated, for it entails two significant normative consequences. From an operational perspective, the legal text seems to have already clarified the relationship between the two instruments (i.e., the DPIA and the FRIA) with a view to avoiding seemingly duplicative requirements that might have created a burden for economic operators. Moreover, from a strict legal perspective, including such FRIA in the AIA would have entailed, among other things, a “downscaling” of the right to data protection, which, in the absence of (more) comprehensive legal answers, has been assigned with the GDPR, and specifically Art. 35, a safeguarding role for the entire catalogue of fundamental rights – as seen above.

The final version of the FRIA obligation differs significantly from the original European Parliament (EP) proposal. First, the EP draft provision would have applied to all deployers of high-risk AI systems. Second, several important elements originally included in the FRIA are now missing: an outline of the intended geographic scope of the system’s use; the reasonably foreseeable impact on fundamental rights, as well as on the environment; and a detailed plan describing the measures or tools that will help mitigate the identified risks. In particular, absent a risk mitigation plan, the deployer should have refrained from putting the high-risk AI system into use and informed the provider as well as the national supervisory authority without undue delay (Art. 29a(2) EP draft AIA). Third, similar to Art. 35(9) GDPR, according to the EP’s FRIA model, deployers (except for SMEs) would have involved representatives of the persons or groups likely to be affected by the system (Art. 29a(4) EP draft AIA). The EP found it appropriate to list a number of stakeholders (i.e., equality bodies, consumer and data

---

<sup>32</sup> There is however an exception to notify for “exceptional reasons of public security”: see Amnesty International, *EU’s AI Act fails to set gold standard for human rights*, April 2024, 3.

<sup>33</sup> European Data Protection Authorities have been producing guidelines and recommendations on the development and implementation of artificial intelligence systems that are GDPR-compliant as early as the entry into application of the Regulation. For example, see the report from the Norwegian Supervisory Authority, *Artificial Intelligence and Privacy*, 2018; more recently, the French SA started publishing several dedicated resources on AI.

<sup>34</sup> E.g., CJEU C-582/14, *Breyer* (2016), ECLI:EU:C:2016:779.

<sup>35</sup> Directive (EU) 2016/680 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA. It is worth noting that the interplay between the LED and the incoming AI Act will be relevant.

protection agencies, and social partners) as well as to include a deadline (i.e., six weeks) to obtain a response from them. Finally, deployers who are public authorities would have been mandated to publish a summary of the impact assessment – an element missing from the corresponding Art. 35 GDPR (Art. 29a (5) EP draft AIA)<sup>36</sup>.

On a different note, one may wonder whether Art. 27 AIA is the only provision of the Regulation imposing a risk or impact assessment to fundamental rights<sup>37</sup>. Art. 9, establishing a risk-management system as an essential requirement for high-risk AI systems, also stresses the need to identify and analyse the known and reasonably foreseeable risks that the high-risk AI system can pose to health, safety and *fundamental rights*. The developer of a high-risk AI system is competent in ensuring the application of essential requirements. Thus, the developer must also ensure that the risks stemming from AI systems are identified, analysed, and mitigated, considering the risks to fundamental rights<sup>38</sup>.

However, the risk assessment contained in Art. 9 differs from Art. 27 FRIA both in terms of rationale and scope. First, the fundamental rights risk assessment under Art. 9 FRIA is a requirement for all high-risk AI systems, contrary to the limited scope of Art 27. Second, Art. 9 requirements must be implemented by providers and not deployers. Third, in line with the new legislative framework (NLF) principles and architecture, providers may comply with mandatory essential requirements (e.g., Art. 9 AIA) by applying harmonised technical standards (which is voluntary)<sup>39</sup>.

Whether the two fundamental rights assessments may influence each other, we claim that this occurrence is almost inevitable due to the inherent information asymmetry between the provider and the deployer. Providers possess key knowledge about system properties and technical limitations, impacting risk assessments during deployment. Thus, in the FRIA, deployers should consider information outlined in Art. 13<sup>40</sup>. Deployers may also rely on existing assessments from providers, tailoring their own assessments according to the system's use. On the other hand, deployers, being closer to usage contexts, understand individual and group risks better and are obligated to promptly notify providers of any emerging risks or incidents. This empowers providers to update risk management systems to address newly identified risks for fundamental rights.

The above-mentioned differences between providers and deployers lead to a signif-

---

<sup>36</sup> E. Kosta, *Article 35 Data Protection Impact Assessment*, cit., 675.

<sup>37</sup> A. Mantelero, *The Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA) in the AI Act: roots, legal obligations and key elements for a model template*, in *SSRN Electronic Journal*, 2024.

<sup>38</sup> Art. 9(2)(a), AI Act.

<sup>39</sup> European Commission, *COMMISSION NOTICE - The 'Blue Guide' on the implementation of EU product rules 2022*, 2022/C 247/01.

<sup>40</sup> The information that the provider must give to the deployer pursuant to Art. 13 AI Act is extremely relevant for conducting a FRIA, as it includes the characteristics, capabilities, and limitations of the high-risk AI system, including its intended purpose and level of accuracy, robustness, and cybersecurity metrics; any foreseeable circumstances that may impact accuracy, risks to health and safety, or fundamental rights must be disclosed; the technical capabilities to provide relevant information, performance regarding specific users or groups, and specifications for input data should be provided where appropriate; information to interpret and use the system's output effectively, predetermined changes, and human oversight measures must also be outlined etc.

icant implication with regard to the effectiveness of the two FR-related obligations. As we will see later in Section 3, these assessments, in order to be meaningful, must necessarily be context-dependent. In this regard, deployers are best placed to properly assess the risks posed to specific rights by the system in a given context and balance the competing interests at stake.

### **2.3. DSA: The Systemic Risk Assessment (SRA)**

The Digital Services Act<sup>41</sup> (DSA) is part of a broader policy strategy of the EU Commission<sup>42</sup> that aims to develop a legal framework to protect users' fundamental rights online without hampering business expansion<sup>43</sup>.

The DSA applies to intermediary service providers<sup>44</sup> who offer their services to recipients located in the Union (Art. 2(1) DSA). The Regulation adopts a scalable approach to the duties imposed on internet service providers: due diligence obligations, supervision, and sanctions are tailored to the type, size and nature of the provider concerned. Accordingly, the DSA sets out “basic” obligations applicable to all intermediary service providers (Arts. 11-15 DSA); additional obligations for hosting service providers, including online platforms (Arts. 16-18 DSA); additional provisions for providers of online platforms (Arts. 19-32 DSA); finally, additional obligations for providers of very large online platforms (VLOPs) and very large online search engines (VLOSEs) (Arts. 33-43 DSA).

In the last regulatory layer, the DSA introduces the obligation to carry out a systemic risk assessment (SRA). VLOPs and VLOSEs are required to identify and assess systemic risk «stemming from the design or functioning of their service and its related systems, including algorithmic systems, or from the use made of their services» (Art. 34(1) DSA). Such a risk assessment is conceived as dynamic in nature, as the providers have to carry out such assessment once designated as VLOPs and VLOSEs by the Commission and at least once a year (Art. 34(1) DSA).

Notably, the SRA includes not merely the modalities of service provision but also the use of “algorithmic systems”. Therefore, whereas the SRA does not explicitly deal with AI, it will likely influence the design and use of AI systems commonly used by online platforms to provide their service (e.g., recommender systems, content moder-

---

<sup>41</sup> Regulation (EU) 2022/2065 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC.

<sup>42</sup> European Commission, *Shaping Europe's Digital Future*, 2020. In particular, The Digital Services Act package, implementing the Strategy, includes two regulations: the Digital Services Act (DSA) and the Digital Markets Act (DMA).

<sup>43</sup> A. Turillazzi et al., *The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications*, in *Law, Innovation and Technology*, 15, 2023, 83.

<sup>44</sup> Under Art. 3 DSA, intermediary services consist of mere conduit services, caching, and hosting services. Online platforms, such as social networks or online marketplaces, fall into the category of hosting services, although they not only store information provided by service recipients but also disseminate this information to the public at their request.

ation, online advertising)<sup>45</sup>. The AI Act's FRIA is, therefore, not the only risk assessment required in the context of AI. It is, however, unlikely that a SRA and a FRIA will have to be carried out together, since the use cases of high-risk systems under the AI Act requiring a FRIA do not include the systems used by the platforms covered by the DSA requiring a SRA<sup>46</sup>.

The risk assessment shall take into account four categories of risks defined as “systemic”: i) the dissemination of illegal content; ii) any actual/foreseeable negative effects on fundamental rights, including dignity, private life and data protection, freedom of expression, non-discrimination, respect for rights of children and high level of consumer protection; iii) any actual/foreseeable negative effects on civic discourse and electoral processes as well as public security; iv) any actual or foreseeable negative effects in relation to gender-based violence, the protection of public health and minors and serious negative consequences to the person's physical and mental well-being.

Like the FRIA and DPIA, the SRA includes considerations around the impact on fundamental rights. In this regard, scholars have noted that Art. 34(1)(b) only requires providers to assess related negative effects to fundamental rights instead of directly targeting infringements<sup>47</sup>. However, in terms of scope, the SRA is limited to specific rights, which are supposed to most likely be at risk in online platform environments. At the same time, SRA's scope is remarkably larger, as it encompasses interests that are beyond the protection of individual rights and covers important economic and social interests, such as consumer protection, public health and gender-based violence.

Albeit not yet mature, there is some experience in assessing “negative effects”, or impacts, on fundamental rights. Assessing the negative effect on civic discourse, electoral processes, and public security is another issue<sup>48</sup>. The fact that VLOPs and VLOSEs are multi-national actors operating in different markets and jurisdictions might complicate such assessments even further.

The last category of systemic risks presents a different set of problems since it brings together «different situations relating to subjective status (minors), conduct (gender-based violence), collective (public health) and individual interests (physical and

---

<sup>45</sup> Arguably, all these systems are included in the definition of “AI system” given in the AI Act («a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments»). Cf., e.g., with definition of “recommender system” contained in Art. 3(s) DSA.

<sup>46</sup> The European Parliament had introduced an amendment to Annex III of the AI Act, which included recommender systems used by VLOPs and VLOSEs in the list of high-risk AI systems. However, the amendment did not make it into the political agreement and the approved text. In our view, the only potential overlap is confined to the possibility of considering recommender systems as “AI systems intended to be used for influencing the outcome of an election or referendum or the voting behaviour of natural persons in the exercise of their vote in elections or referenda”, pursuant Annex III, Point 8, lit. b) of the AI Act.

<sup>47</sup> A. Turillazzi et al., *The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications*, cit., 96.

<sup>48</sup> See N. Eder, *Making systemic risk assessments work: How the DSA creates a virtuous loop to address the societal harms of content moderation*, in *SSRN Electronic Journal*, 2023, 8-9.

mental well-being)»<sup>49</sup>. The regulatory decision of narrowing the assessment down to specific (and diverse) risk categories, coming at the expense of a more general and flexible framework, could backfire in the long run as situations worth protecting might fall outside the scope of the instrument, irrespective of any future amendments to the legal text to ensure futureproofing.

Art. 35 DSA contains a non-exhaustive list of mitigation measures that providers of VLOPs and VLOSEs must put in place, provided that they are reasonable, proportionate, effective and tailored to the specific systemic risks identified. The mitigation measures cover the overall “techno-legal architecture” of the service, as they include not only adapting and testing the algorithmic systems (e.g. content moderation systems, recommender systems, and advertising systems) and interfaces but also modifying platforms’ terms and conditions and enforcement procedures to align them with evolving legal standards and community expectations.

As in the case of the GDPR’s DPIA and the AIA’s FRIA, DSA’s risk assessment is also context-based, answering to a risk-based logic. Unlike the other two regulations, however, Art. 37 DSA requires that VLOPs’ and VLOSEs’ providers be subject, at their own expense and at least once a year, to independent audits to assess compliance with i) Chapter III obligations; and ii) any commitments undertaken pursuant to codes of conduct (Arts. 45-46 DSA) or crisis protocols (Art. 48 DSA).

Following a law & economics rationale, some scholars argued in favour of such risk management obligations as VLOPs and VLOSEs’ providers «are often best placed to know the problems caused by their users and how to remedy them in the most cost-efficient way. Equally, it is understandable that the Commission wants the platforms themselves to bear the costs of inspecting compliance with the rules imposed by the DSA»<sup>50</sup>.

Eventually, these risk management measures are showing their teeth, as confirmed by two formal proceedings opened by the Commission against TikTok in February<sup>51</sup> and April 2024<sup>52</sup>, respectively. The latter, in particular, aims to inquire whether TikTok had carried out a diligent assessment of the risks (pursuant to Art. 34 DSA) and taken effective risk mitigating measures (pursuant to Art. 35 DSA) prior to the launch on the market of “TikTok Lite”, especially with regard to the so-called “Task and Reward Program” of the app. The crux of the enforcement action lies in the likely adverse impacts of the “Task and Reward Lite Program” on the fundamental right to the person’s physical and mental well-being, the respect of the rights of the child as well as its impact on radicalisation processes, as well as the lack of measures taken by TikTok to mitigate those risks. The Commission is empowered to take further enforcement actions, spanning from suspending the Program under investigation to non-compliance

---

<sup>49</sup> A. Mantelero, *Fundamental rights impact assessments in the DSA*, cit., 111.

<sup>50</sup> C. Cauffman-C. Goanta, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, in *European Journal of Risk Regulation*, 12, 2021, 770–771.

<sup>51</sup> European Commission, *Commission opens formal proceedings against TikTok under the Digital Services Act*, 19 February 2024.

<sup>52</sup> European Commission, *Commission opens proceedings against TikTok under the DSA regarding the launch of TikTok Lite in France and Spain and communicates its intention to suspend the reward programme in the EU*, 22 April 2024.

decisions, including administrative fines, should the infringement claims be proved.

### 3. Normative Considerations on Impact Assessments

In this section, we detail some considerations around the impact assessments models presented above. In particular, we group them around six shortcomings associated with impact assessments as effective tools to regulate the risk digital technologies poses on individuals and society.

#### 3.1. Measuring Impacts

A significant hurdle in carrying out impact assessment is represented by the task of quantifying impacts.

This challenge particularly arises when impact assessments encompass fundamental rights and social interests<sup>53</sup>. This complexity relates to the incommensurability problem of fundamental rights, i.e. the impossibility of numerically determining the value scale of fundamental rights and the intensity of interference with them. According to Sampaio, “incommensurability is caused, in the constitutional domain, by the fact that fundamental rights (as well as the values they express) have an ultimate nature, so there are no criteria allowing them to be compared and, thus, to rationally determine which one should prevail”<sup>54</sup>.

Besides fundamental rights and freedoms, those who have to carry out these impact assessments are confronted with the same hurdles when it comes to quantifying risks to, e.g., civic discourse, electoral processes and public security, as in the context of the DSA’s systemic risk assessment. The intricate nature of these abstract concepts, which resist easy quantification due to their inherently subjective interpretation, is the root of the problem.

Even when one assumes that fundamental rights and other public fundamental interests (e.g., civic discourse) can be quantitatively measured<sup>55</sup>, ascribing values to them requires interpretative reasoning and, ultimately, normative judgements. As known, fundamental rights are not merely correlative of duties and, similar to principles, do not translate in conduct to be directly applicable but still require argumentation, especially when competing principles are at stake. For example, the right to freedom of

---

<sup>53</sup> A. Rosga-M. L. Satterthwaite, *The Trust in Indicators: Measuring Human Rights*, in *Berkeley Journal of International Law*, 27, 2009, 253.

<sup>54</sup> J. S. Sampaio, *Proportionality: Measuring Impacts on Fundamental Rights*, in M. Seller-S. Kriste (eds.) *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2019, London-New York, 2863, referring to the Robert Alexy’s “Weighting Formula” for weighting fundamental rights in the act of balancing.

<sup>55</sup> For example, Sartor introduces the concept of “magnitude” to express the non-numerical quantitative reasoning and the possibility to use it in value-based reasoning, such as fundamental rights balancing. See G. Sartor, *The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes*, in *German Law Journal*, 2012, 1419. On a different note, Mantelero also proposed a methodology to quantify impacts to fundamental and human rights in his Human Rights, Ethical, and Social Impact Assessment (HRESIA). See A. Mantelero, *Beyond Data: Human Rights, Ethical, and Social Impact Assessment in AI*, cit.

expression and information enshrined in Art. 11 of the Charter may appear straightforward in its content. Yet, its application in digital platforms presents intricate challenges. Consider the regulation of online content moderation on social media platforms. While individuals have the right to express themselves freely, the interpretation of this right in the context of combating hate speech and disinformation requires careful decisions on what content should be removed or allowed often to avoid harm to people. Upholding fundamental rights always requires an act of balancing, which in turn implies establishing the degree of satisfaction of a right and non-satisfaction of the competing right<sup>56</sup>. Such an evaluation, carried out by non-institutional actors such as platforms, is always subjective.

To address this inherent subjectivity, impact assessment models must be made explicit and contestable within the assessment framework. By doing so, individuals and institutions can engage in meaningful discourse regarding the assigned values and their implications. Striking a delicate balance between the quantitative and qualitative dimensions of fundamental rights and other societal interests is vital. The assessment process should navigate the intricacies of assigning values without oversimplifying the multifaceted nature of these concepts. This nuanced approach ensures a more comprehensive and accurate evaluation of the potential impacts of emerging digital technologies on fundamental rights and societal values, contributing to a more robust governance framework.

Coherently with its general, context-dependent approach – which finds one of its roots in the principle of accountability, Art. 35 GDPR is high-level; that is, it does not dictate to data controllers how to quantify impacts on data protection and fundamental rights. Thus, it is up to data controllers to develop a methodology for risk quantification and management which is adequate and proportionate to their specific personal data processing. Supervisory authorities, in this regard, provide meaningful guidance to data controllers by designing models that properly address the considerations expressed above 59, although the GDPR does not explicitly task SAs with this duty<sup>57</sup>. That being said, the burden of declining a general risk assessment model (risk evaluation, risk analysis, risk mitigation measures) in a given processing scenario rests on the data controller.

Whereas, in general, the AI Act acknowledges the need for further regulatory guidance (mainly from the Commission) to ensure coherence and effective application<sup>58</sup>, Art. 27 of the AI Act largely follows the structure of Art. 35 GDPR<sup>59</sup>. Hence, the issues seen above also apply here. It is worth noting in this case that while Art. 27(5) mandating the AI Office to develop tools (i.e., a template for a questionnaire) to facilitate deployers in complying with their obligation to perform a FRIA is to be welcome,

---

<sup>56</sup> R. Alexy, *Constitutional rights, balancing, and rationality*, in *Ratio Juris*, 16, 2003, 131.

<sup>57</sup> According to Arts. 35 and 57 GDPR, SAs, in relation to assist data controllers in their duty to conduct a DPIA, only have to establish and maintain a list of the kind of processing operations which are subject to the requirement for a DPIA (Art. 35(4)).

<sup>58</sup> See T. Evas, *The EU Artificial Intelligence Act: Advancing Innovation for Trustworthy AI*, cit., 101.

<sup>59</sup> This line of reasoning is also confirmed by the fact that Art. 27(4) AI Act acknowledges that several components of a FRIA can be already met through DPIA.

such questionnaire needs nevertheless to be integrated with sound and flexible (i.e., implementable in different contexts) methodologies for risk quantification and management, as seen above.

Unsurprisingly, also Art. 34 DSA does not contain indications for VLOPs' and VLOSEs' providers on how to quantify the systemic risks identified in the legal provision. One slight departure from the other two models, however, is the explicit mention of the two risk dimensions that every risk assessment shall take into consideration, namely severity and probability (Art. 34(1) DSA). Overall, the burden of designing a methodology to “diligently identify, analyse and assess” the systemic risks in the specific context of their services and proportionate to the risks faced rests on VLOPs and VLOSEs.

### 3.2. Effective Operationalisation

Related to the issue of quantifying impacts on fundamental rights, another weakness of impact assessments is their effective operationalisation. Drawing lessons from the data protection field, impact assessments carried out by private actors risk resulting, in practice, in box-ticking exercises<sup>60</sup>. As a result, compliance may even be reached “on paper,” but such a “standardised” one-fits-all approach fails to operationalise the (high-level) legal provision effectively. In this regard, every risk assessment - which is arguably the core aspect of an impact assessment - must confront the creation of risk indicators, the choice (which shall be subject to justification) of an appropriate risk matrix, and the selection of relevant risk dimensions (i.e., variables) as well as their combination<sup>61</sup>.

Concerns about bureaucracy have also already been expressed by some scholars as well as industry, suggesting that mandatory impact assessments may entrench a command-and-control approach, undermining their intended purpose. It is generally recognised that rule-based, coercive, and punitive methods applied solely by regulators tend to lead to “ritualism” (following rules without understanding why they are there) and “creative compliance” (following the letter of the rules in such a way as to undermine their overall purpose, as in elaborate tax avoidance schemes). The fear is that mandatory impact assessments will focus more on demonstrating compliance with specific procedures rather than on flexible, substantive, and holistic risk assessment and mitigation.

Against this backdrop, all three impact assessments under GDPR, AI Act and DSA are equally affected by this shortcoming, for they ultimately share the same normative architecture.

---

<sup>60</sup> R. Gellert, *Understanding the notion of risk in the General Data Protection Regulation*, cit., 284; Art. 29 WP, *Statement of the Working Party on Current Discussions Regarding the Data Protection Reform Package*, 2013; A. Christofi et al., *Erosion by Standardisation: Is ISO/IEC 29134: 2017 on Privacy Impact Assessment up to (GDPR) Standard?*, cit., 1795.

<sup>61</sup> A. Mantelero, *The Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA) in the AI Act: roots, legal obligations and key elements for a model template*, cit., 24.

### 3.3. Interdisciplinarity

An effective operationalisation and implementation of private actors-led impact assessments, especially those having a bearing on fundamental rights and social interests, would necessarily require a multi-disciplinary team of experts, from lawyers and business managers to ethicists and engineers<sup>62</sup>. As already stressed throughout the paper, digital compliance - in particular in the EU - involves many different and complex legal texts. Multi-disciplinary teams of experts would best assist relevant stakeholders to contextualise high-level legal provisions in a given scenario with a view to providing a tailored application of legal and societal values of impact/risk assessment models. We acknowledge, on the other hand, that this approach can create increased compliance costs for companies, especially for SMEs already struggling in a difficult economy<sup>63</sup>. Given that some players will lack resources for building a team of professionals with different expertise, EU competent authorities shall step up in terms of providing even more insightful guidance, e.g. via sector-specific and technology-specific assessments.

Regarding mandatory requirements, the three relevant legal texts are silent on this point. However, while the GDPR is completely silent on this account, the AI Act is generally keener on this perspective. With regard to the risk-management system requirement, Recital 65 suggests providers involve experts when identifying the most appropriate risk-management measures, and with specific regard to the FRIA, Recital 96 suggests deployers of high-risk AI systems include independent experts when collecting relevant information to perform the fundamental rights impact assessment. In this latter case, the (multidisciplinary) experts' role seems to be more valued in that their involvement should occur at the design stage of the FRIA, whereas in the former case, the legal text suggests calling them for intervention at a later stage (risk mitigation), that is, after the risk identification process. Similarly, Recital 90 of the DSA advises providers of VLOPs and VLOSEs to involve independent experts in conducting risk assessments and designing risk mitigation measures.

### 3.4. Stakeholders' Involvement

Stakeholders' involvement constitutes another fundamental aspect that faces significant limitations within current impact assessment models in EU digital policy<sup>64</sup>. The restriction on stakeholder participation raises a notable concern, that is, countervailing interests may not receive due consideration during the crucial phases of risk assessments and the formulation of mitigation measures. In the dynamic and rapidly

---

<sup>62</sup> A. Mantelero, *Beyond Data*, cit., 19-20.

<sup>63</sup> European Commission, *Cost of the Cumulative Effects of Compliance with EU Law for SMEs*, 2015, 122; B. Mueller, *How Much Will the Artificial Intelligence Act Cost Europe?*, 2021, Center for Data Innovation Report.

<sup>64</sup> A. Christofi et al., *Data Protection, Control and Participation Beyond Consent-Seeking the Views of Data Subjects in Data Protection Impact Assessments*, in E. Kosta-R. Leenes-I. Kamara (eds.) *Research handbook on EU data protection law*, Cheltenham-Northampton, 2022.

evolving landscape of digital technologies, engaging a diverse range of stakeholders is imperative. This inclusiveness ensures the incorporation of a comprehensive array of perspectives, expertise, and potential impacts related to emerging technologies, including, but not limited to, AI.

Without robust stakeholder engagement, assessments may fail to capture the full spectrum of concerns and interests at stake. A more inclusive approach to stakeholder engagement can enrich the assessment process, leading to more nuanced and well-informed evaluations of the risks and benefits associated with technological development. Therefore, addressing the limitation in stakeholder involvement is crucial for fostering a comprehensive and socially responsible approach to governing digital technologies.

In this regard, the GDPR envisages the involvement of data subjects or their representatives in the intended processing, but only where the data controller deems it “appropriate” (Art. 35(9)). Conversely, the AI Act foresees stakeholders’ participation in neither the FRIA nor the risk management system requirement. Thus, stakeholders’ involvement is only suggested, where appropriate, in relevant recitals<sup>65</sup>. However, it is worth stressing that the original FRIA obligation proposed by the EU Parliament differed. In particular, it required deployers (but for SMEs, which could have voluntarily opted to comply with this provision) to notify relevant stakeholders and, to the best extent possible, involve representatives of the persons or groups of persons that would have likely been affected by the high-risk AI system (such as equality bodies, consumer protection agencies, social partners and data protection agencies) in order to receive inputs into the impact assessment. Those bodies would have had a period of six weeks to respond. Unfortunately, during the trilogue negotiations, this provision was “downgraded” to a recommendation in recitals, which are not binding. Similarly, the DSA contemplates the involvement of relevant stakeholders<sup>66</sup> (e.g., representatives of the service recipients, representatives of groups potentially impacted by their services and civil society organisations) only in recitals<sup>67</sup>. Unlike the other two legal acts, the DSA goes further in suggesting some procedural aspects of this involvement: providers «should seek to embed such consultations into their methodologies for assessing the risks and designing mitigation measures, including, as appropriate, surveys, focus groups, round tables, and other consultation and design methods»<sup>68</sup>.

### 3.5. Controls

Another critical shortcoming of impact assessments for governing the development and use of emerging digital technologies lies in their frequent internal conduction,

---

<sup>65</sup> Recitals 65 and 96, AI Act.

<sup>66</sup> See R. Griffin, *Public and Private Power in Social Media Governance: Multistakeholderism, the Rule of Law and Democratic Accountability*, in *Transnational Legal Theory*, 14, 2023, 50.

<sup>67</sup> Recital 90, DSA.

<sup>68</sup> *Ibid.*

giving rise to significant concerns regarding potential conflicts of interest<sup>69</sup>. When these assessments are conducted internally by the organisations developing digital technologies, there is a natural inclination for these entities to prioritise their own interests, potentially overlooking or downplaying broader societal implications. This internal approach may inadvertently lead to biased assessments that favour organisational goals over the normative considerations (that is, ethical, social, and legal) that should guide the development of digital systems.

To mitigate this inherent hurdle, there is a compelling need for the implementation of internal and external control mechanisms by independent parties. These mechanisms would serve as a safeguard, ensuring that impact assessments remain objective, transparent, and accountable.

In this regard, the GDPR requires data controllers to designate a DPO in cases of high-risk data processing. The DPO is tasked with informing and advising the data controller on data protection matters and monitoring compliance with the Regulation. In particular, the data controllers must seek their advice when a DPIA must be carried out. The latter point must be highlighted. Thus, the DPO is not tasked to carry out the DPIA but, where requested by the data controller, to provide advice (which is not binding) *and* monitor the performance of the assessment.<sup>70</sup> However, recent data from a report drafted by the EDPB confirm that DPOs are usually tasked with drafting and carrying out DPIAs<sup>71</sup>. At the other end of the spectrum, quite paradoxically, many respondents to the EDPB investigation stated that DPOs are not closely involved in the process of DPIAs<sup>72</sup>. Eventually, even if DPOs can be engaged in drafting a DPIA, they still should retain a sufficient degree of independence<sup>73</sup> to evaluate the impact assessment and its results.

The DSA follows the example of the GDPR and requires VLOPs and VLOSEs to establish an independent “compliance function” led by the compliance officer. The function must monitor the provider’s compliance with the DSA<sup>74</sup>, including ensuring that the SRA referred to in Art. 34 is carried out and properly reported and that risk-mitigation measures are taken pursuant to Art. 35. In terms of external controls, the DSA requires providers of VLOPs and VLOSEs to undergo independent audits at least once a year to assess compliance with the obligations they are subject to, including the obligation to carry out an SRA. To qualify for such external audits, organisations must meet several criteria in terms of independence, as well as proven expertise, objectivity and professional ethics. Providers shall cooperate and assist auditors in enabling them to conduct such investigations in an effective, efficient, and timely manner.

In the context of the AI Act, whereas forms of external testing/audits are foreseen

---

<sup>69</sup> F. Ferretti, *Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado about Nothing or the Winter of Rights?*, in *Common Market Law Review*, 51(3), 2014.

<sup>70</sup> Art. 39(1)(c), GDPR.

<sup>71</sup> EDPB, *2023 Coordinated Enforcement Action: Designation and Position of Data Protection Officers*, 2024, 20.

<sup>72</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>73</sup> Art. 38(3), GDPR.

<sup>74</sup> Art. 41, DSA.

throughout the Regulation for high-risk AI systems (e.g., third-party conformity assessment procedures; external adversarial testing for general-purpose AI models with systemic risks; etc.), Art. 27 does not include any internal or external controls when a deployer must carry out a FRIA. The application of the Regulation will tell the extent to which the FRIA will be integrated in the DPIA process and will require the involvement of the DPO.

### 3.6. Publication

A final aspect to be assessed is the extent of transparency of these risk management tools. Publishing the outcomes of such impact assessment models can benefit all the parties concerned. Developers and providers of digital technologies might receive valid inputs to improve the design and functionality of their applications. Also, the decision to publish the impact assessment can be positively seen as a means of demonstrating accountability. Related to that, other relevant stakeholders (users and consumers of such technologies, data subjects, etc.) would be able to gain a better understanding of the risk implications of digital technologies on, say, their fundamental rights and to hold developers and providers accountable for the risk introduced in the society. Moreover, transparent impact assessments might foster an informed public debate on the different normative (ethical, legal and social) implications of emerging digital technologies. As a result, this might strengthen public trust in the “digital revolution”, which is an overarching goal of Union’s digital policy<sup>75</sup>.

Data controllers are not required to publish DPIAs under Art. 35 GDPR. Yet, «controllers should consider publishing them either in full or, at the very least, in summary form. This aligns with the overarching principles of transparency and accountability».<sup>76</sup> Similarly, deployers of high-risk AI systems falling in the scope of Art. 27 AI Act do not have a statutory obligation to publish the outcome of the FRIA. However, it must be highlighted that the Parliament’s original proposal for a FRIA contained an obligation to publish a summary of the results of the impact assessment as part of the registration of use for specific deployers (public authorities, Union institutions, bodies, offices or agencies and gatekeepers under the Digital Markets Act)<sup>77</sup>. In contrast, VLOPs and VLOSEs have to make publicly available a report setting out the results of the risk assessment pursuant to Art. 34 DSA as well as specific mitigation measures put in place pursuant to Art. 35(1) DSA as part of their transparency reporting obligations<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> The objective of enhancing public trust in digital technologies permeates nearly every area of EU digital policy: cybersecurity (Cybersecurity Act, Recital 2); data economy (Data Governance Act, Recital 3); artificial intelligence (Artificial Intelligence Act, Recital 1); online services (Digital Services Act, Recital 3); etc.

<sup>76</sup> E. Kosta, *Article 35 Data protection impact assessment*, cit., 675.

<sup>77</sup> Art. 29a(5), EU Parliament AI Act draft.

<sup>78</sup> Art. 42(4), DSA.

## 4. Conclusion

This paper provided an analysis of the role and nature of impact assessments in the broader discourse around “digital regulation” in the EU. After having explored the double-faceted nature of impact assessments as part of the policy-making process and as an object of regulatory action, we focused on the second aspect. In this regard, we analysed three impact assessment models that are relevant in the EU digital governance: a) the DPIA under the GDPR; b) the FRIA in the AI Act; c) the systemic risk assessment contained in the DSA. Lastly, we critically addressed six normative issues of impact assessment as a regulatory tool (measuring impacts; effective operationalisation; interdisciplinarity; controls; stakeholders’ involvement; publication) with a view to steering future digital technologies regulation and compliance in the EU.

The governance trend of increasingly relying on impact assessments has to be read in conjunction with the risk-based and co-regulatory approach of EU digital policy. The integration of impact assessments into the digital regulatory framework reflects a commitment to constraining digital behaviours in proportion to the identified risks. By enforcing specific impact assessments, the EU aims to strike a balance between fostering innovation in the digital sphere and safeguarding fundamental rights, social values, and ethical principles.

Moreover, the regulatory option of heavily relying on impact assessments carried out by private (and public) actors and monitored by specialised state authorities is yet another policy attempt to oversee relevant digital actors and steer digitalisation in a way that it aligns with EU values and principles. On a different level, these regulatory tools, which are increasingly finding consensus among EU policy-makers, might also be leveraged for purposes other than complying with a legal act. In particular, where the addressee of such an obligation is extra-EU, as in the case of the majority of big tech companies, the room for interpretation left by the norms gives national authorities or the Commission (e.g., with regard to DSA’s enforcement on VLOPs and VLOSEs or having regard to the enforcement of the AI Act rules on General Purpose AI models and systems) enough flexibility to pursue digital sovereignty aims which that would otherwise fall outside the scope of the evaluation.

Against the background of the extent to which impact assessments in EU digital policy *impact* our society, we deem it essential to ensure a greater degree of transparency and accountability at every level of these regulatory tools, that is, not only at the implementation level but also at the enforcement level. This latter point admittedly relates to another challenge, which nevertheless falls outside the remit of this paper, that is, who controls the controllers<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> The well-known Latin formula from the Roman satiric poet Juvenal “*quis custodiet ipsos custodes?*” long has animated the debate on (digital) governance. See, for example, L. Floridi, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, in *Philosophy & Technology*, 33, 2020, 375.

# **Il nuovo regolamento AGCOM sui titoli abilitativi per la diffusione dei servizi di media audiovisivi – Tra promozione del mercato e oneri burocratici\***

Liliana Ciliberti

## **Abstract**

Poco prima della fine del 2023, l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha adottato una nuova disciplina dei titoli abilitativi per i servizi di media audiovisivi che sostituisce le sue precedenti regolamentazioni consolidando in un unico atto normativo i regimi autorizzativi applicabili ai canali televisivi via satellite e a quelli diffusi su mezzi di comunicazione elettronica diversi da satellite e da terrestre. Inoltre, la nuova disciplina copre i cataloghi su qualsiasi mezzo di diffusione. La conoscenza del nuovo Regolamento autorizzazioni, e del contesto giuridico in cui esso si colloca, diventa importante anche per i soggetti che operano in nuovi settori, come gli *influencer*. Infatti, AGCOM, nella successiva delibera 7/24/CONS afferma che, ove ricorrano i requisiti previsti dal nuovo Regolamento autorizzazioni, quest’ultimo sarà applicabile anche ai servizi *online* degli *influencer*.

Shortly before the end of 2023, the Communications Authority-AGCOM adopted a new regulation on authorizations for the transmission of audiovisual media services which replaces its previous regulations consolidating in a single regulatory act the authorisation regimes applicable to satellite television channels and those transmitted by means of electronic communication media other than satellite and terrestrial. The new regulation also covers catalogues on any means of transmission. Awareness of the new Authorisation Regulation, and of the legal context in which it is set, also becomes important for entities operating in new sectors, such as influencers. In fact, AGCOM, in its subsequent resolution 7/24/CONS, states that, where the requirements of the new Authorization Regulation are met, the same will also apply to the online services of influencers.

\* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio “a doppio cieco”.

## Sommario

1. Introduzione. – 2. Brevi note sull’evoluzione dei regimi amministrativi degli SMA. – 3. Il campo di applicazione del Nuovo Regolamento Autorizzazioni. - 4. Le permanenti differenze tra i regimi abilitativi. - 5. Le attività degli SMA non soggetti ad autorizzazione - 6. Il regime sanzionatorio. - 7. Conclusioni

## Keywords

servizi di media audiovisivi - AGCOM - autorizzazioni - notifica - ROC - influencer

---

## 1. Introduzione

Alla fine del 2023, l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (“AGCOM”), dopo una consultazione pubblica avviata nel mese di giugno, ha modificato il regime autorizzativo applicabile ai Servizi di Media Audiovisivi (“SMA”).

Infatti, con delibera 295/23/CONS è stato adottato il “Regolamento concernente la disciplina relativa al rilascio dei titoli autorizzatori alla fornitura di servizi di media audiovisivi e radiofonici via satellite, su altri mezzi di comunicazione elettronica e a richiesta” (Nuovo Regolamento Autorizzazioni)<sup>1</sup>.

Con il proprio intervento, AGCOM supera le precedenti regolamentazioni, rendendo così almeno formalmente più semplice l’individuazione delle norme applicabili nei singoli casi<sup>2</sup>. Tuttavia, tale intervento non si estende a tutti gli SMA, non riguardando i canali televisivi trasmessi su reti terrestri (diversi da quelli diffusi in luoghi aperti al pubblico), che rimangono soggetti alla regolamentazione pregressa<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La delibera 295/23/CONS è disponibile sul sito AGCOM dal 22 novembre 2023.

<sup>2</sup> Per le precedenti regolamentazioni AGCOM, si veda in particolare: (i) delibera 127/00/CONS, “Approvazione del regolamento concernente la diffusione via satellite di programmi televisivi”, come modificata dalla delibera 289/01/CONS, “Modifica e integrazione della delibera n. 127/00/CONS: disposizioni concernenti il rilascio di autorizzazioni via cavo ai sensi della l. 66/2001”, e dalla delibera 70/20/CONS, “Modifica al Regolamento concernente la diffusione via satellite e la distribuzione via cavo di programmi televisivi”; (ii) delibera 606/10/CONS, “Regolamento concernente la prestazione di servizi di media audiovisivi lineari o radiofonici su altri mezzi di comunicazione elettronica ai sensi dell’art. 21, c. 1-bis, del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici approvato con d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, come modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44”; (iii) delibera 607/10/CONS, “Regolamento in materia di fornitura di servizi di media audiovisivi a richiesta ai sensi dell’articolo 22-bis del suddetto Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici”. Per un’analisi delle regolamentazioni AGCOM in materia di titoli abilitativi, si veda M. L. Spina, *Autorizzazioni per la prestazione di servizi media*, in G. Cassano - F. Di Ciommo - C. E. Cazzato (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, Milano, 2023, 537 ss.; F. Sciacchitano, *Disciplina dell’emittente via satellite e via cavo, Disciplina dei fornitori di servizi di media audiovisivi a richiesta*, in L. Contessa – P. Del Vecchio (a cura di), *Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e radiofonici*, Piacenza, 2021, 429 ss.; O. Pollicino, *Qualche riflessione sui nuovi regolamenti dell’AGCOM*, in *medialaws.eu*, 9 gennaio 2011.

<sup>3</sup> Delibera 353/11/CONS, “Nuovo regolamento relativo alla radiodiffusione televisiva terrestre in tecnica digitale” (come modificato, da ultimo, dalla delibera 564/14/CONS), che ha abrogato il Regolamento di cui alla delibera 435/01/CONS. Tuttavia, nel Nuovo Regolamento Autorizzazioni vi sono previsioni che si estendono anche alle trasmissioni su reti terrestri, come quelle relative agli “SMA in luoghi aperti al pubblico”. Infatti, sono tali gli SMA forniti «indipendentemente dalla rete di comunicazione elettronica impiegata» (art. 1, c. 1, lett. b), del Nuovo Regolamento Autorizzazioni).

Con il Nuovo Regolamento Autorizzazioni, AGCOM si propone di semplificare e armonizzare i diversi regimi autorizzativi applicabili alla diffusione al pubblico dei canali televisivi (conosciuti anche come SMA lineari)<sup>4</sup> e dei cataloghi di contenuti audiovisivi (anche definiti come SMA non lineari o a richiesta)<sup>5,6</sup>. Allo stesso tempo, intende sottoporre a autorizzazione tipologie di diffusione (finora esentate) che, alla luce dell'evoluzione sociale, possono oggi raggiungere un numero considerevole di persone. Inoltre il Nuovo Regolamento Autorizzazioni tiene conto della crescente fruizione di contenuti e servizi tramite protocollo Internet al fine di scongiurare «la sopravvenienza di zone grigie che sfuggono alla vigilanza dell'Autorità»<sup>7</sup>.

Per quanto riguarda il primo obiettivo, viene allineata a 12 anni la durata di tutti i titoli abilitativi ed è accelerata l'istruttoria relativa all'istanza di autorizzazione degli SMA lineari che, da 60 giorni, è ridotta a 30 giorni. Per l'istanza di autorizzazione dei servizi lineari diffusi su “altri mezzi di diffusione” si richiedono “criteri minimi” qualificanti simili a quelli previsti per gli SMA su reti terrestri seppur adattati ad un comparto tecnologico che non risente della scarsità di risorse tecniche. Infine, per l'autorizzazione relativa agli SMA su “altri mezzi di comunicazione” non viene più previsto il regime del silenzio-assenso essendo necessaria un'espresa autorizzazione. Quanto al secondo obiettivo, vengono eliminate le soglie economiche al di sotto delle quali gli SMA sono esentati dal regime autorizzativo. Inoltre, vengono assoggettate ad autorizzazione le diffusioni in luoghi aperti al pubblico che presentino cumulativamente specifici requisiti.

I suddetti criteri minimi, nonché l'eliminazione delle soglie economiche, determinano l'estensione del regime autorizzativo a taluni servizi precedentemente esentati. Questo ha sollevato preoccupazioni, ad esempio, da parte delle società di produzione di opere audiovisive perché l'eventuale inclusione dei loro servizi diffusivi (principalmente

<sup>4</sup> Con «“servizio di media audiovisivo lineare” o “radiodiffusione Televisiva”», ai sensi del TUSMA, si intende: «un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione simultanea di programmi sulla base di un palinsesto di programmi.» (art. 3, c. 1, lett. *p*). Per la nozione di “programmi” e per quella di “palinsesto”, si veda art. 3, c. 1, lett. *g*) e *n*) del TUSMA.

<sup>5</sup> Con «“servizio di media audiovisivo non lineare” o “servizio di media audiovisivo a richiesta”» si intende: «un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi scelto al momento dall'utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media» (art. 3, c. 1, lett. *q*) del TUSMA). Si noti che il verbo “scelto”, nel testo antecedente al d.lgs. 50/2024, era posto dopo le parole “al momento”, rendendo la definizione più chiara e perfettamente allineata alla Direttiva SMA.

<sup>6</sup> Il Nuovo Regolamento Autorizzazioni si estende anche ai servizi radiofonici. Il presente contributo si sofferma sugli SMA.

<sup>7</sup> Con particolare riferimento agli SMA fruibili “in luoghi aperti al pubblico”, AGCOM ritiene che «alla luce dell'evoluzione sociale, [...] l'idoneità di tali servizi a raggiungere un numero considerevole di utenti che spendono una quantità di tempo rilevante in stazioni ferroviarie e su mezzi di trasporto piuttosto che in centri commerciali e luoghi aperti al pubblico meriti l'attenzione del regolatore al fine di disciplinare la responsabilità connessa ai contenuti diffusi e la partecipazione di tali soggetti nel settore pubblicitario di riferimento, per garantire le relative tutele all'utenza e al mercato» (si veda delibera 295/23/CONS, cit., punto D3., Osservazioni dell'Autorità, 21). Quanto alla necessità di disporre di un maggior presidio al fine di scongiurare “zone grigie”, si veda delibera 295/23/CONS, cit., punto D2., Osservazioni dell'Autorità, 18, nonché delibera 165/23/CONS, “Avvio della Consultazione pubblica sullo schema di regolamento concernente la disciplina relativa alla fornitura di servizi di media audiovisivi e radiofonici via satellite, su altri mezzi di comunicazione elettronica e a richiesta”, primo *Ritenuto*, 3.

cataloghi a richiesta) nella nozione di “SMA” o comunque il loro assoggettamento ad autorizzazione potrebbero comportare la perdita della loro caratterizzazione come produttori di opere audiovisive europee indipendenti, con conseguente perdita dei benefici, anche economici, connessi a tale qualificazione<sup>8</sup>.

Per gli SMA che sono esentati dal regime autorizzativo vengono comunque previsti, a seconda dei casi, obblighi informativi relativi al Registro degli Operatori di Comunicazione (ROC)<sup>9</sup> ed obblighi di notifica.

Inoltre, nel consolidare in un unico atto regolamentare le preesistenti regolamentazioni sui titoli abilitativi relativi agli SMA, viene eliminato ogni riferimento alla titolarità di autorizzazioni quale presupposto per esigere il rispetto delle norme del Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi di cui al d.lgs. 208/2021, successivamente modificato con il d.lgs. 50/2024, (TUSMA) - ad esempio, in materia di obblighi di pubblicità e di obblighi di programmazione o investimento in opere europee - e di quelle di cui ai relativi regolamenti attuativi adottati da AGCOM, introducendo alcune incertezze applicative.

Gli aspetti principali del Nuovo Regolamento Autorizzazioni concernono il suo campo di applicazione, le differenze tra i regimi abilitativi dallo stesso contemplati, gli oneri previsti per gli SMA che non sono assoggettati ad autorizzazione, il regime sanzionatorio.

Prima di illustrare tali aspetti, ancora una riflessione.

I regimi abilitativi per la diffusione di SMA sono diventati di particolare attualità anche a seguito di un provvedimento di AGCOM, dei primi giorni del 2024, relativo all’approvazione di Linee Guida applicabili agli *influencer*, in particolare quelli cd. professionali. Si tratta della delibera 7/24/CONS che richiama più volte il Nuovo Regolamento Autorizzazioni.

Infatti, con particolare riferimento agli *influencer*, la delibera 7/24/CONS riconosce che essi rappresentano un *genus* distinto sia rispetto ai fornitori di SMA, nella misura in cui i loro servizi online non presentino le caratteristiche previste dalla normativa vigente per gli SMA, sia rispetto alle piattaforme di condivisione di video, avendo una propria responsabilità editoriale autonoma<sup>10</sup>. In questo senso, secondo AGCOM, gli

---

<sup>8</sup> AGCOM non ha infatti ritenuto di poter accogliere tale rilievo in considerazione delle finalità del Nuovo Regolamento Autorizzazioni, pur comprendendo la necessità di un adeguamento della definizione di produttore indipendente «alla nuova situazione tecnologica ed alla nuova configurazione del mercato che si sta delineando». A questo riguardo, si veda delibera 295/23/CONS, cit., punto D2., Osservazioni dell’Autorità, dove AGCOM ricorda la propria Segnalazione al Governo del 27 giugno 2023 sulla necessità di un adeguamento della nozione di “produttore indipendente” alla luce delle nuove caratteristiche del mercato. Per un recente studio comparativo sulla nozione di “produttore indipendente”, si veda *Independent production and retention of intellectual property rights, European Audiovisual Observatory*, Strasbourg, 2023.

<sup>9</sup> Si veda la pagina del sito AGCOM dedicata al ROC disponibile al seguente indirizzo: [agcom.it/registro-degli-operatori-di-comunicazione](https://www.agcom.it/registro-degli-operatori-di-comunicazione).

<sup>10</sup> Infatti, nella delibera 7/24/CONS, “Linee-guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del Testo unico da parte degli influencer e istituzione di un apposito Tavolo tecnico”, si precisa che i soggetti «che posseggono i requisiti specificati nel Regolamento concernente la disciplina relativa alla fornitura di servizi di media audiovisivi [...] non rientrano fra i destinatari delle (...) Linee-guida se non per quanto concerne la misura in cui vengono invitati a verificare la necessità di acquisire un titolo abilitativo laddove posseggano i requisiti posti dal Regolamento» e che «ove l’influencer soddisfi i requisiti

*influencer* professionali si presentano, nell'ambito del TUSMA, come un *tertium genus*<sup>11</sup>. Nel caso in cui i servizi diffusi dagli *influencer* dovessero ricadere, invece, nella nozione di SMA, si applicherebbe il regime autorizzativo applicabile a questi ultimi (e non le Linee guida)<sup>12</sup>.

Ecco, dunque, che il regime autorizzativo degli SMA, aggiornato poco più di un mese prima della delibera relativa agli *influencer*, e che si è sempre caratterizzato per essere una disciplina piuttosto “di nicchia”, assurge oggi ad una materia di maggiore interesse poiché strumentale all'inquadramento giuridico della diffusione al pubblico anche dei servizi audiovisivi più innovativi<sup>13</sup>.

## 2. Brevi note sull'evoluzione dei regimi amministrativi degli SMA

Il Titolo III, Capo II del TUSMA riguarda i regimi amministrativi applicabili rispettivamente alla fornitura di servizi di media audiovisivi su frequenze terrestri (art. 15)<sup>14</sup>, alla fornitura di servizi di media audiovisivi o radiofonici lineari via satellite, via cavo coassiale e su altri mezzi di comunicazione elettronica (art. 18), nonché alla fornitura di servizi di media audiovisivi a richiesta (art. 19).

In generale, la disciplina di tali regimi non è stata oggetto di armonizzazione o di regolamentazione specifica da parte dell'Unione europea, fermo il rispetto delle norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). A questo riguardo, le direttive europee in materia di diffusione di canali televisivi e di servizi di media audiovisivi<sup>15</sup> precisano che esse non intaccano le competenze degli Stati membri e delle loro Autorità<sup>16</sup> e non obbligano o incoraggiano gli Stati membri a imporre nuovi sistemi di concessione di licenze o di autorizzazioni amministrative per alcun tipo di servizi di media audiovisivi<sup>17</sup>.

---

del Regolamento autorizzazioni, rientrerà in quel regime, dovrà presentare una segnalazione certificata di inizio attività, e sarà soggetto agli obblighi previsti da tale regolamento».

<sup>11</sup> Delibera 7/24/CONS, cit., punto D6., Osservazioni dell'Autorità.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Per un'analisi critica della regolamentazione degli influencer quali fornitori di servizi di media audiovisivi di cui al TUSMA, v. E. Albanesi, *Le linee-guida dell'Agcom sugli influencer nella prospettiva dell'attività di informazione e del costituzionalismo digitale*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 1, 2024, pubblicato in anteprima il 6 giugno 2024, 1 ss.

<sup>14</sup> Con d.lgs. 50/2024 è stato abrogato l'art. 14 del TUSMA che regolava l'autorizzazione per la fornitura di SMA su reti terrestri e la relativa disciplina è stata inserita nell'art. 15 del TUSMA.

<sup>15</sup> In merito alle procedure di rilascio dei titoli abilitativi, O. Grandinetti, *La radiotelevisione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo - Diritto Amministrativo speciale, I servizi pubblici, Finanza Pubblica e Privata*, Milano, 2003, spec. 2463 - 2484.

<sup>16</sup> Considerando 13 della direttiva 89/552/CEE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri concernenti l'esercizio delle attività televisive.

<sup>17</sup> Considerando 15 della direttiva 2007/65/CE che modifica la direttiva 89/552/CEE “relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive”. Considerando 19 della direttiva 2010/13/UE “relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli

In materia, il recente regolamento (UE) 2024/1083, emanato l'11 aprile 2024, che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno e che modifica la direttiva 2010/13/UE (Regolamento europeo sulla libertà dei media), ha sottolineato che le misure amministrative, inclusa la concessione, il rinnovo o la revoca delle licenze, potrebbero ostacolare o scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento e della libertà di fornire servizi nel settore dei media, compresi i servizi di media audiovisivi, con conseguente pregiudizio al pluralismo dei media. Pertanto: «Al fine di ridurre il potenziale impatto negativo sul pluralismo dei media o sull'indipendenza editoriale dei fornitori di servizi di media che operano nel mercato interno e promuovere la certezza giuridica nel mercato interno dei servizi di media, è importante che tali misure rispettino i principi di giustificazione oggettiva, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità» (considerando 60).

Inoltre, ai sensi dell'art. 21, c. 4 e 5, del Regolamento europeo sulla libertà dei media: «Qualora una misura normativa o amministrativa [di cui al paragrafo 1] possa incidere in modo significativo sulle attività dei fornitori di servizi di media nel mercato interno, il comitato elabora un parere sulla misura, di propria iniziativa, su richiesta della Commissione o su richiesta debitamente giustificata e motivata di un fornitore di servizi di media interessato individualmente e direttamente da tale misura. Fatti salvi i relativi poteri a norma dei trattati, la Commissione può emettere il proprio parere in materia. Il comitato e la Commissione rendono disponibili al pubblico i loro pareri. Ai fini dell'elaborazione di un parere a norma del paragrafo 4, il comitato e, se del caso, la Commissione, possono chiedere informazioni pertinenti a un'autorità o a un organismo nazionale che ha adottato una misura normativa o amministrativa [di cui al paragrafo 1] che riguarda, individualmente e direttamente, un fornitore di servizi di media. L'autorità o l'organismo nazionale interessato fornisce tali informazioni senza indebito ritardo per via elettronica».

Di conseguenza, oggi la disciplina dei regimi amministrativi relativi alla diffusione di SMA deve misurarsi anche con questo ulteriore parametro di legittimità che implica anche il possibile coordinamento con il Comitato europeo per i servizi di media e con la Commissione europea.

L'impostazione di fondo dell'attuale disciplina nazionale sulla diffusione degli SMA lineari attraverso reti terrestri risale ai primi anni 2000 quando al regime concessorio degli anni Novanta venne sostituito quello autorizzativo. Occorre poi distinguere il regime applicabile alle trasmissioni televisive su reti satellitari per le quali, sin dalla l. 249/1997, viene previsto un apposito regime autorizzativo<sup>18</sup>. Per la disciplina delle trasmissioni televisive via cavo, occorre attendere la l. 66/2001 che prevede l'adozione di un regolamento per disciplinare il regime autorizzativo dei canali televisivi diffusi con tale mezzo tecnico<sup>19</sup>. Il regime amministrativo degli SMA non lineari, che trova

---

Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi)».

<sup>18</sup> Delibera 127/00/CONS, "Approvazione del regolamento concernente la diffusione via satellite di programmi televisivi".

<sup>19</sup> Delibera 289/01/CONS, "Modifica e integrazione della delibera n. 127/00/CONS: disposizioni concernenti il rilascio di autorizzazioni via cavo ai sensi della l. 66/2001", che prevede il regime autorizzatorio per la diffusione su cavo coassiale.

una prima disciplina nella direttiva 2000/31/CE<sup>20</sup>, viene meglio delineato nel 2010 con il cosiddetto “Decreto Romani”<sup>21</sup>, a seguito dell’entrata in vigore della direttiva 2007/65/CE<sup>22</sup>.

Come detto sopra, il regime applicabile all’attività radiotelevisiva terrestre in tecnica analogica (nota anche come radiodiffusione circolare)<sup>23</sup> prevedeva inizialmente il rilascio di una concessione<sup>24</sup>. Questo regime era stato introdotto con la l. 223/1990 (cosiddetta “Legge Mammi”) ed era stato confermato con due successive sentenze della Corte costituzionale<sup>25</sup>. Infatti, la sovrapposizione, in capo allo stesso soggetto, dell’attività di gestione delle frequenze terrestri in tecnica analogica e di editore del palinsesto televisivo trasmesso attraverso le stesse comportava l’applicazione di specifiche restrizioni anche a quest’ultima attività. Tali restrizioni derivavano dalla limitatezza delle frequenze e dalla loro regolamentazione a livello internazionale, che ne imponevano un utilizzo soggetto all’approvazione dello Stato, determinando così

<sup>20</sup> Direttiva 2000/31/CE “relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (“direttiva sul commercio elettronico”).

<sup>21</sup> D.lgs. 44/2010 di recepimento della direttiva 2010/13/UE che abroga la direttiva 89/552/CEE come modificata dalle direttive 97/36/CE e 2007/65/CE. Il d.lgs. 44/2010 modifica, integrandolo, il Testo Unico sulla radiotelevisione adottato con d.lgs. 177/2005.

<sup>22</sup> Art. 22-*bis* del d.lgs. 177/2005, come modificato dall’art. 17, c. 1, lett. *ee*), del d.lgs. 44/2010.

<sup>23</sup> O. Grandinetti, *Profili radiotelevisivi del codice delle comunicazioni elettroniche (articoli 2, 14, 21, 27, 38, 40-43, 45, 49, 74, 81, 97 e 98)*, in G.F. Cartei - M. Clarich (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 483 ss.; F. Bruno - G. Nava, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni - Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria*, Milano, 2006, 942 ss., spec. 943, che ricordano che: «La concessione televisiva [...] costituisce un provvedimento amministrativo caratterizzato [...] dalla sussistenza di un diritto originario ed esclusivo dello Stato all’esercizio di determinate attività, sul presupposto che si tratti di attività relative all’esercizio di servizi pubblici essenziali con preminente carattere di interesse generale diritti al soddisfacimento di bisogni sociali diffusi. Il provvedimento di concessione costituisce in definitiva [...] una frequenza hertziana[,] viene messa nella disponibilità di un soggetto terzo, ferma la titolarità del bene stesso in capo al concedente».

<sup>24</sup> Infatti, la concessione riguardava non solo l’attività televisiva in sé, intesa come la realizzazione di palinsesti televisivi da diffondere, ma anche l’esercizio degli impianti di trasmissione e l’utilizzo delle frequenze terrestri sulle quali il segnale televisivo in tecnica analogica veniva irradiato. In merito alla normativa in materia radiotelevisiva degli anni Novanta, si veda N. Lipari - E. Bocchini - S. Stammati, *Sistema radiotelevisivo e autorità per le telecomunicazioni, Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2000. Quanto ai regimi amministrativi, R. Esposito, *I grandi sistemi di distribuzione del segnale radiotelevisivo*, in R. Zaccaria (a cura di), *Radiotelevisione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XV, tomo II, 261 ss.; E. Roppo - R. Zaccaria, *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, 1991. Per una ricostruzione del quadro normativo applicabile alle trasmissioni televisive in tecnica analogica e l’evoluzione normativa in materia radiotelevisiva, si veda M. Cuniberti - M. Bassini, *I servizi di media audiovisivi*, in G.E. Vigevani-O. Pollicino-C. Melzi d’Eril-M. Cuniberti-M. Bassini, *Diritto dell’informazione e dei media*, Torino, 2022, 359 ss.; D. Messina, *Televisione e servizi di media audiovisivi*, in A. Papa (a cura di), *Il diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era digitale*, Torino, 2021, 109 ss.; O. Grandinetti, *La radiotelevisione*, cit., 2439 ss.

<sup>25</sup> Corte cost., 23 settembre 1993, n. 112 e Corte cost., 7 dicembre 1994, n. 420 che evidenziano che: «La concessione per l’esercizio della radiodiffusione sonora e televisiva assume un carattere complesso, poiché, mentre per determinati aspetti (c.d. assegnazione delle radiofrequenze) conserva una connotazione comune alla concessione del servizio pubblico, per altri aspetti (controlli sull’attività erogata e sull’organizzazione dell’impresa), invece, costituisce uno strumento di ordinazione nei confronti di facoltà e di doveri connessi alla garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21) e della libertà di iniziativa economica privata (art. 41), nonché ai correlativi limiti posti a tutela di beni d’interesse generale» e che: «la non illimitatezza delle frequenze, insieme alla considerazione della particolare forza penetrativa di tale specifico mezzo di comunicazione [...] impone il ricorso alle concessioni».

l'esistenza di una riserva statale *sui generis* sullo svolgimento dell'attività di diffusione di canali televisivi via etere terrestre<sup>26</sup>.

Con la l. 66/2001<sup>27</sup>, il legislatore ha separato la disciplina dei canali televisivi dall'esercizio delle reti terrestri di trasmissione, in previsione del recepimento delle Direttive europee del cosiddetto pacchetto Telecom<sup>28</sup> e in risposta allo sviluppo della tecnologia digitale di trasmissione. L'attività di operatore di rete in tecnica digitale è stata così subordinata al rilascio di una licenza o di un'autorizzazione generale, mentre quella di fornitore di contenuti è stata assoggettata ad una separata preventiva autorizzazione (art. 2-*bis*, c. 7, lett. a)<sup>29</sup>.

Infatti, in base al considerando 5 della Direttiva Autorizzazioni: «È necessario separare la disciplina dei mezzi di trasmissione dalla disciplina dei contenuti. Di conseguenza, il presente quadro normativo non si applica ai contenuti dei servizi forniti mediante reti di comunicazione elettronica che utilizzano servizi di comunicazione elettronica, come i contenuti delle emissioni radiotelevisive, i servizi finanziari e taluni servizi della società dell'informazione e lascia quindi impregiudicate le misure adottate a livello comunitario o nazionale riguardo a tali servizi in ottemperanza alla normativa

<sup>26</sup> La Direttiva "Autorizzazioni" fa parte del "pacchetto Telecom" insieme ad altre quattro direttive ("Quadro generale" (2002/21/CE), "Accesso" (2002/19/CE), "Servizio universale" (2002/22/CE) e "Vita privata e comunicazioni elettroniche" (2002/58/CE). Nel 2009, il "pacchetto Telecom" è stato modificato dalle direttive del pacchetto "Legiferare meglio". Successivamente, con l'adozione della direttiva (UE) 2018/1972, è stato istituito il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, il quale mantiene l'approccio fondamentale delle direttive precedenti del pacchetto Telecom. In particolare, tali direttive, insieme ai successivi emendamenti, sono state integrate e abrogate dal Codice europeo che ha così creato un unico quadro normativo volto a migliorare la connettività e a proteggere meglio gli utenti in tutta Europa.

<sup>27</sup> La l. 66/2001 ("Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 gennaio 2001, n. 5, recante disposizioni urgenti per il differimento di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento di impianti radiotelevisivi") delinea i tempi del passaggio dell'intero sistema televisivo italiano su reti terrestri dal regime analogico a quello digitale. Questa legge, che disciplina una fase di avvio ed incentivazione della nuova tecnica diffusiva, prevede che AGCOM adotti un regolamento che definisca le condizioni per il rilascio di licenze o autorizzazioni per la diffusione televisiva in tecnica digitale e detta criteri direttivi ai quali AGCOM deve attenersi nell'adozione del regolamento. Tale regolamento è stato poi approvato con delibera 435/01/CONS, "Approvazione del regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale", che individua tre attori del nuovo sistema delle trasmissioni televisive in tecnica digitale: il fornitore di contenuti, l'operatore di rete e il fornitore di servizi. Sulle diverse tipologie di operatori, nonché sull'evoluzione della normativa unionale delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica e la conseguente divaricazione tra la disciplina dei mezzi e dei contenuti, si veda, O. Grandinetti, *Profili radiotelevisivi del codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., 496 ss.

<sup>28</sup> Le direttive del Pacchetto Telecom prevedono la sostituzione del regime delle licenze individuali con quello delle autorizzazioni generali per l'attività di operatore di rete o di fornitore di servizi di comunicazione elettronica. Accanto a queste autorizzazioni generali, esiste un separato regime amministrativo specifico per l'assegnazione delle frequenze. Infatti, la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica può solo essere oggetto di un'autorizzazione generale, senza la necessità di un atto amministrativo esplicito da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione. Ciò limita così la procedura ad una sola notifica per le imprese interessate. Attualmente, il regime dell'attività di fornitore di rete o di servizi di comunicazione elettronica è regolato all'art. 12 del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche e quello relativo all'assegnazione delle reti è regolato negli artt. 35 ss. In merito ai titoli abilitativi, si veda O. Grandinetti, *Profili radiotelevisivi del codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., 517 ss.

<sup>29</sup> F. Bruno - G. Nava, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni, Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche*, editoria, cit., 933 ss.

comunitaria, per promuovere la diversità culturale e linguistica e per assicurare la difesa del pluralismo dei mezzi di informazione. Il contenuto dei programmi televisivi è disciplinato dalla direttiva 89/552/CEE [...]».

Inoltre, in base alla Direttiva Autorizzazioni, sono esclusi dalla nozione di “servizio di comunicazione elettronica”: «I servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti», e non rientrano tra i servizi di comunicazione elettronica: «I servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 1 della direttiva 98/34/CE non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica»<sup>30</sup>.

Nella Comunicazione del 10 marzo 1999, la Commissione europea aveva già sottolineato la necessità, oltre che di una regolamentazione orizzontale delle reti e dei servizi di comunicazioni elettroniche, di una riforma della disciplina dei servizi di contenuti per tenere conto della specificità del settore audiovisivo adottando un approccio differenziato a seconda delle diverse modalità di diffusione dei contenuti<sup>31</sup>.

Questo processo porta gradualmente a una nuova disciplina degli editori dei canali televisivi, che passano dalla qualifica di “emittenti televisive” a quella di “fornitori di contenuti” in una fase transitoria, per assumere infine il ruolo di “fornitori di SMA”. A questa si aggiunge il regime amministrativo applicabile ai fornitori di SMA su richiesta (ovvero i fornitori di cataloghi di contenuti audiovisivi su richiesta individuale), che si differenzia perché gli SMA su richiesta non possono essere soggetti a un regime di autorizzazione preventiva.

Infatti, come detto, i servizi di media audiovisivi a richiesta trovano la loro iniziale collocazione nella direttiva 2000/31/CE in base alla quale i «servizi della società dell'informazione» sono: «I servizi ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE, come modificata dalla direttiva 98/48/CE».

Per tali servizi l'art. 4, c. 1, della direttiva 2000/31/CE prevede che: «Gli Stati membri garantiscono che l'accesso all'attività di un prestatore di un servizio della società dell'informazione ed il suo esercizio non siano soggetti ad autorizzazione preventiva o ad altri requisiti di effetto equivalente»<sup>32</sup>.

Il regime amministrativo relativo agli SMA a richiesta, previsto da AGCOM sulla base del TUSMA, è quello della segnalazione certificata di inizio attività secondo la quale la diffusione di tali servizi è consentita dalla data della presentazione della medesi-

<sup>30</sup> Art. 2, c. 1, lett. c).

<sup>31</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni - La convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione e le sue implicazioni per quanto concerne la regolamentazione - Risultati della consultazione pubblica sul Libro verde, COM (1999) 108.

<sup>32</sup> La dottrina inizia già molto tempo prima a nutrire perplessità in merito all'esclusione del video on demand dalla direttiva applicabile alle emittenti televisive (art. 1, lett. a), direttiva 89/552/CEE). In tal senso, A. Valastro, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 1997, 712 ss.; R. Mastroianni, *Telecomunicazioni e televisione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritti amministrativo*, cit., 712 ss. Questo non toglie che anche queste forme di comunicazione interattiva debbano essere inquadrate nell'ambito dell'art. 21 Cost. Si veda a quest'ultimo riguardo A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2002, 18.

ma<sup>33</sup>. Originariamente, si avvicinava a questo regime quello previsto dal Regolamento AGCOM per gli SMA lineari “su altri mezzi di diffusione” (incluso Internet), ai quali si applicava, infatti, il regime del silenzio-assenso<sup>34</sup>. Tuttavia, con il Nuovo Regolamento Autorizzazioni, il silenzio-assenso è stato sostituito con quello della specifica autorizzazione al fine di allineare tutti i regimi applicabili alla diffusione di SMA lineari.

### **3. Il campo di applicazione del Nuovo Regolamento Autorizzazioni**

Il Nuovo Regolamento Autorizzazioni precisa che esso dà attuazione all’art. 18, c. 1 e 3, e all’art. 19 del TUSMA<sup>35</sup>.

In particolare, il Regolamento consolida in unico testo, e contemporaneamente modifica, le norme di cui ai Regolamenti AGCOM adottati con delibere 127/00/CONS, 606/10/CONS e 607/10/CONS, come successivamente emendati. I primi due Regolamenti riguardano rispettivamente la diffusione degli SMA lineari su reti satellitari e su altri mezzi di comunicazione elettronica (escluse le reti terrestri e il cavo coassiale)<sup>36</sup> ed il terzo gli SMA non lineari diffusi attraverso qualsiasi mezzo.

Come previsto dal TUSMA, il Nuovo Regolamento Autorizzazioni copre solo i servizi la cui finalità principale è la diffusione di programmi audiovisivi destinati ad infor-

<sup>33</sup> La disciplina di cui alla direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, che riguarda tutti i servizi a richiesta, consente agli Stati membri di derogare al principio del Paese di origine per motivi di tutela dell’ordine pubblico. A questo riguardo, è stato rilevato che, per tale ragione, «i servizi di media audiovisivi a richiesta potevano essere soggetti a norme differenti per contenuti offerti in più Stati (art. 3, par. 4 [...]), il che rischiava di mettere a repentaglio la libera circolazione dei servizi all’interno della Comunità e provocare distorsioni della concorrenza nel mercato comune» (R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, cit., 78). Ecco come si giunge, con lo sviluppo dei servizi di media audiovisivi, alla direttiva 2007/65/UE, che riguarda “tutti i media audiovisivi” limitatamente ai settori dalla stessa coordinati. Tuttavia, restano applicabili le norme stabilite dalla direttiva 2000/31/CE che proibiscono la necessità di una preventiva autorizzazione per i servizi a richiesta. In questo senso, si veda anche verbale di ERGA (European Regulators Group for Audiovisual Media Services), del 29 settembre 2020, 54th Meeting of the Contact Committee of the Audiovisual Media Services Directive, in cui il Rappresentante della Commissione europea rileva che: «*Regarding licensing, [...] on demand services,] are information society services to which the rules in the e-Commerce Directive apply, including the prohibition of the prior authorisation system. It is prohibited to have a licence in the form of prior authorisations*» (si veda il verbale del Meeting disponibile in *ec.europa.eu*). Sul regime degli SMA a richiesta si vedano anche le successive note 88 e 89.

<sup>34</sup> Art. 3, c. 8, del Regolamento approvato con delibera 606/10/CONS, cit.

<sup>35</sup> A questo riguardo, occorre notare che AGCOM non richiama il c. 2 dell’art. 18 del TUSMA relativo all’autorizzazione alla diffusione di canali televisivi su cavo coassiale oggetto di regolamentazione da parte di AGCOM e di rilascio da parte del Ministero delle imprese e del made in Italy. Tuttavia, ai fini della definizione di diffusione di SMA su “altri mezzi di comunicazione elettronica”, non viene più esclusa da tale nozione la diffusione su cavo coassiale richiamato invece in altri Regolamenti di AGCOM, come, ad esempio, il Regolamento relativo al ROC approvato con delibera 666/08/CONS, cit. Sebbene la trasmissione su cavo coassiale probabilmente non rappresenti più una tecnologia rilevante, come emerge dalla delibera 606/10/CONS, solo per ragioni di coerenza normativa, sarebbe stato forse utile un riferimento a tale tecnologia (come non inclusa nella definizione di “altri mezzi di comunicazione elettronica”).

<sup>36</sup> Sul cavo coassiale, si veda *supra* nota 2.

mare, intrattenere o istruire il grande pubblico<sup>37</sup>, riconducibili alla responsabilità editoriale di un soggetto, come identificato di seguito, che ne sceglie i contenuti audiovisivi e la loro modalità di organizzazione<sup>38</sup>.

Inoltre, esso si applica solo ai fornitori di SMA soggetti alla giurisdizione italiana. Per l'individuazione di quest'ultima, occorre fare riferimento all'art. 2 del TUSMA che declina i vari criteri "a cascata" che collegano un fornitore di SMA al territorio italiano, anche qualora si tratti di fornitore extra-UE.

Se il fornitore di SMA, già soggetto alla giurisdizione italiana, dovesse ricadere successivamente sotto la giurisdizione di un altro Stato membro dell'Unione europea (o di uno Stato parte della Convenzione di Strasburgo sulla televisione transfrontaliera)<sup>39</sup>, lo stesso è tenuto a comunicare ad AGCOM (e al Ministero delle imprese e del made in Italy) le circostanze che hanno determinato il mutamento della giurisdizione, indicando eventualmente l'autorità di regolamentazione competente<sup>40</sup>.

Diversamente dai precedenti regolamenti AGCOM, nel Nuovo Regolamento Autorizzazioni non è più espressamente previsto che, in caso di soggetto extra-UE, «lo Stato ove il soggetto richiedente ha la propria sede legale o residenza pratici un trattamento di reciprocità nei confronti di soggetti italiani»<sup>41</sup>. Tuttavia, la condizione di reciprocità viene ripresa nel Nuovo Regolamento Autorizzazioni con riguardo agli

<sup>37</sup> Sull'assenza di tali requisiti in video promozionali che abbiano solo uno scopo promozionale, si veda CGUE, C-132/17, *Peugeot v. Deutsche Umwelthilfe eV* (2019).

<sup>38</sup> Si ricorda che analoghi requisiti, ad eccezione della responsabilità editoriale relativa alla scelta dei contenuti, sono previsti per le piattaforme di condivisione di video (art. 1, c. 1, *a-bis*), Direttiva SMA).

<sup>39</sup> Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera del Consiglio d'Europa, firmata a Strasburgo il 5 maggio 1989 e ratificata dalla l. 5 ottobre 1991, n. 327.

<sup>40</sup> Si tratta di un obbligo previsto all'art. 9, c. 2, del Nuovo Regolamento Autorizzazione che trova il proprio fondamento nella Direttiva SMA. Infatti, in base al considerando 7 della Direttiva SMA: «Al fine di assicurare un'efficace attuazione della direttiva 2010/13/UE, è essenziale che gli Stati membri istituiscano e tengano aggiornati registri dei fornitori di servizi di media e dei fornitori di piattaforme per la condivisione di video sotto la loro giurisdizione e condividano periodicamente questi dati con le autorità o gli organismi di regolamentazione indipendenti competenti e con la Commissione. Tali registri dovrebbero comprendere informazioni sui criteri su cui è basata la giurisdizione». In base all'art. 2, c. 5-*bis*, della Direttiva SMA: «Gli Stati membri assicurano che i fornitori di servizi di media informino le autorità o gli organismi nazionali di regolamentazione competenti di qualsiasi modifica che possa influire sulla determinazione della giurisdizione (...). Gli Stati membri istituiscono e mantengono aggiornato un elenco dei fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione e indicano su quali dei criteri di cui ai paragrafi da 2 a 5 si fonda la loro giurisdizione. Gli Stati membri comunicano alla Commissione tale elenco e gli eventuali aggiornamenti». Inoltre, l'art. 2, c. 5-*ter* prevede che: «Gli Stati membri istituiscono e mantengono aggiornato un elenco dei fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione e indicano su quali dei criteri di cui ai paragrafi da 2 a 5 si fonda la loro giurisdizione. Gli Stati membri comunicano alla Commissione tale elenco e gli eventuali aggiornamenti. La Commissione assicura che tali elenchi siano messi a disposizione in una banca dati centralizzata. In caso di incoerenze tra gli elenchi, la Commissione contatta gli Stati membri interessati per trovare una soluzione. La Commissione assicura che le autorità o gli organismi nazionali di regolamentazione abbiano accesso a tale banca dati. La Commissione mette le informazioni della banca dati a disposizione del pubblico». Infine, l'art. 5 prevede che: «Ciascuno Stato membro assicura che un fornitore di servizi di media soggetto alla sua giurisdizione offra ai destinatari di un servizio un accesso facile, diretto e permanente almeno alle seguenti informazioni: [...] d) lo Stato membro avente giurisdizione su di esso e le autorità o gli organismi di regolamentazione o gli organismi di vigilanza competenti».

<sup>41</sup> Art. 3, c. 2, del Regolamento adottato con delibera 606/10/CONS, cit., e art. 3, c. 3 del Regolamento adottato con delibera 607/10/CONS, cit.

accordi internazionali eventualmente applicabili. Infatti, esso prevede che le norme degli accordi internazionali, ai quali l'Italia aderisce e che stabiliscono condizioni di piena reciprocità nelle materie dallo stesso disciplinate, vengano fatte salve (art. 3, c. 2). Questa disposizione sembrerebbe riferita ai fornitori di SMA di Paesi terzi, ivi inclusi i Paesi (diversi dagli Stati membri dell'Unione europea) che siano parti della Convenzione di Strasburgo sulla televisione transfrontaliera, con i quali siano in vigore accordi internazionali<sup>42</sup>. Infatti, i fornitori di SMA extra-UE potrebbero essere assoggettati alla disciplina nazionale sia nella misura in cui siano soddisfatti i criteri di cui all'art. 2 della Direttiva SMA (ed in tal caso sarebbero attratti dalla disciplina dettata dalla Direttiva SMA e dunque anche dal Nuovo Regolamento Autorizzazioni)<sup>43,44</sup>, sia in caso contrario (e cioè in assenza di tale collegamento). In quest'ultimo caso, il nostro legislatore potrebbe adottare le misure ritenute più opportune nel rispetto del diritto dell'Unione e degli obblighi internazionali dell'Unione<sup>45</sup>. Sia nel primo sia nel secondo caso, sembrerebbero quindi giocare un ruolo rilevante anche le (diverse) norme degli accordi internazionali ai sensi dell'art. 3, c. 2, del Nuovo Regolamento Autorizzazioni<sup>46</sup>.

Sempre con riferimento ai canali extra-UE, si ricorda che l'art. 4, c. 1, del TUSMA garantisce il diritto di «ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere» e che l'art. 7, c. 13, del TUSMA prevede norme intese a far sospendere o interrompere, nel caso di violazione dei principi fondamentali del TUSMA, la ricezione di servizi non soggetti alla giurisdizione di alcuno Stato membro, ma ricevibili direttamente o indirettamente dal pubblico italiano<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> M. L. Spina, *Autorizzazioni per la prestazione di servizi media*, cit., 543.

<sup>43</sup> Direttiva (UE) 1808, del 14 novembre 2018, 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». Gli articoli della Direttiva SMA che vengono citati in questo contributo sono quelli della direttiva 2010/13/UE, come successivamente emendata.

<sup>44</sup> I due criteri, di cui alla Direttiva SMA e al TUSMA, che si estendono a fornitori di Paesi terzi sono i seguenti: a) «Quando il fornitore di SMA ha la sede principale in Italia e le decisioni editoriali sul servizio di media audiovisivo fornito sono prese in un altro Stato membro o in un Paese terzo, se sul territorio italiano opera una parte significativa degli addetti allo svolgimento dell'attività di servizio di media audiovisivo o radiofonico collegata ai programmi»; b) «Quando, pur avendo la sede principale in un altro Stato membro o Paese terzo, le decisioni editoriali sul servizio di media audiovisivo fornito sono prese in Italia e sul territorio italiano opera una parte significativa degli addetti allo svolgimento dell'attività di servizio di media audiovisivo o radiofonico collegata ai programmi» oppure c) «Se si avvalgono di un collegamento terra satellite (*up-link*) situato» in uno Stato membro o d) «Se anche in assenza di un collegamento terra-satellite situato» in detto Stato membro «si avvalgono di una capacità via satellite di competenza» di tale Stato membro (quanto al TUSMA, art. 2, c. 2, lett. b) e c), e c. 3).

<sup>45</sup> E. Coogan, *Commissione Europea: Comunicazione su Brexit e norme UE nel settore dei servizi di media audiovisivi*, IRIS, 2018.

<sup>46</sup> A questo riguardo, è utile anche quanto viene riportato nella Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva sui servizi di media audiovisivi secondo la quale «*Media services from third countries, for instance those that are distributed via the Internet, without any establishment in the Union, can be regulated by every Member State in which they can be received according to the respective national law. Enforcement in these cases may however be difficult, as it has been reported by some Member States*» (*Commission staff working document «Reporting on the application of Directive 2010/13/EU “Audiovisual Media Services Directive” as amended by Directive (EU) 2018/1808, for the period 2019-2022», SWD(2024) 4 final, 5*).

<sup>47</sup> L'art. 7, c. 13, del TUSMA così recita: «In ipotesi di violazione dei principi fondamentali del sistema

Ai fini del Nuovo Regolamento Autorizzazioni:

non rilevano i servizi che non sono il frutto di un'attività televisiva, editoriale o che comunque non attengano all'informazione o allo spettacolo, visto il sopradetto requisito relativo alle finalità principali dell'attività relativa alla diffusione di SMA (*i.e.*, di diffondere programmi audiovisivi destinati ad informare, intrattenere o istruire il grande pubblico);

sempre in considerazione del requisito relativo alle finalità principali degli SMA, sono esclusi dal suo campo di applicazione: a) i canali televisivi o i cataloghi che non sono ricevibili in Italia con apparecchiature di uso comune, e cioè mediante apparecchiature di consumo di tipo standard per la ricezione di servizi destinati al grande pubblico; b) i servizi il cui contenuto audiovisivo è meramente incidentale. Sono, quindi, esclusi servizi, quali i siti web di utenti commerciali che non offrono canali televisivi o cataloghi, siti di giochi *online*, programmi-dati<sup>48,49</sup>. A quest'ultimo riguardo, si ricorda che, in base alla nozione di "Servizio di Media Audiovisivo" (corrispondente a quella contenuta nel TUSMA e nella Direttiva SMA), anche le parti autonome di quotidiani *online* che propongono programmi audiovisivi, in quanto ricadenti nella "sezione distinguibile" dall'attività principale del fornitore del servizio, possono invece ricadere nella nozione di SMA<sup>50</sup>.

---

dei servizi di media audiovisivi e radiofonici e di servizi di piattaforma per la condivisione di video, l'Autorità può disporre la sospensione della ricezione o ritrasmissione dei servizi [...] non soggetti alla giurisdizione di alcuno Stato membro dell'Unione europea, i cui contenuti o cataloghi sono ricevuti direttamente o indirettamente dal pubblico italiano. A tale fine, a seguito di un formale richiamo, l'Autorità può ordinare al fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato o all'operatore di rete o di servizi sulla cui piattaforma o infrastruttura sono veicolati programmi, di adottare ogni misura necessaria ad inibire la diffusione di tali programmi o cataloghi presso il pubblico italiano. In caso di inosservanza dell'ordine, l'Autorità applica al fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato o all'operatore di rete o di servizi una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 500.000». Inoltre, l'art. 7, c. 14 prevede che: «Le disposizioni del presente articolo si applicano, con i necessari adattamenti, alle trasmissioni televisive provenienti da Stati terzi che siano parte della Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera, firmata a Strasburgo il 5 maggio 1989 e ratificata ai sensi della legge 5 ottobre 1991, n. 327», confermando che nella nozione di «servizi non soggetti alla giurisdizione di alcuno Stato membro» sarebbero inclusi anche i servizi di Stati parti di quest'ultima Convenzione europea (diversi dagli Stati membri dell'Unione europea). Relativamente agli SMA di Paesi terzi occorre oggi considerare anche quanto previsto dal Regolamento europeo sulla libertà dei media, secondo il quale: «È necessario coordinare le misure nazionali che potrebbero essere adottate per contrastare le minacce alla sicurezza pubblica provenienti da servizi di media originari di o stabiliti in paesi terzi e rivolti al pubblico dell'Unione, anche prevedendo la possibilità per il comitato, in consultazione con la Commissione, di emettere, se del caso, pareri su tali misure, in particolare qualora una situazione riguardi diversi Stati membri. [...]» (considerando 48). Si veda anche il relativo art. 17.

<sup>48</sup> Con "programmi-dati" si intendono «i servizi di informazione costituiti da prodotti editoriali elettronici, trasmessi da reti radiotelevisive e diversi dai programmi radiotelevisivi, non prestati su richiesta individuale, incluse le pagine informative *teletext* e le pagine di dati» (art. 3, c. 1, lett. *m*)).

<sup>49</sup> Si ricorda che, anche per le piattaforme di condivisione di video, è previsto un analogo trattamento dal momento che le piattaforme che abbiano una "sezione" o "funzionalità" che offre al grande pubblico programmi o contenuti generati dagli utenti devono essere assoggettate (per quella sezione o funzionalità: considerando 6, Direttiva SMA) alla nuova disciplina introdotta per le piattaforme di condivisione.

<sup>50</sup> Con riferimento al carattere incidentale dei contenuti audiovisivi, si veda il considerando 3 della direttiva (UE) 2018/1808 che così recita: «La direttiva 2010/13/UE dovrebbe rimanere applicabile unicamente ai servizi la cui finalità principale è la fornitura di programmi destinati a informare,

Sono anche esclusi dal suo campo di applicazione i servizi che sono prestati nell'esercizio di attività non economiche, come previsto dalla Direttiva SMA ai sensi della quale occorre avere riguardo alle sole attività economicamente rilevanti<sup>51</sup>. A questo proposito, accogliendo le istanze formulate da alcuni operatori in sede di consultazione pubblica, viene eliminato l'avverbio "precipuamente"<sup>52</sup> e non rilevano più le soglie economiche al di sotto delle quali i servizi non debbano essere autorizzati. Sono stati però individuati al contempo dei requisiti, espressamente previsti in particolare per gli SMA lineari su "altri mezzi di comunicazione elettronica", che valgono, ad esempio, ad escludere servizi di tipo occasionale;

non rilevano, infine, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, essendo questi ultimi oggetto di separata disciplina ai sensi degli artt. 41 e 42 del TUSMA<sup>53</sup> e considerata l'assenza per questi operatori del requisito della responsabilità editoriale con riguardo alla scelta dei contenuti<sup>54</sup>.

---

intrattenere o istruire. Il requisito della finalità principale dovrebbe essere considerato soddisfatto anche se il servizio ha un contenuto e una forma audiovisivi distinguibili dall'attività principale del fornitore del servizio, come le parti autonome dei quotidiani online che propongono programmi audiovisivi o i video generati dagli utenti ove tali parti possano essere considerate distinguibili dall'attività principale. Un servizio dovrebbe essere considerato un semplice complemento indistinguibile dall'attività principale a causa dei legami tra l'offerta audiovisiva e l'attività principale, come la fornitura di notizie per iscritto. [...]». Si veda CGUE, C-347/14, *New Online GmbH contro Bundeskommunikationssenat* (2016), che afferma che: «Ai fini della valutazione dell'obiettivo principale di un servizio di messa a disposizione di filmati offerto nell'ambito della versione elettronica di un quotidiano, occorre esaminare se detto servizio abbia in quanto tale un contenuto ed una funzione autonomi rispetto a quelli dell'attività giornalistica del gestore del sito Internet in questione, e non costituisca solamente un complemento inscindibile da tale attività, in particolare per i legami che l'offerta audiovisiva presenta con l'offerta testuale».

<sup>51</sup> Art. 57 TFUE; art. 1, c. 1, lett. a) (definizione di "servizio di media audiovisivo") della Direttiva SMA; art. 3, c. 1, lett. a) del TUSMA. Anche per le piattaforme di condivisione di video non rilevano le attività non economiche, come la fornitura di contenuti audiovisivi su siti web privati e le comunità di interessi non commerciali (considerando 6 Direttiva SMA).

<sup>52</sup> Nella delibera 295/23/CONS, cit., AGCOM osserva quanto segue: «In merito alla definizione di "attività precipuamente non economiche", l'Autorità accoglie la proposta emersa dalla consultazione pubblica al fine di meglio individuare le attività considerate, anche tenuto conto dell'eliminazione della soglia in ricavi e quindi della non necessità di escludere attività economiche di minima entità, e modifica in tal senso l'art. 2, c. 5, lett. a) del Regolamento» (punto D.1., Osservazioni dell'Autorità, 16). Peraltro, si noti che la nozione di "attività precipuamente non economiche" (contenuta nello schema di regolamento sottoposto a consultazione pubblica) era stata inserita nella normativa primaria con il d.lgs. 44/2010 (cosiddetto Decreto Romani) di 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" ed è stato eliminato dal d.lgs. 208/2021 di attuazione della Direttiva SMA.

<sup>53</sup> A questo proposito, si veda quanto precisa il considerando 3 nell'ultimo suo periodo per gli SMA diffusi attraverso piattaforme di condivisione: «I canali o altri servizi audiovisivi sotto la responsabilità editoriale di un fornitore possono essi stessi costituire servizi di media audiovisivi, anche se sono offerti su una piattaforma per la condivisione di video caratterizzata dall'assenza di responsabilità editoriale. In questi casi spetterà ai fornitori la responsabilità editoriale di conformarsi alla direttiva 2010/13/UE». In tali casi, le piattaforme per la condivisione di video non sono soggette alla Direttiva SMA.

<sup>54</sup> Infatti, «le PCV hanno solo un controllo sull'"organizzazione" dei contenuti offerti sulla piattaforma (e non sui contenuti medesimi), con la precisazione che tale controllo sussiste anche quando vengano utilizzati "mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante visualizzazione, attribuzione di tag e sequenziamento"», così O. Grandinetti, *Decreto legislativo 8 novembre 2021, n.208 – Il testo unico per la fornitura dei servizi di media audiovisivi*, in *Giornale Diritto Amministrativo*, Milano, 4, 2022, 469. Per completezza, si consideri che il Regolamento europeo sulla libertà dei media precisa che «[...] in un

Inoltre, continua a rimanere in vigore il divieto, per alcune tipologie di soggetti, di svolgere, direttamente o indirettamente, attività di fornitore di SMA (es. istituti di credito)<sup>55</sup>. Si tratta, quindi, non tanto di una questione relativa al campo di applicazione, quanto piuttosto di soggetti “esclusi” dalla possibilità di svolgere attività di SMA.

Infine, una breve riflessione sugli SMA esclusi dai regimi autorizzativi poiché non presentano i requisiti minimi necessari per l’istanza di autorizzazione.

A questo riguardo, è importante notare che il Nuovo Regolamento Autorizzazioni non prevede espressamente, come facevano invece i precedenti regolamenti AGCOM in materia di titoli abilitativi, che il rispetto delle disposizioni del TUSMA e dei regolamenti attuativi, e conseguentemente di altre leggi applicabili agli SMA (come, ad esempio, la l. 249/1997), sia riferito solo agli SMA autorizzati o comunque assoggettabili al rilascio di tale titolo. Inoltre, gli SMA non soggetti ad autorizzazione sembrerebbero soggetti ad obblighi di registrazione o di comunicazione al ROC. Infatti, l’art. 12 del Nuovo Regolamento Autorizzazioni (su «Registro degli operatori di comunicazione») fa riferimento a «tutti i soggetti che esercitano le attività oggetto del presente Regolamento». Queste disposizioni del Nuovo Regolamento Autorizzazioni non sembrano fondate su nuove norme di rango primario e non trovano riscontro nella prassi di AGCOM<sup>56</sup>.

Il tema sarà ripreso al successivo capitolo 5.

#### **4. Le permanenti differenze tra i regimi abilitativi**

Nonostante l’obiettivo di AGCOM di dettare nuove norme sui regimi autorizzativi applicabili agli SMA<sup>57</sup> quanto più possibili omogenee, permangono alcune differenze

---

ambiente mediatico sempre più convergente, alcuni fornitori di piattaforme per la condivisione di video o i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi hanno cominciato a esercitare un controllo editoriale su una o più sezioni dei loro servizi. Quando esercitano il controllo editoriale su una o più sezioni dei loro servizi, tali fornitori potrebbero quindi essere definiti sia come fornitori di piattaforme per la condivisione di video o come fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi sia come fornitori di servizi di media» (considerando 11). Si ricorda a questo riguardo che, in base a tale Regolamento, la nozione di “servizio di media” non coincide con quella di “servizio di media audiovisivo”, dal momento che quest’ultima nozione è inclusa nella prima (artt. 2.1 e 2.6).

<sup>55</sup> Art. 2, c. 6, del Nuovo Regolamento Autorizzazioni prevede che: «Fatto salvo quanto previsto per la società concessionaria del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale, le amministrazioni pubbliche, gli enti pubblici, anche economici, le società a prevalente partecipazione pubblica e le aziende ed istituti di credito non possono, né direttamente né indirettamente, essere titolari di titoli abilitativi per lo svolgimento delle attività di fornitore di servizi di media».

<sup>56</sup> Art. 1, c. 6, lett. a), punto 5), l. 249/1997 che, ai fini di questa analisi, prevede che devono iscriversi al ROC i soggetti destinatari di concessione o di autorizzazione, «in base alla vigente normativa». Si vedano anche le FAQ presenti sul sito AGCOM che, alla domanda: «Se non devo chiedere l’autorizzazione, posso trasmettere?», rispondono: «Sì. Su chi non rientra nel campo di applicazione dei regolamenti, non incombono né obblighi né divieti in base al Decreto», e alla domanda: «Chi è tenuto ad iscriversi al Registro degli operatori della comunicazione (ROC)?», rispondono: «Sono tenuti all’iscrizione solo i soggetti che, rientrando nel campo di applicazione dei regolamenti, hanno ottenuto l’autorizzazione [...]» (le FAQ sui servizi di media audiovisivi sono disponibili al seguente indirizzo: [agcom.it/faq](http://agcom.it/faq)).

<sup>57</sup> Come già indicato nel capitolo 1, la delibera in esame non si estende peraltro alle trasmissioni televisive su reti terrestri, salvo che per taluni limitati aspetti.

che non sembrano *prima facie* sempre giustificabili.

In particolare, non è chiaro il motivo per cui, per l'istanza di autorizzazione relativa alla diffusione di SMA lineari via satellite, non siano richiesti i requisiti minimi previsti invece per quella relativa alla diffusione di SMA su "altri mezzi di comunicazione elettronica". Si tratta di requisiti, come la durata del palinsesto o la presenza di notiziari ed il numero minimo di addetti, la cui assenza potrebbe fare venire meno l'obbligo di richiedere un'autorizzazione ed ogni conseguente sanzione per la diffusione di SMA senza il prescritto titolo abilitativo, almeno sulla base della precedente prassi di AGCOM.

Inoltre, non risulta chiaro il coordinamento tra la nozione di "palinsesto" contenuta nel TUSMA (ripreso nel Nuovo Regolamento Autorizzazioni), da un lato, e i requisiti oggettivi per la richiesta di autorizzazione ai sensi del Nuovo Regolamento Autorizzazioni, dall'altro lato. Infatti, ai sensi del TUSMA, i programmi fruibili a pagamento non sembrerebbero ricadere nella nozione di palinsesto, ma il Nuovo Regolamento Autorizzazioni non fornisce indicazioni in merito.

Passando ai regimi applicabili per la diffusione di SMA, di seguito se ne evidenziano gli aspetti principali, segnalando che AGCOM esclude la possibilità di "autorizzazione cornice", ovvero titoli abilitativi che possano "coprire" più servizi<sup>58</sup>. Tale esclusione sembrerebbe contraddire l'obiettivo della nuova regolamentazione, che mira a essere adeguata alle potenzialità di sviluppo dei servizi digitali. Infatti, le tecnologie digitali consentono di fornire servizi che includono più trasmissioni lineari simultanee unificate sotto il medesimo marchio (es. servizi televisivi che offrono contemporaneamente diverse programmazioni in diretta, come eventi sportivi), e quindi riconducibili ad uno stesso "palinsesto". Una maggiore flessibilità potrebbe, in realtà, favorire lo sviluppo di servizi digitali sempre più innovativi, oltre che essere conforme alle norme primarie. Per quanto riguarda gli SMA lineari via satellite, l'approccio regolamentare è sostanzialmente analogo a quello previgente, ma l'autorizzazione può essere richiesta anche da società di persone, oltre che da società di capitali<sup>59,60</sup>. Inoltre, si riducono le tempistiche per il rilascio dell'autorizzazione (30 giorni invece di 60) e viene ampliata la durata di quest'ultima (12 anni invece di 6). Come sopra anticipato, non sono previsti requisiti riguardanti la durata del palinsesto o la presenza di notiziari, né è richiesto un numero minimo di addetti.

Per quanto riguarda le trasmissioni su "altri mezzi di diffusione" (come già detto, diversi da satellite e da terrestre)<sup>61</sup>, viene finalmente chiarito che il regime autorizzativo

---

<sup>58</sup> Delibera 295/23/CONS, cit., punto D2., Osservazioni dell'Autorità, 20.

<sup>59</sup> Art. 3, c. 6, del Nuovo Regolamento Autorizzazioni.

<sup>60</sup> Con riguardo alle forme societarie richieste per le varie tipologie di trasmissione, AGCOM rileva che la forma societaria deve essere «economicamente idonea a sostenere la concorrenza nel settore di riferimento» (così, delibera 295/23/CONS, cit., punto D2., Osservazioni dell'Autorità, 17).

<sup>61</sup> Si noti che viene modificata anche la nozione di "altri mezzi di comunicazione elettronica". Infatti, mentre la precedente delibera 606/10/CONS, cit. (regolante la diffusione su "altri mezzi di comunicazione elettronica") definiva tale nozione come segue: «Le reti di comunicazione elettronica diverse da quelle via cavo coassiale, satellitari e terrestri di cui agli articoli 16, 18, 19, 20 e 21, c. 1, del Testo unico, quali, a titolo esemplificativo, la rete internet anche in banda larga e le reti mobili ad esclusione delle trasmissioni a mezzo DVBH», la definizione contenuta nel Nuovo Regolamento Autorizzazioni è stata così semplificata: «Le reti di comunicazione elettronica diverse da quelle satellitari

si applica anche ai canali accessibili mediante cd. *app* e comunque a qualsiasi SMA lineare accessibile mediante browser web, smart tv o dispositivi similari<sup>62</sup>. Inoltre, in continuità con il precedente regime regolamentare, e considerata la maggiore facilità di accesso a questa tipologia di servizi, l'autorizzazione può essere richiesta anche da società cooperative, fondazioni ed associazioni. L'autorizzazione può essere richiesta anche da imprese individuali. Sotto il profilo oggettivo, può essere presentata istanza di autorizzazione solo per le trasmissioni di durata superiore a 24 ore settimanali<sup>63</sup> o, in alternativa, che includano almeno due notiziari ed inoltre occorre che vi sia un numero minimo di due addetti al fine di garantire un'organizzazione aziendale seppur minima (pertanto, i fornitori di servizi che non presentino tali requisiti sono esentati dal regime autorizzativo). La durata dell'autorizzazione è anche in questo caso di 12 anni. Sono soggetti ad autorizzazione anche gli SMA in luoghi aperti al pubblico. Sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, vale sostanzialmente lo stesso regime richiesto per le diffusioni su altri mezzi, ma non è richiesto il requisito relativo ad un minimo di due addetti. Tuttavia, per questi SMA il requisito relativo al numero minimo di ore e ai notiziari non è alternativo, bensì cumulativo, ed inoltre il palinsesto deve includere comunicazioni commerciali. In assenza, dunque, anche solo di uno di questi due requisiti, il servizio non è soggetto a regime autorizzativo.

Per la diffusione di SMA a richiesta viene prevista una Segnalazione Certificata di Inizio Attività (SCIA) alla quale segue, in presenza di tutti i prescritti requisiti e presupposti, ai sensi dell'art. 6, c. 2, del Nuovo Regolamento Autorizzazioni<sup>64</sup>, un'autorizzazione generale della durata di 12 anni. A quest'ultimo riguardo, AGCOM aveva proposto di rendere illimitata la durata dell'autorizzazione generale, ma in sede di consultazione pubblica è prevalso l'interesse ad un allineamento della durata di tutti i regimi autorizzativi<sup>65</sup>. Viene, inoltre, precisato che la diffusione degli SMA a richiesta può essere avviata dalla data di presentazione della SCIA. I requisiti soggettivi per la SCIA sono

---

e terrestri».

<sup>62</sup> Delibera 165/23/CONS, «Avvio della Consultazione pubblica sullo schema di regolamento concernente la disciplina relativa alla fornitura di servizi di media audiovisivi e radiofonici via satellite, su altri mezzi di comunicazione elettronica e a richiesta», nella quale AGCOM rileva «che il regime autorizzatorio previsto per la fornitura di servizi di media audiovisivi [...] lineari su altri mezzi di comunicazione elettronica debba essere applicato anche ai servizi lineari forniti tramite IP a cui si accede sia via browser web o via app sui dispositivi connettabili a Internet, sia tramite tastierino numerico su smart tv e dispositivi similari (i cosiddetti canali FAST) [...]» (secondo *Ritenuto*, 3). Viene così chiarito che anche tali servizi sono soggetti ad apposita autorizzazione al pari di ogni altro SMA lineare.

<sup>63</sup> Il requisito della durata del palinsesto, ai fini dell'istanza di autorizzazione, è «funzionale a misurare la sussistenza dell'attività».

<sup>64</sup> Ai sensi dell'art. 3, c. 2: «L'autorizzazione può essere rilasciata a società di capitali o di persone, società cooperative, fondazioni riconosciute e non riconosciute, associazioni riconosciute e non riconosciute e imprese individuali: a) che sono soggette alla giurisdizione italiana conformemente a quanto previsto dall'articolo 2; b) che hanno per oggetto sociale l'esercizio di attività radiotelevisiva, editoriale o comunque attinente all'informazione o allo spettacolo; c) che offrono un catalogo di programmi identificato da un unico marchio, sotto la responsabilità editoriale del fornitore del servizio; d) i cui rispettivi amministratori e legali rappresentanti non hanno riportato condanna a pena detentiva superiore a sei mesi per delitto non colposo e non sono sottoposti alle misure di prevenzione previste dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni e integrazioni, o alle misure di sicurezza previste dagli articoli 199 e seguenti del Codice penale».

<sup>65</sup> Delibera 295/23/CONS, cit., punto D4., Osservazioni dell'Autorità, 10.

gli stessi di quelli previsti per l'istanza di autorizzazione relativa agli SMA lineari su altri mezzi di comunicazione elettronica, ed il catalogo deve essere identificato da un unico marchio. Inoltre, pur non essendo previsti requisiti oggettivi attinenti all'occasionalità del servizio, AGCOM ha precisato, in una diversa e più recente delibera, che: «La pubblicazione sporadica e priva di marchi, distintivi non rientra (...) nella portata del Regolamento autorizzazioni»<sup>66</sup>.

Infine, sono esentati dal regime autorizzativo i cataloghi composti solo di programmi già trasmessi in modalità lineare e l'offerta di contenuti a richiesta non accessibile autonomamente dal pubblico (cd. sub-cataloghi). Per tutti gli SMA, tranne quelli diffusi in modalità lineare via satellite, il Nuovo Regolamento Autorizzazioni prevede che il palinsesto (o, a seconda dei casi, il catalogo) sia identificato da un unico marchio. L'assenza di un'espressa previsione sulla presenza di un unico marchio per gli SMA via satellite sembrerebbe essere il frutto di un mero difetto di coordinamento tra norme. Infatti, l'identificazione mediante un unico marchio appare essere talora una condizione necessaria per poter richiedere l'autorizzazione (o per la stessa qualificazione come SMA lineare)<sup>67</sup> e la cui mancanza potrebbe determinare la decadenza della stessa autorizzazione, altre volte un vero e proprio obbligo<sup>68</sup>.

Tutti i fornitori di SMA assoggettati ad autorizzazione ai sensi del Nuovo Regolamento Autorizzazione devono conservare la registrazione integrale dei programmi per tre mesi a decorrere dalla data di diffusione (nel caso di SMA lineari) o dall'ultimo giorno di disponibilità dei programmi (nel caso di SMA a richiesta).

## **5. Le attività degli SMA non soggetti ad autorizzazione**

L'art. 20 del TUSMA stabilisce che le ritrasmissioni simultanee, su altri mezzi di comunicazione elettronica, di canali in chiaro diffusi su reti terrestri<sup>69</sup> sono consentite e

<sup>66</sup> Delibera 7/24/CONS, cit., punto D11., Osservazioni dell'Autorità, 29.

<sup>67</sup> Ricorre un "palinsesto televisivo" quando i programmi sono unificati da un medesimo marchio.

<sup>68</sup> Art. 3, c. 7, del Regolamento approvato con delibera 353/11/CONS, cit., , che prevede che: «Il palinsesto del fornitore di servizio di media audiovisivo lineare è identificato da un unico marchio per non meno di ventiquattro ore settimanali. Ai fini della verifica del rispetto dell'obbligo sono escluse dal computo delle ore di programmazione settimanali la ripetizione di programmi ovvero la trasmissione di immagini fisse. L'autorizzazione costituisce titolo anche per la trasmissione differita dello stesso palinsesto». Analoga previsione non è contenuta nel Nuovo Regolamento Autorizzazioni. La mancanza del marchio potrebbe essere però causa di decadenza automatica dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 11, c. 3, lett. e). Infatti, secondo tale norma il venire meno di uno dei requisiti soggettivi o oggettivi previsti per il rilascio dell'autorizzazione comporta la decadenza automatica dell'autorizzazione. Infine, la delibera 224/23/CONS, "Modifica della delibera n. 666/08/CONS, recante "Regolamento per l'organizzazione e la tenuta del Registro degli Operatori di Comunicazione", finalizzata all'istituzione dell'elenco dei fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana, nonché proroga del termine di conclusione del procedimento di cui all'articolo 1, comma 5, della delibera n. 105/23/CONS per la parte relativa all'iscrizione al Registro degli Operatori di Comunicazione dei fornitori di servizi postali, compresi i fornitori di servizi di consegna dei pacchi", all'art. 4, prevede che il fornitore di SMA soggetto alla giurisdizione italiana debba fornire una dichiarazione relativa all'attività svolta ed in tale sede dovrà riportare la denominazione del marchio.

<sup>69</sup> Infatti, l'art. 20 del TUSMA così recita: «Al fine di favorire la progressiva affermazione delle nuove tecnologie trasmissive, ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici che diffondono in

sono soggette solo all'obbligo di previa notifica al Ministero delle imprese e del made in Italy.

Questa disposizione sembra rappresentare una deroga alla definizione di “palinsesto” fornita nello stesso TUSMA, la quale esclude esplicitamente le “trasmissioni differite dello stesso palinsesto” e le “trasmissioni meramente ripetitive” (art. 3, c. 1, lett. *n*)). Infatti, sulla base di tale nozione, le trasmissioni meramente ripetitive (che includono quelle in *simulcast*) e le trasmissioni differite delle trasmissioni primarie non dovrebbero essere neppure oggetto di notifica.

Pertanto, in base al combinato disposto delle norme di cui ai citati artt. 20 e 3, c. 1, lett. *n*) del TUSMA emerge che le ritrasmissioni in *simulcast* dello stesso palinsesto (essendo meramente ripetitive), diverse da quelle relative ai canali in chiaro terrestri, non sarebbero a stretto rigore SMA e, dunque, non dovrebbero essere sottoposte ad autorizzazione o a previa notifica.

Il Nuovo Regolamento Autorizzazioni prevede, invece, un obbligo di previa notifica anche per tutte le ritrasmissioni simultanee (e semi-simultanee) di SMA lineari diffusi via satellite<sup>70</sup>.

Dunque, anche se non incluse nell'art. 20 del TUSMA, le ritrasmissioni in simultanea di trasmissioni via satellite sembrerebbero soggette a notifica.

Tuttavia, nella delibera 295/23/CONS, AGCOM osserva che: «Per quanto concerne l'obbligo di notifica all'Autorità di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 14, l'Autorità ritiene di poter sollevare i fornitori dall'adempimento in parola prevedendo un apposito spazio informativo nei moduli utilizzati per le comunicazioni al ROC. Di conseguenza, l'Autorità elimina la previsione concernente la notifica per la fornitura di tali servizi. Resta salva la notifica al Ministero così come espressamente prevista dall'art. 20 del Testo unico»<sup>71</sup>.

Inoltre, AGCOM, in data 24 gennaio 2024, ha comunicato, mediante un Avviso pubblicato sul sito AGCOM<sup>72</sup>, che: «ai sensi e per gli effetti dell'articolo 14 c. 1 del Regolamento [...], la notifica per la ritrasmissione integrale simultanea o semi-simultanea

---

chiaro su frequenze terrestri è consentita, previa notifica al Ministero, la trasmissione simultanea di programmi per mezzo di ogni rete di comunicazione elettronica, sulla base della disciplina stabilita con regolamento dell'Autorità». Il Nuovo Regolamento Autorizzazioni estende l'obbligo di previa notifica a tutte le ritrasmissioni simultanee (e semi-simultanee) di servizi di media audiovisivi lineari diffusi su reti terrestri o via satellite (art. 14, c. 1). La ritrasmissione simultanea (e semi-simultanea) via satellite di servizi di media audiovisivi lineari diffusi su altri mezzi di comunicazione elettronica è consentita ma non è assoggettata a previa notifica (art. 14, c. 2). Allo stesso modo la ritrasmissione parziale di servizi di media audiovisivi su qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica è consentita e non è assoggettata a notifica (art. 15).

<sup>70</sup> Art. 14, c. 1, del Nuovo Regolamento Autorizzazioni.

<sup>71</sup> Art. 14, c. 1 e 2 («Trasmissione integrale simultanea o semi-simultanea») così recitano: «1. Ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici titolari di autorizzazione per la fornitura di servizi di media su rete digitale terrestre o satellitare e ai fornitori di servizi radiofonici titolari di concessione su rete terrestre in tecnica analogica, è consentita senza alcun onere, previa notifica da effettuarsi al Ministero, la trasmissione integrale simultanea o semi-simultanea su altri mezzi di comunicazione elettronica, fatto salvo il rispetto dei diritti di trasmissione acquisiti. 2. Ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici titolari di autorizzazione per la fornitura di servizi di media lineari su altri mezzi di comunicazione elettronica è consentita senza alcun onere, la trasmissione integrale simultanea o semi-simultanea su rete satellitare, fatto salvo il rispetto dei diritti di trasmissione acquisiti.».

<sup>72</sup> V. Avviso disponibile sul sito AGCOM all'indirizzo [agcom.it](http://agcom.it)

di servizi di media audiovisivi [...] (c.d. simulcast) deve essere inoltrata al Ministero delle imprese e del made in Italy, così come espressamente previsto dall'articolo 20 del Testo unico (d.lgs. n. 208/2021). Nei confronti dell'Autorità, in luogo della notifica, è prevista la compilazione di un apposito spazio informativo nei moduli utilizzati per le comunicazioni al Registro degli operatori di comunicazione (ROC)».

Pertanto, AGCOM sembra rettificare la previsione di cui all'art. 14, c. 1, riconoscendo (visto il riferimento espresso all'art. 20 del TUSMA) che solo per le ritrasmissioni in *simulcast* (o *semi-simulcast*) di canali diffusi primariamente su reti terrestri è necessaria la notifica al Ministero, mentre per tutte le altre ritrasmissioni sarebbe sufficiente una comunicazione al ROC mediante la compilazione dei moduli di tale registro, i quali dovrebbero includere la relativa voce integrativa<sup>73</sup>.

Successivamente a tale primo avviso, ne è stato pubblicato un secondo, il 15 maggio 2024, che apporta alcune integrazioni al primo. Tra tali integrazioni, la più sostanziale sembra essere quella relativa all'obbligo di rendere riconoscibile il Servizio di Media Audiovisivo ritrasmesso simultaneamente o semi-simultaneamente (da intendersi come diffusione differita di qualche minuto) tramite il marchio del palinsesto. Inoltre, l'avviso sembra voler chiarire che la ritrasmissione, per la quale è necessario trasmettere una notifica al Ministero delle imprese e del made in Italy, si estende anche alle ritrasmissioni su reti terrestri di un canale primario diffuso attraverso tale medesimo mezzo<sup>74</sup>.

La ritrasmissione parziale su qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica di SMA lineari (indipendentemente dal mezzo di diffusione della trasmissione primaria) non è soggetta a previa notifica<sup>75</sup>. Tuttavia, non è chiaro se per queste ritrasmissioni sarà previsto uno spazio informativo nel ROC.

Inoltre, dalla delibera 295/23/CONS emerge che gli SMA a richiesta composti solo di programmi già trasmessi in modalità lineare o che si presentino come un catalogo non accessibile autonomamente dal pubblico (cd. sub-cataloghi) non sono soggetti al regime della SCIA. Sempre dalla medesima delibera, si evince che nei moduli del ROC<sup>76</sup> sarà presente uno spazio informativo dedicato in cui fornire indicazioni riguardanti tali servizi<sup>77</sup>.

Per gli SMA che ricadono sotto la giurisdizione di un altro Stato membro dell'Unione europea o di un altro Stato parte della Convenzione di Strasburgo sulla televisione transfrontaliera, e pertanto non soggetti al regime autorizzativo nazionale, ma che siano rivolti al pubblico italiano, sembrerebbe essere previsto un obbligo di iscrizione al Registro degli Operatori di Comunicazione (ROC)<sup>78,79</sup>.

<sup>73</sup> Nella sua Comunicazione AGCOM precisa che anche per le ritrasmissioni dei canali di cui all'art. 20 del TUSMA sarà prevista la compilazione di un apposito spazio informativo nei moduli del ROC.

<sup>74</sup> V. Secondo Avviso disponibile sul sito AGCOM all'indirizzo [agcom.it](http://agcom.it)

<sup>75</sup> Art. 15 del Nuovo Regolamento Autorizzazioni.

<sup>76</sup> Per un inquadramento del ROC, si veda M. Bianchi, *Il registro unico degli operatori di comunicazione*, in G. Cassano - F. Di Ciommo - C. E. Cazzato (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, cit., 1523 ss.

<sup>77</sup> AGCOM, delibera 295/23/CONS, cit., punto D5., Osservazioni dell'Autorità, 22.

<sup>78</sup> Art. 7, c. 3, del Nuovo Regolamento Autorizzazioni.

<sup>79</sup> La ricezione o ritrasmissione in Italia di tali SMA è assoggettabile a misure da parte di AGCOM ai

---

A quest'ultimo proposito, AGCOM ha evidenziato che: «L'art. 7 e l'art. 12 dispongono [...] un adempimento necessario alla corretta tenuta dell'anagrafica di tutti i soggetti che operano nell'ambito del territorio con la finalità di garantire la trasparenza e la pubblicità degli assetti proprietari, consentire l'applicazione delle norme concernenti la disciplina relativa ai limiti anti concentrativi, la tutela del pluralismo informativo, il rispetto dei limiti previsti per le partecipazioni di società estere»<sup>80</sup>.

Tuttavia, rimane poco chiaro come un onere di questo tipo (e cioè l'iscrizione al ROC) possa essere applicato concretamente a fornitori di SMA ricevibili in Italia, ma soggetti alla giurisdizione di un altro Stato membro o di uno Stato parte della Convenzione di Strasburgo sulla televisione transfrontaliera<sup>81</sup>. Inoltre, la finalità di tale onere non è chiara. Così, ad esempio, la trasparenza degli assetti proprietari, inclusi quelli a fini anti concentrativi, dovrebbe essere garantita dai fornitori di SMA soggetti alla giurisdizione italiana mediante l'invio ad AGCOM delle comunicazioni periodiche o annuali relative alla propria compagine societaria.

Può essere utile considerare che i fornitori non soggetti alla giurisdizione italiana assumono rilevanza per la valutazione del grado di pluralismo informativo nel nostro Paese, dato che l'art. 51 del TUSMA include i ricavi realizzati in Italia "anche da imprese con sede all'estero". Pertanto, tali dati sui ricavi potrebbero essere rilevanti per comprendere il valore complessivo del mercato italiano e determinare l'importanza di ciascun operatore su tale mercato. Tuttavia, la necessità dei suddetti dati non dovrebbe comportare un onere gravoso come l'iscrizione al ROC dalla quale consegue la trasmissione ad AGCOM di una serie di informazioni sulla struttura societaria, nonché la notifica, entro 30 giorni, di ogni modifica nel controllo e nella proprietà oppure di qualsiasi trasferimento pari o superiore al 10% (o al 2% in caso di società quotate) delle azioni, e di fornire comunicazioni annuali, mantenendo sempre aggiornate le informazioni fornite.

Inoltre, l'art. 2, c. 7, del TUSMA stabilisce che: «L'Autorità, con proprio regolamento, istituisce, disciplina e aggiorna l'elenco dei fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana. In tale elenco devono essere riportati i criteri in base ai quali si determina la giurisdizione italiana. L'Autorità comunica alla Commissione europea l'elenco e gli eventuali aggiornamenti».

A tale norma è stata data attuazione con la delibera 224/23/CONS che, per quanto qui di interesse, ha modificato la delibera 666/08/CONS sul "Regolamento per l'organizzazione e la tenuta del Registro degli Operatori di Comunicazione" per istituire

---

sensi dell'art. 7 del TUSMA e cioè a misure volte sostanzialmente a sospendere le trasmissioni ove diffondano contenuti in contrasto con il nostro ordinamento.

<sup>80</sup> A questo riguardo, si noti che l'art. 5, c. 2, della Direttiva SMA, prevede invero oneri informativi per i fornitori di SMA soggetti alla giurisdizione del singolo Stato membro, ed in particolare che: «Gli Stati membri possono adottare misure legislative in cui si prevede che, oltre alle informazioni di cui al paragrafo 1, i fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione rendano accessibili informazioni sul loro assetto proprietario, compresi i proprietari effettivi».

<sup>81</sup> Si osserva che la delibera 224/23/CONS, cit., concerne l'istituzione dell'elenco dei fornitori di SMA soggetti alla giurisdizione italiana e non anche di fornitori di SMA soggetti alla giurisdizione di Stati membri dell'Unione europea o parti della Convenzione di Strasburgo sulla televisione transfrontaliera. Non si può dunque escludere un ulteriore intervento regolamentare a quest'ultimo riguardo.

---

l'elenco dei fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana<sup>82</sup>.

In base a tali disposizioni, sarebbero soggetti agli obblighi di comunicazione al ROC solo i fornitori soggetti alla giurisdizione italiana, e non anche quelli soggetti alla giurisdizione di altri Stati membri dell'Unione europea o di Stati parti della Convenzione sulle trasmissioni transfrontaliere, anche se i loro servizi fossero ricevibili in Italia.

Non risulta poi chiaro se agli SMA non soggetti ad autorizzazione, ma comunque sotto la giurisdizione italiana, siano applicabili le norme del TUSMA (come, ad esempio, quelle in materia di obblighi di pubblicità o di obblighi di programmazione o investimento in opere europee) e se essi siano comunque rilevanti ai fini delle analisi relative al pluralismo informativo considerato quanto AGCOM afferma in merito al combinato disposto delle norme di cui agli artt. 7 e 12 del Nuovo Regolamento Autorizzazioni. Dalla delibera 295/23/CONS, sembra che AGCOM non ritenga che i servizi esentati da obblighi autorizzativi siano soggetti agli obblighi di registrazione dei programmi. Infatti, nella citata delibera, AGCOM afferma che: «Per quanto concerne l'art. 16 dello schema di Regolamento sottoposto a consultazione nazionale<sup>83</sup>, l'Autorità rappresenta che solo i fornitori titolari di un titolo abilitativo rilasciato dall'Autorità italiana sono tenuti ad ottemperare alle previsioni dell'articolo in parola, [...]».

Per analogia, si potrebbe dedurre che gli obblighi del TUSMA e dei relativi regolamenti attuativi del TUSMA non siano applicabili ai servizi non soggetti ad autorizzazione, e che essi siano al massimo rilevanti per le analisi sul pluralismo informativo (fermi, comunque, i rilievi già espressi in merito alla nozione restrittiva di “palinsesto”)?

La lettera del Nuovo Regolamento Autorizzazioni (art. 17 su “Normativa applicabile”) non sembrerebbe però seguire tale approccio.

Sarebbe utile un chiarimento per eliminare eventuali ambiguità che potrebbero ostacolare lo sviluppo dei servizi, soprattutto quelli più innovativi, e la loro circolazione nel mercato europeo<sup>84</sup>.

Infine, il Nuovo Regolamento Autorizzazioni non tratta espressamente la disciplina dei servizi *pay per view* che, in seguito al TUSMA, non sono inclusi nella nozione di “fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato”. A questo proposito, è pur vero che la nozione di “palinsesto” sembra escludere completamente (quantomeno nel nostro Paese) la: «prestazione, a pagamento, di singoli programmi, o pacchetti di programmi, audiovisivi lineari, con possibilità di acquisto da parte dell'u-

---

<sup>82</sup> Disponibile sul sito AGCOM dal 3 ottobre 2023, cioè in data antecedente rispetto all'adozione della delibera 295/23/CONS. Si noti che la consultazione pubblica, avviata con delibera 105/23/CONS al fine di apportare modifiche al Regolamento relativo al ROC per l'attuazione dell'art. 2, c. 7, del TUSMA, non ha riscontrato contributi da parte dei fornitori di SMA.

<sup>83</sup> Che disciplina gli obblighi relativi alla conservazione delle registrazioni dei programmi (norma che mantiene la stessa numerazione nel Nuovo Regolamento Autorizzazioni).

<sup>84</sup> Si noti che il corretto inquadramento della questione non è privo di conseguenze neppure ai fini del finanziamento di AGCOM. Peraltro, con specifico riguardo al contributo annuale all'AGCOM, quest'ultima sembra ritenere che esso sia «dovuto sia da soggetti che chiedono il rilascio di titoli abilitativi sia da soggetti che non sono tenuti a tali adempimenti; inoltre, il contributo per il finanziamento dell'Autorità è finalizzato ad assicurare la copertura dei costi amministrativi complessivamente sostenuti per l'esercizio delle funzioni di regolazione, di vigilanza, di composizione delle controversie e sanzionatorie attribuite dalla legge all'Autorità e tutti gli operatori del mercato di competenza sono tenuti a contribuire equamente, in maniera commisurata al proprio fatturato, alla copertura di tali oneri» (delibera 295/23/CONS, cit., punto D7., Osservazioni dell'Autorità, 23).

tente anche nei momenti immediatamente antecedenti all'inizio della trasmissione del singolo programma, o del primo programma, nel caso si tratti di un pacchetto di programmi».

Pertanto, i servizi *pay per view* potrebbero rientrare in tale esclusione, ma sarebbe utile un chiarimento aggiuntivo in merito alla loro disciplina nel Nuovo Regolamento Autorizzazioni<sup>85</sup>.

## 6. Il regime sanzionatorio

In linea con le previgenti regolamentazioni dettate da AGCOM, la diffusione di SMA senza la prescritta autorizzazione comporta la sanzione di cui all'art. 1, c. 31, della l. 249/1997, ovvero una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.329 a 258.228 euro. Nella delibera 295/23/CONS, AGCOM chiarisce meglio il regime sanzionatorio, osservando che la l. 249/1997 «costituisce lo strumento a disposizione del regolatore per garantire l'efficacia della propria attività regolamentare e di vigilanza», poiché solo una norma primaria può disporre il presidio sanzionatorio per la violazione delle disposizioni normative e regolamentari, e che: «Conseguentemente, la procedura prevederà l'accertamento della violazione, la sua contestazione e l'eventuale ordine la cui inottemperanza costituisce illecito amministrativo e dà luogo all'applicazione della sanzione»<sup>86</sup>. Pertanto, AGCOM conferma il modello sanzionatorio della “previa diffida”, ovvero l'applicazione della sanzione pecuniaria amministrativa solo in caso di inottemperanza alla sua diffida.

## 7. Conclusioni

Il quadro normativo descritto mantiene, per gli SMA soggetti alla giurisdizione italiana, una certa complessità e frammentarietà almeno in parte dovuta ad un'impostazione del TUSMA che ancora riflette fasi di sviluppo delle trasmissioni terrestri risalenti nel tempo.

Inoltre, non è chiaro se gli SMA non soggetti ad autorizzazione ai sensi del Nuovo Regolamento Autorizzazioni siano tenuti al rispetto degli obblighi previsti dal TUSMA o comunque se siano considerati rilevanti ai fini di tale normativa e, in caso positivo, in che misura.

Per questi ultimi servizi, manca anche una sufficiente chiarezza sulle finalità della notifica e dell'iscrizione al ROC, introducendo elementi di incertezza nel quadro complessivo<sup>87</sup>. In particolare, per gli SMA di altri Stati membri dell'Unione europea, potrebbe-

---

<sup>85</sup> Sui dubbi interpretativi in merito al regime amministrativo applicabile ai servizi *pay per view*, si veda O. Grandinetti, *Decreto legislativo 8 novembre 2021, n.208 – Il testo unico per la fornitura dei servizi di media audiovisivi*, cit., 477.

<sup>86</sup> Delibera 295/23/CONS, cit., punto D11., Osservazioni dell'Autorità, 25.

<sup>87</sup> Con specifico riferimento ai fornitori di SMA ricadenti sotto la giurisdizione di Stati membri dell'Unione europea, il TUSMA o altre norme primarie del nostro ordinamento non sembrano prevedere espressamente un obbligo di iscrizione al ROC, diversamente da quanto stabilito per le imprese

ro sorgere dubbi di legittimità rispetto al diritto dell'Unione europea specialmente alla luce di quanto emerso da un giudizio davanti alla Corte di giustizia, sebbene riguardi fornitori di servizi di intermediazione *online* o di motori di ricerca stabiliti in altri Stati membri dell'Unione europea e ricevibili<sup>88</sup> anche in Italia<sup>89</sup>. Tuttavia, alcune questioni di

concessionarie di pubblicità “sul web e altre piattaforme digitali fisse o mobili” con ricavi in Italia (l. 16 luglio 2012, n. 103, recante: “Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 18 maggio 2012, n. 63 recante disposizioni urgenti in materia di riordino dei contributi alle imprese editrici, nonché di vendita della stampa quotidiana e periodica e di pubblicità istituzionale” ed in particolare l'art. 3, c. 5-*ter*, del d.l. 18 maggio 2012, n. 63), nonché per i fornitori di servizi di intermediazione *online* e per i fornitori di motori di ricerca che offrano servizi in Italia, anche se ivi non stabiliti (art. 1, c. 515, della l. 178/2020 (l. di Bilancio 2021)). Si noti che, quanto alla prima legge, la conseguente delibera 398/13/CONS, “Regolamento per l'organizzazione e la tenuta del registro degli operatori di comunicazione: modifiche ed integrazioni alla delibera n. 666/08/CONS”, è stata oggetto di impugnazione davanti al TAR Lazio, respinta con sentenza del 14 febbraio 2018 n. 1739 (confermata dal Cons. Stato, Sez. II, 5 agosto 2021, n. 5776). Quanto alla seconda legge, la conseguente delibera 200/21/CONS, “Modifiche alla delibera n. 666/08/CONS recante “Regolamento per la tenuta del Registro degli Operatori di Comunicazione” a seguito dell'entrata in vigore della l. 30 dicembre 2020, n. 178, recante “Bilancio di previsione dello stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023”, è stata anche essa oggetto di un ricorso al TAR Lazio (*infra* nota 88).

<sup>88</sup> Tar Lazio, sez. I, 10 ottobre 2023, ord. n. 12834, con la quale sono state sottoposte alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali relative all'obbligo di iscrizione al ROC dei fornitori di servizi di intermediazione *online* e dei fornitori di motori di ricerca, e cioè a dire di soggetti che offrono “servizi della società dell'informazione” cui si applica la direttiva 2000/31/CE. In quest'ultima nozione rientrano quantomeno gli SMA a richiesta, ma in ogni caso le questioni sottoposte alla Corte di giustizia coinvolgono principi che potrebbero essere rilevanti per tutti i Servizi di Media Audiovisivi. L'11 gennaio 2024, l'Avvocato Generale della Corte di giustizia (Maciej Szpunar) aveva esposto le proprie Conclusioni, sostenendo che i provvedimenti adottati in sede nazionale sono contrari al diritto dell'Unione europea (si vedano le Conclusioni Avvocato Generale nelle cause da C-662/22 a C-667/22). La Corte di giustizia si è pronunciata il 30 maggio 2024 affermando, tra le altre cose, che: «Conformemente al principio del mutuo riconoscimento, spetta a ciascuno Stato membro, in quanto Stato membro di destinazione di servizi della società dell'informazione, non limitare la libera circolazione di tali servizi esigendo il rispetto di obblighi aggiuntivi, rientranti nell'ambito regolamentato, che esso avesse adottato» (§ 60); «L'articolo 3 della direttiva 2000/31 osta, fatte salve le deroghe autorizzate alle condizioni previste al paragrafo 4 di tale articolo, a che il prestatore di un servizio della società dell'informazione che intenda prestare tale servizio in uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio è stabilito sia soggetto a prescrizioni rientranti nell'ambito regolamentato imposte da tale altro Stato membro» (§ 61); «Nel caso di specie, è pacifico che le misure nazionali controverse, nei limiti in cui prescrivono, a pena di sanzioni, l'adempimento degli obblighi di cui al punto 32 della presente sentenza a carico dei fornitori di servizi di intermediazione online e di motori di ricerca online stabiliti in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana, impongono agli stessi di soddisfare condizioni diverse da quelle richieste nel loro Stato membro di stabilimento» (§ 62); «Contrariamente a quanto sostiene il governo italiano, obblighi come quelli previsti dalle misure nazionali controverse costituiscono prescrizioni riguardanti l'esercizio dell'attività di servizi della società dell'informazione, cosicché tali obblighi rientrano nell'«ambito regolamentato», ai sensi dell'articolo 2, lettera h), della direttiva 2000/31» (§ 67). «Di conseguenza, l'articolo 3 della direttiva 2000/31 osta a misure adottate da uno Stato membro in forza delle quali, a pena di sanzioni, i fornitori di servizi di intermediazione online e di motori di ricerca online, stabiliti in un altro Stato membro, sono obbligati, al fine di prestare i loro servizi nel primo Stato membro, a iscriversi in un registro tenuto da un'autorità di tale Stato membro, a comunicare a quest'ultima una serie di informazioni dettagliate sulla loro organizzazione, nonché a versare alla stessa un contributo economico, salvo che dette misure non soddisfino le condizioni previste al paragrafo 4 di tale articolo 3.» (§ 68).

<sup>89</sup> Alcuni profili di analisi potrebbero riguardare la compatibilità delle norme nazionali che impongono la registrazione al ROC per gli SMA non lineari di fornitori legittimamente stabiliti, autorizzati ed esercenti in un altro Stato appartenente all'Unione europea (combinato disposto art. 7, c. 2 e 3, del Nuovo Regolamento Autorizzazioni), con la direttiva (UE) 2015/1535 «che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione», nella misura in cui tale obbligo non sia stato preventivamente comunicato alla

fondo potrebbero essere considerate comuni e meritare un ulteriore approfondimento, al fine di garantire una maggiore chiarezza e coerenza nel quadro normativo relativo agli SMA.

Più in generale, dopo l'adozione del Regolamento europeo sulla libertà dei media e in attesa della sua applicazione (art. 29), il regime amministrativo relativo agli SMA potrebbe richiedere una revisione complessiva per ulteriori raffinamenti, considerando i principi di giustificazione oggettiva, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità espressi nello stesso Regolamento, nonché le modifiche ed integrazioni apportate alla Direttiva SMA.

---

Commissione UE ai sensi dell'art. 5, c. 1, di tale direttiva. Infatti, sono esclusi dal campo di applicazione di quest'ultima direttiva solo gli SMA lineari (art. 1, c. 2, lett. *b*)), oltre ai servizi di radiodiffusione sonora. Inoltre, seppure priva di valore vincolante, la "Guida alla procedura di informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione" annovera, tra gli esempi di misure che possono costituire una regola per i servizi della società dell'informazione, le «misure relative alle condizioni per esercitare un'attività *online*» quali, a titolo esemplificativo, i «requisiti di registrazione».

---

# Note a sentenza

# Costituzione e neo-fascismo: quando il saluto fascista è reato?

Salvatore Curreri

Corte di Cassazione, sez. un. penali, 17 aprile 2024, n. 16153

La condotta, tenuta nel corso di una pubblica riunione, consistente nella risposta alla “chiamata del presente” e nel cosiddetto “saluto romano” integra il delitto previsto dall’art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo alle circostanze del caso, sia idonea ad attingere il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disp. trans. fin. Cost; tale condotta può integrare anche il delitto, di pericolo presunto, previsto dall’art. 2, comma 1, d.I. n. 122 del 26 aprile 1993, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ove, tenuto conto del significativo contesto fattuale complessivo, la stessa sia espressiva di manifestazione propria o usuale delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’art. 604-bis, secondo comma, cod. pen. (già art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654)

## Keywords

apologia – saluto romano – reati d’opinione – libertà di manifestazione del pensiero – neo-fascismo

---

Fare il saluto romano o rispondere alla “chiamata del presente” è reato di pericolo astratto, e quindi sussistente sempre e comunque, oppure di pericolo concreto, e quindi basato sulle circostanze? Se reato, lo è perché manifestazione usuale del disciolto partito fascista (art. 5 legge n. 645/1952 c.d. Scelba) oppure di gruppi che, al pari di quelli fascisti, hanno tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 2 legge n. 205/1993 c.d. Mancino)? Questi due reati sono concorrenti tra loro oppure il secondo deroga, quale norma speciale, il primo?

Sono questi gli interrogativi che le Sezioni unite penali della Cassazione hanno sciolto con la sentenza n. 16153 del 18 gennaio 2024, le cui motivazioni sono state depositate lo scorso 17 aprile. Una sentenza attesa: sia dagli operatori del diritto, considerate le divergenti posizioni esistenti su tali temi in dottrina, specie tra i costituzionalisti, alimentate anche da oscillanti pronunce delle diverse sezioni della Cassazione (da qui il ricorso alle sezioni unite); sia dalla politica, le cui invero mai sopite polemiche circa la natura e la portata antifascista della nostra Costituzione hanno trovato nuova linfa con l’ascesa alla guida del governo del Paese del partito orgogliosamente erede del

Movimento Sociale Italiano-Destra Nazionale, specie allorquando i suoi esponenti, in ragione delle cariche istituzionali ricoperte, sono chiamati a prendere posizione in occasione di talune celebrazioni ufficiali particolarmente evocative, come la Festa della Liberazione del 25 aprile.

La linea di divisione è netta: da una parte chi considera le manifestazioni di idee, ritualità e simboli fascisti, fintantoché tali, protette dalla libertà d'espressione (art. 21 Cost.); dall'altra, chi le giudica illegittime alla luce di una Costituzione che vieta la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista (XII disposizione finale) e mette al bando ideologie discriminatorie lesive della dignità sociale e dell'eguaglianza della persona (artt. 2 e 3 Cost.).

Una divisione che rimanda ad un interrogativo di fondo, un tempo forse teorico ma oggi purtroppo quanto mai attuale: come può una democrazia difendersi dai suoi nemici senza tradire sé stessa?

Al riguardo, la nostra non è certo una democrazia neutra o imbellè che paradossalmente dà "ai suoi nemici mortali gli strumenti con i quali essere distrutta" (Goebbels) perché se si è tolleranti con gli intolleranti "i tolleranti saranno distrutti e la tolleranza con essi" (Popper). Ma non è nemmeno una democrazia protetta che per difendersi dai suoi nemici, può abusare dei suoi poteri fino al punto di adottarne i metodi, con il rischio che, in nome della difesa del pluralismo, lo si limiti per reprimere quel dissenso che invece ne costituisce l'essenza. La democrazia può combattere i suoi nemici ma "con una mano legata dietro la schiena".

Tra questi due estremi, la nostra è piuttosto una democrazia aperta perché, al contrario ad esempio della Germania, i diritti fondamentali possono essere esercitati anche per fini contrari a Costituzione, a patto che – ed è questo il limite invalicabile – non si ricorra o si trascenda nella violenza. Non si tratta di un'astratta sottigliezza giuridica che finisce per sottovalutare la gravità politica del problema ma della necessaria individuazione in democrazia del confine oltre cui il dissenso, in forma singola o associata, diventa reato.

La nostra Costituzione antifascista individua tale punto di equilibrio nel modo in cui i diritti vengono esercitati, non nella loro finalità. Se la si legge in modo sistematico, ci si può rendere conto di come sia molto più liberale ed aperta di come a volte la si voglia intendere e propagandare. Così: le riunioni sono vietate non per quel che si discute ma quando non pacifiche e senz'armi; le associazioni sono vietate non per i fini perseguiti, tranne che lo siano già al singolo dalla legge penale, ma se agiscono in modo segreto o hanno una organizzazione di carattere militare; la libertà d'espressione incontra il limite esplicito del buon costume, anziché dell'ordine pubblico ideale e, di conseguenza, quello implicito del reale e concreto pericolo che dalle parole si passi all'azione violenta; i partiti devono agire non per un fine ma con "metodo democratico" (per questo non sono stati mai messi fuori legge il partito monarchico o la Lega Nord quando mirava all'indipendenza della Padania); per motivi politici non si può perdere la cittadinanza, e quindi il diritto d'elettorato attivo o passivo; infine, il dovere di fedeltà alla Repubblica e alla Costituzione non impone un fine "funzionale" all'esercizio dei diritti fondamentali. Ne scaturisce un disegno inclusivo (pochi lo ricordano ma sempre la XII disposizione finale ha interdetto dal diritto di voto attivo e passivo i

capi responsabili del regime fascista solo per i primi cinque anni di vita repubblicana) che si è rivelato alla lunga storicamente vincente perché ha preferito integrare nella dialettica democratica e parlamentare le forze antisistema (dai monarchici ai missini), anziché metterle fuori legge.

In questa prospettiva, le risposte dei giudici della Cassazione alle questioni poste non tradiscono le attese. Esse s’inseriscono nel solco di una giurisprudenza costituzionale che, sin dalle sue primissime sentenze, ha chiarito che “l’apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista” (Corte cost., sentenza n. 1/1957) e che le manifestazioni fasciste vanno punite solo se idonee “a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste” (sentenza n. 74/1958).

Entro tali coordinate costituzionali, le leggi Scelba e Mancino identificano due distinte ipotesi di reato. Entrambe puniscono le manifestazioni tenute in pubbliche riunioni ma per finalità diverse: la legge Scelba per evitare la ricostituzione del partito fascista, vietata dalla Costituzione, preservando l’ordinamento da condotte che possano mettere in pericolo i fondamenti anche istituzionali; la legge Mancino per evitare che organizzazioni, movimenti o gruppi incitino alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, erodendo i valori costituzionali di solidarietà, dignità ed eguaglianza.

Le due ipotesi di reato sono altresì diverse per la natura del pericolo che intendono reprimere. Il reato di manifestazioni usuali del disciolto partito fascista è di pericolo concreto e non astratto; esso, pertanto, ricorre solo se effettivamente idoneo e funzionale alla sua riorganizzazione. Il che significa, nel caso in specie, che il saluto romano non è reato in sé ma solo quando, alla luce delle specifiche circostanze in cui è compiuto, vi è la seria probabilità che sia effettuato con l’obiettivo di ricostituire il disciolto partito fascista. Il che – notano significativamente i giudici - non può escludersi a priori possa in futuro verificarsi anche in occasioni finora commemorative, come quelle annuali ad Acca Laurentia o a Predappio. Certo, questo significa permettere al giudice di valutare discrezionalmente le circostanze specifiche, anche di tempo e di luogo, in cui le manifestazioni usuali del disciolto partito fascista vengono compiute. Ma l’eliminazione di presunzioni assolute di reato è una dimensione ineliminabile dell’applicazione del diritto, come la Corte costituzionale, in questo come in altri ambiti, non ha mai mancato di ricordare.

Di contro, il reato di diffusione di idee discriminatorie è un reato di pericolo astratto, perché commesso da aggregazioni sociali, anche estemporanee, che proprio per la loro consistenza hanno maggiore capacità rispetto al singolo di diffondere tali idee e che, per questo motivo, il legislatore ha ritenuto preventivamente e presuntivamente pericolose. Si tratta di una precisazione molto importante perché ciò significa che per i giudici il saluto romano, anche se non finalizzato alla ricostituzione del partito fascista, può comunque costituire reato se vi è la presuntiva possibilità, e non anche la probabilità, che tramite esso tali gruppi vogliano diffondere idee discriminatorie. Per quanto i giudici, temendo processi alle intenzioni, precisino che il “pericolo presunto” deve comunque coniugarsi con il principio di offensività, rimane forte il dubbio se un

reato di pericolo astratto si ponga in contrasto con la libertà d'espressione. Questione invero su cui, proprio in relazione alla legge Mancino, la Corte costituzionale non ha avuto mai occasione di pronunciarsi.

È ben possibile, dunque, che il saluto romano possa essere punito per entrambi i reati. "Anzitutto", scrivono i giudici, esso è fisiologicamente riconducibile alle usuali manifestazioni fasciste che però – come scritto - sono punite solo se vi è il pericolo concreto di ricostituire, tramite esso, il relativo partito. A tal fine, il giudice deve valutare complessivamente "la sussistenza degli elementi di fatto", quali ad esempio "il contesto ambientale, la eventuale valenza simbolica del luogo di verifica, il grado di immediata, o meno, ricollegabilità dello stesso contesto al periodo storico in oggetto e alla sua simbologia, il numero dei partecipanti, la ripetizione insistita dei gesti, ecc.) idonei a dare concretezza al pericolo".

Oltretutto ai sensi della legge Scelba, il saluto romano può essere punito anche in base alla legge Mancino "a fronte di determinati presupposti" che inducano a ritenere che si tratti di un gesto che, seppur in un ambito diverso da quello fascista, evochi simbolicamente idee di intolleranza e di discriminazione razziale promosse a livello non individuale ma associativo. Su quest'ultimo punto ci sia però consentito un ulteriore dubbio: è possibile perseguire il saluto romano come manifestazione discriminatoria solo se di un gruppo e non di un singolo se, per Costituzione (art. 18), vi deve essere corrispondenza tra ciò che è vietato al singolo e ciò che è vietato in forma associata? In altri termini, è costituzionale una legge che vieta una condotta solo se posta in essere da un gruppo di persone anziché da una sola?

In conclusione, sarebbe certamente sbagliato trarre da tale sentenza un segnale a favore di un minore livello di attenzione verso gli attuali rigurgiti fascisti, benché invero limitati a frange assolutamente minoritarie e marginali della nostra società. Occorre anzi evitare di correre il rischio che, come scriveva Ovidio, "la cura venga somministrata tardi, quando i mali, per eccessivi indugi, hanno acquistato vigore". Anzi da questo punto di vista, è opportuno chiedersi perché, di fronte ad accadimenti simili a quelli che portarono allo scioglimento di Ordine Nuovo (1973) e Avanguardia Nazionale (1976), come l'assalto alla sede della CGIL del 9 ottobre 2021, non si sia decisi ad intervenire energicamente contro Forza Nuova.

Di contro, è certamente troppo sperare che gli antifascisti in servizio permanente che, talora ossessivamente, vorrebbero bandire dallo spazio pubblico ogni anche più innocuo riferimento al fascismo (talora anche tramite preventive dichiarazioni di abiura per poter svolgere riunioni in luoghi pubblici) condividano il senso e il significato profondo di questa sentenza, che anzi contribuirà prevedibilmente a rinfocolare le consuete polemiche.

A noi basta rilevare che tale sentenza si radichi profondamente nella matrice certo antifascista, ma proprio per questo anche liberale e democratica della nostra Costituzione per la quale le idee, finché rimangono tali e non abbiano un concreto contenuto offensivo e una carica istigatrice alla violenza, si combattono con le idee, e non con il carcere.

# Il giornalismo d'inchiesta tra verità e deontologia: un'analisi dell'ordinanza n. 30522/23 della Corte di Cassazione\*

Giulia Napoli

Corte di cassazione, sez. I civ., 3 novembre 2023, n. 30522

In tema di diffamazione a mezzo stampa, nel c.d. giornalismo d'inchiesta – che ricorre allorché il giornalista non si limiti alla divulgazione della notizia ma provveda egli stesso alla raccolta della stessa dalle fonti, attraverso un'opera personale di elaborazione, collegamento e valutazione critica, al fine di informare i cittadini su tematiche di interesse pubblico – il requisito della verità (anche putativa) va inteso in un'accezione meno rigorosa, implicando una valutazione non tanto dell'attendibilità e della veridicità della notizia, quanto piuttosto il rispetto dei doveri deontologici di lealtà e buona fede gravanti sul giornalista (nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che, in relazione a un articolo contenente un'inchiesta giornalistica sulla gestione dei voli di Stato, aveva ritenuto diffamatorie le notizie divulgate in merito all'alto ufficiale posto a capo della relativa organizzazione – definito, tra l'altro “*dominus*” e “*boiardo dei cieli*” -, omettendo di considerare che le suddette notizie erano state autonomamente acquisite dall'autore, attraverso fonti riservate ed ufficiali e riesaminando documenti pubblici o già noti, e che i relativi elementi di indagine erano stati, poi, posti a base di provvedimenti giurisdizionali successivi).

## Sommario

1. Introduzione. – 2. I fatti oggetto di causa e lo svolgimento dei primi due gradi di giudizio. – 3. Il giornalismo d'inchiesta nella giurisprudenza della Corte di cassazione: dove eravamo rimasti. – 4. La prospettiva della Corte di cassazione: il particolare statuto del giornalismo d'inchiesta. – 5. La deontologia quale argine alla diffamazione a mezzo stampa. – 6. Osservazioni conclusive.

## Keywords

diffamazione, giornalismo d'inchiesta, verità putativa, diritto di cronaca e di critica, deontologia professionale.

\* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

## 1. Introduzione

Con l'ordinanza che si annota, la Corte di Cassazione è tornata ad affrontare il tema del giornalismo d'inchiesta, fornendone una definizione che si rivela in parziale discontinuità con i precedenti della giurisprudenza di legittimità.

La decisione, in particolare, amplia i confini interpretativi del concetto di "inchiesta", affermando che possa definirsi tale anche la mera «autonoma valutazione critica», da parte del giornalista, di circostanze note e di pubblico dominio, senza la necessità di svolgere in prima persona le attività investigative tipiche di tale peculiare fattispecie giornalistica.

Secondo la Corte, pertanto, perché la pubblicazione di una notizia lesiva della reputazione del soggetto a cui si riferisce sia scriminata nell'ambito di quello che può essere definito "giornalismo d'inchiesta", sarà sufficiente che il giornalista, nello svolgimento della propria attività, sia guidato ad esempio dal sospetto di illeciti che «non siano obiettivamente del tutto assurdi», abbia attinto alla notizia ispirandosi ai «criteri etici e deontologici della sua attività professionale»<sup>1</sup>.

## 2. I fatti oggetto di causa e lo svolgimento dei primi due gradi di giudizio

L'ordinanza n. 30522/23 della I sezione civile della Cassazione riguarda il caso di un ex Comandante dell'aeronautica militare, divenuto poi dirigente della Presidenza del Consiglio e amministratore della società "Compagnia Aerea Italiana" ("Cai"), che riteneva di essere stato diffamato a mezzo stampa.

In particolare, tale dirigente lamentava di essere stato descritto con termini offensivi in un articolo pubblicato dal settimanale "L'Espresso" – appartenente al gruppo editoriale GEDI S.p.A., anch'esso convenuto – nell'ambito di un'inchiesta sulla gestione dei voli di Stato e sull'attività della sopramenzionata Compagnia.

Stando alla ricostruzione prospettata dal settimanale, l'ex Comandante, nella sua veste di amministratore della Cai, sarebbe stato il soggetto preposto alla gestione della flotta aerea destinata all'uso dei servizi segreti e di non meglio precisate «personalità politiche»<sup>2</sup>. Lo "j'accuse" lanciato dall'autore dell'articolo si sostanziava nell'impiego della locuzione «boiardo dei voli di Stato» con la quale l'attore era descritto: a lui veniva ricondotto il potere di decidere, con ampia discrezionalità, i tempi e i modi dei voli della "casta", attraverso la concessione (o il diniego) dell'autorizzazione al decollo.

L'ex pilota si difendeva dalle accuse contenute nell'articolo agendo in giudizio innanzi al Tribunale di Roma, al quale chiedeva la condanna dell'editore e del giornalista al risarcimento dei danni arrecati alla propria reputazione, derivanti dalla pubblicazio-

---

<sup>1</sup> § 2.2. dell'ordinanza in commento.

<sup>2</sup> È tutt'ora possibile consultare una trascrizione dell'articolo contestato: G. Di Feo, *Volo gratis e segreto (come ti frego rigor montis) – supermario tarpa le ali ai politici amanti che fino all'anno scorso viaggiavano ovunque in aereo con i soldi dei contribuenti grazie al funzionario Raffaele Di Loreto, "scoperto" da Craxi – ma ecco la genialità dell'uomo del Monti: da oggi i voli di Stato vanno pubblicati online – dramma? Macché: Di Loreto mette a disposizione gli aerei dei servizi segreti*, in *Dagospia.com*, 16 marzo 2012.

ne dello stesso. Il Tribunale, tuttavia, respingeva la domanda risarcitoria formulata, rilevando che l'articolo contestato fosse riconducibile alla fattispecie del giornalismo investigativo, poiché esso riportava gli esiti di una complessa inchiesta su questioni di interesse pubblico.

Secondo la motivazione del giudice del primo grado, al giornalista che conduce un'inchiesta, infatti, doveva essere riconosciuta e garantita una diversa applicazione di alcune delle norme fondamentali sull'esercizio del diritto di cronaca giornalistica: da un lato, il rispetto del requisito della verità della notizia doveva essere interpretato in modo meno rigoroso, essendo sufficiente la sussistenza della verità anche solo "putativa" del fatto; dall'altro, l'apprezzamento da parte del giornalista sull'attendibilità della fonte dalla quale aveva tratto la notizia poteva essere meno attento e scrupoloso. Ritenendo che tali condizioni fossero state rispettate, il Tribunale rigettava la domanda risarcitoria promossa dall'ex Comandante, che dunque promuoveva appello.

All'esito del giudizio di secondo grado, la Corte d'appello di Roma riteneva al contrario non integrata la scriminante e, dunque, riformava la sentenza condannando giornalista ed editore in solido al risarcimento del danno non patrimoniale subito dall'appellante. La Corte d'appello muoveva dall'espressa menzione della celebre "sentenza decalogo" della Cassazione, che oltre quarant'anni fa ha fissato i presupposti per poter invocare la scriminante del corretto esercizio del diritto di cronaca: utilità sociale dell'informazione, corrispondenza al vero dei fatti narrati e forma civile nell'esposizione<sup>3</sup>.

Accertato il rispetto del primo dei tre requisiti, secondo il giudice del gravame lo scritto non rispondeva al criterio della verità, neppure nell'accezione putativa della stessa, e integrava altresì una violazione reiterata del principio di continenza.

La stessa Corte, procedendo alla disamina dei principi di matrice giurisprudenziale in materia di scriminante in tema di "giornalismo d'inchiesta", considerava quest'ultima non applicabile alla fattispecie in esame poiché il giornalista – e ciò merita particolare rilievo – non aveva compiuto quelle autonome attività d'indagine che la giurisprudenza consolidata individua come presupposto ineludibile per poter accedere a tale qualificazione.

Stando alla prospettiva della Corte d'appello (in linea, del resto, con quella fino ad allora adottata anche dalla Cassazione), per poter invocare la particolare declinazione del diritto di cronaca applicato al giornalismo d'inchiesta, la pubblicazione dello scritto avrebbe dovuto essere preceduta dalla acquisizione autonoma di tutti i fatti menzionati nell'articolo senza la mediazione di altre fonti; nel caso di specie risultava invece che il giornalista avesse attinto le informazioni da inchieste giudiziarie o da altri resoconti giornalistici, cioè da fonti mediate che, proprio in quanto tali, stando sempre alla ricostruzione della Corte d'appello, avrebbero richiesto la meticolosa verifica della loro attendibilità.

Avverso tale decisione, i convenuti proponevano ricorso per Cassazione, adducendo sei differenti motivi<sup>4</sup>. Con le prime tre censure, essi lamentavano la violazione e la

---

<sup>3</sup> Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259.

<sup>4</sup> Con la terza censura, tra l'altro, i ricorrenti lamentavano altresì l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che era stato oggetto di discussione tra le parti, che nello specifico era costituito dall'articolo oggetto del procedimento. Con gli ulteriori tre motivi, infine, i ricorrenti contestavano la

falsa applicazione degli artt. 21 Cost., 2043 c.c., nonché degli artt. 51 e 595 c.p. e 11 della Legge sulla stampa<sup>5</sup>, in relazione al rispetto del parametro della verità dei fatti nell'ambito delle inchieste giornalistiche, ai principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di esercizio del diritto di critica e alla modalità di valutazione di uno scritto di cui si contesta la natura diffamatoria.

### **3. Il giornalismo d'inchiesta nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: dove eravamo rimasti**

La decisione in commento si pone nel solco di un'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità sul giornalismo d'inchiesta, della quale si ribadiscono i tratti essenziali e, al contempo, si precisano i contenuti. In particolare, la Cassazione riconosce la rilevanza del ruolo svolto dal giornalismo d'inchiesta che, oltre a rappresentare la forma «più alta e nobile dell'attività di informazione»<sup>6</sup>, diviene fondamentale nella stimolazione del dibattito e nella formazione dell'opinione pubblica.

Proprio in virtù del ruolo riconosciuto a questa particolare declinazione di giornalismo e, allo stesso modo, in virtù anche delle attività investigative svolte dal professionista al fine di acquisire le notizie, già da tempo la Corte ha ritenuto necessario operare una distinzione in relazione ai limiti che regolano in via generale l'esercizio del diritto di cronaca e di critica<sup>7</sup>. Nello specifico, i giudici di legittimità hanno stabilito che il giornalismo d'inchiesta debba essere valutato secondo una «meno rigorosa, e comunque diversa, applicazione della condizione di attendibilità della fonte della notizia»<sup>8</sup>, perché ricercata direttamente e autonomamente dal giornalista e non «mediata dalla ricezione "passiva" di informazioni esterne»<sup>9</sup>. Secondo la prospettiva maturata nel tempo dalla Corte di Cassazione, la condizione per scriminare l'attività del giornalista d'inchiesta consiste allora nel fatto che, nell'acquisizione della notizia, lo stesso debba «ispirarsi ai criteri etici e deontologici della sua attività professionale»<sup>10</sup>.

La Corte di Cassazione, pertanto, ha tracciato e consolidato nel tempo un orientamento ben definito, sempre pressoché unanime: la valutazione circa la veridicità e l'attendibilità della notizia direttamente acquisita dal giornalista può essere meno rigorosa, ma nell'esercizio di tale attività egli deve essere guidato dai criteri etici e deontologici propri della sua professione.

Anche nell'ordinanza in esame la Corte ribadisce a più riprese tali assunti ma, come si

---

ritenuta sussistenza del danno non patrimoniale accertato dalla Corte d'appello, nonché i capi della sentenza con cui la stessa Corte aveva condannato i ricorrenti al pagamento della pena pecuniaria di cui all'art. 12 della l. 47/1948, e a pubblicare la pronuncia emessa.

<sup>5</sup> L. 47/1948.

<sup>6</sup> Cass. civ., sez. III, 9 luglio 2010, n. 16236.

<sup>7</sup> Limiti, come si è già fatto cenno, fissati a partire dalla celeberrima Cass. civ., sent. 5259/1984 e poi ribaditi costantemente da una consolidatissima giurisprudenza.

<sup>8</sup> Tra le altre, Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1205 e la già citata Cass. civ., sent. 16236/2010.

<sup>9</sup> Cass. civ., sez. XVIII, 14 dicembre 2022, n. 18434.

<sup>10</sup> Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2021, n. 4036.

vedrà di seguito, ne amplifica ed estende i confini.

### **4. La prospettiva della Corte di Cassazione: il particolare statuto del giornalismo d'inchiesta**

Con l'ordinanza in commento, la Corte di Cassazione accoglie i primi tre motivi di ricorso e cassa con rinvio la sentenza impugnata.

Nel motivare tale pronuncia, la Suprema Corte ribadisce la propria interpretazione del concetto di “giornalismo d'inchiesta” riconducendolo all'art. 21 della Costituzione e, in particolare, al diritto di cronaca. Tuttavia, pur confermando il proprio orientamento rispetto alla liceità del giornalismo d'inchiesta, in quest'occasione la Corte ne descrive l'ambito di applicazione in modo piuttosto ampio, al di là di quelli finora tipicamente riconosciuti dalla sua stessa giurisprudenza anteriore.

Secondo la Cassazione, ciò che contraddistingue il giornalismo investigativo è l'apprrensione immediata delle notizie, che avviene «autonomamente, direttamente e attivamente da parte del professionista, senza la mediazione di fonti esterne»<sup>11</sup> e, quindi, senza l'intervento di un soggetto terzo.

Proprio in ragione di tale – fino ad ora – imprescindibile caratteristica, i giudici di legittimità hanno da sempre riconosciuto a tale forma di giornalismo una «meno rigorosa e comunque diversa» applicazione dei limiti enucleati dalla sentenza “decalogo”, ritenendo che, proprio per l'assenza di mediazione da parte di fonti terze, i parametri di valutazione dell'attività di verifica compiuta dal giornalista in merito all'attendibilità della propria fonte debbano essere meno rigidi<sup>12</sup>.

Nel sostenere tale assunto, la Corte di Cassazione, tuttavia, conferma l'importanza di un elemento assai significativo: la deontologia professionale. Il giornalista, infatti, nell'attingere alla fonte della notizia, dovrà ispirarsi ai criteri etici e deontologici propri della sua attività.

In tale ambito, la Corte richiama espressamente i precetti stabiliti dalla Carta dei doveri del giornalista – approvata dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei giornalisti e dalla Federazione Nazionale della Stampa Italiana l'8 luglio 1993 –, e dall'Ordinamento della professione di giornalista, introdotto dalla legge 3 febbraio 1963 n. 69.

Come anticipato nel precedente paragrafo, il richiamo al rispetto dei principi stabiliti dalle norme di deontologia professionale non rappresenta una novità nell'orizzonte giurisprudenziale, essendo ormai molteplici le pronunce intervenute a conferma di tale orientamento. In particolare, alcuni recenti sentenze evidenziano che la giurisprudenza della Corte di Cassazione «riconosce ampia tutela ordinamentale al giornalismo d'inchiesta, il quale implica il minor rigoroso apprezzamento della veridicità della notizia e valorizza il rispetto dei doveri deontologici di lealtà e di buona fede»<sup>13</sup> e che sia proprio

---

<sup>11</sup> Cass. civ., sez. I, ord. 27 ottobre 2023, n. 30522, § 2.2.

<sup>12</sup> G. E. Vigevari, *L'informazione e i suoi limiti: il diritto di cronaca*, in G. E. Vigevari - O. Pollicino - C. Melzi d'Eril - M. Cuniberti - M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2022, 34.

<sup>13</sup> Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2021, n. 4036. Del medesimo orientamento, si vedano anche App. Milano, sez. II, 3 ottobre 2023, n. 2803; Cass. civ., sent. 16236/2010, cit.

l'osservanza di tali precetti ad assumere rilevanza<sup>14</sup>.

Dopo aver ribadito tale orientamento, i giudici di legittimità fanno leva su un ulteriore principio, ad esso conseguente e complementare: «è scriminato il giornalista che eserciti la propria attività mediante la denuncia di sospetti di illeciti»<sup>15</sup>.

Perché l'inchiesta non si sostanzi in un'invettiva gratuita e infamante, il giornalista dovrà fondare la propria indagine su questioni di interesse generale che egli ritenga meritevoli di approfondimento anche giudiziario, in quanto integranti possibili violazioni di legge. Tali sospetti, inoltre, dovranno essere da lui motivati e argomentati «sulla base di elementi obiettivi e rilevanti» – la cui sussistenza dovrà essere valutata caso per caso dal giudice di merito – e dovranno altresì rispettare il requisito di continenza<sup>16</sup>.

Tuttavia, il passaggio forse più rilevante e inedito del ragionamento della Corte attiene all'interpretazione dei concetti di “inchiesta” e di “attività investigativa”. La Corte, invero, per la prima volta afferma che, affinché possa ritenersi integrata la fattispecie del giornalismo d'inchiesta – e come tale scriminata la condotta –, sarà sufficiente che il giornalista ponga in essere una mera valutazione critica di dati e notizie anche già noti ed esistenti, senza che vi sia la necessità di svolgere in prima persona le attività investigative, come ad esempio l'ascolto di conversazioni ritenute rilevanti, l'assunzione diretta di testimonianze di persone informate sui fatti o la ricerca e l'utilizzo di documenti inediti; piuttosto, per qualificare uno scritto quale “inchiesta” risulterà sufficiente l'interpretazione inedita, da parte del giornalista, degli atti e dei documenti ottenuti, anche se questi siano stati acquisiti da terzi<sup>17</sup>.

In sostanza, sarà considerata quale inchiesta giornalistica (e, dunque, beneficerà dell'applicazione meno severa dei requisiti che governano il diritto di cronaca) anche l'attività del giornalista che, venuto a conoscenza di fatti di interesse pubblico, abbia compiuto «ogni diligente accertamento per verificare la verosimiglianza dei fatti riferiti»<sup>18</sup> (non più, dunque, necessariamente acquisiti in via diretta dallo stesso) e abbia ritenuto sussistente, in conseguenza di tale valutazione, anche il mero “sospetto di illeciti”.

Per tali ragioni, come anticipato, con la pronuncia in commento la Corte ha riconosciuto la fondatezza delle doglianze del giornalista ricorrente, giungendo a una valutazione opposta a quella effettuata dalla Corte d'appello di Roma.

## **5. La deontologia quale argine alla diffamazione a mezzo stampa**

Nell'ordinanza in esame, la Suprema Corte afferma a più riprese che il giornalismo

---

<sup>14</sup> In questo senso, Cass. civ., sez. III, 11 luglio 2023, n. 19611, nella quale si afferma: «nel giornalismo d'inchiesta occorre valutare non tanto l'attendibilità e la veridicità della notizia quanto piuttosto il rispetto dei doveri deontologici di lealtà e buona fede».

<sup>15</sup> § 2.3 della pronuncia in esame, nel quale si cita, tra le altre, la già menzionata Cass. civ., sent. 19611/2023.

<sup>16</sup> *Ibidem*, § 2.3 della pronuncia in esame, nel quale si menziona, in particolare, la già citata Cass. civ., sent. 27592/2019.

<sup>17</sup> § 2.6.

<sup>18</sup> Cass. civ., sent. 27592/2019, cit.

## Note a sentenza

d'inchiesta, al pari di ogni altra forma di giornalismo, deve garantire il rispetto della persona, della sua dignità e della sua riservatezza e deve ispirarsi ai criteri etici e deontologici della sua attività professionale<sup>19</sup>.

Nella ricostruzione della Corte, perché possa dirsi scriminato – e, quindi, tutelato – l'esercizio dell'attività d'inchiesta giornalistica che leda la reputazione di un soggetto, risulta fondamentale il rispetto dei precetti imposti dalle norme di settore. In particolare, esigere il rispetto di tali “doveri deontologici” significa chiedere l'applicazione della legge professionale n. 69/1963 e della Carta dei doveri del giornalista, per le quali appare necessaria una precisazione.

Innanzitutto, occorre rilevare che la legge professionale n. 69/1963 enuclea i doveri in modo particolarmente generico: invero, tale legge si limita a prescrivere l'osservanza delle «norme di legge dettate a tutela della personalità altrui», l'«obbligo inderogabile» del «rispetto della verità sostanziale dei fatti», i «doveri imposti dalla lealtà e dalla buona fede»<sup>20</sup>.

In secondo luogo, è opportuno ricordare che la Carta dei doveri del giornalista non costituisce neppure un atto legislativo, trattandosi invece di uno strumento di auto-regolazione privatistica volto a disciplinare l'attività degli appartenenti all'Ordine dei giornalisti.

Con l'ordinanza in commento, tuttavia, la Corte conferma la tendenza a considerare testi di questo tipo anche al di fuori dell'ambito strettamente deontologico-privatistico, facendovi così assumere in concreto tratti simili a quelli di vere e proprie fonti del diritto<sup>21</sup>. Gli obblighi imposti da una carta deontologica dovrebbero in effetti vincolare solo chi, nell'esercizio della propria autonomia, abbia scelto di aderirvi attraverso l'iscrizione all'Ordine, e la violazione di tali doveri dovrebbe assumere rilievo solo dinanzi agli organi disciplinari dell'Ordine stesso; tuttavia, in verità la Carta dei doveri si rivela capace di orientare – come nel caso di specie – anche l'autorità giurisdizionale, civile e penale, nella valutazione del corretto esercizio del diritto di cronaca<sup>22</sup>.

Pertanto, nell'accertare se la diffusione a mezzo stampa di una notizia diffamatoria debba essere scriminata in quanto ascrivibile alla *species* del giornalismo d'inchiesta (e quindi in virtù del bilanciamento operato tra il diritto del singolo e il diritto della collettività a essere informata), il giudice dovrà anche valutare l'avvenuto rispetto, da parte dell'autore del servizio o dello scritto, dei doveri deontologici sanciti dalle ricordate norme di settore.

<sup>19</sup> Nell'affermare tale assunto, l'ordinanza in commento poggia su alcuni precedenti della Corte stessa. In particolare, Cass. civ., sent. 16236/2010, in *Foro it.*, I, 2010, 2667.

<sup>20</sup> L. 69/1963, art. 2.

<sup>21</sup> M. Cuniberti, *La professione del giornalista*, in G. E. Vigevani - O. Pollicino - C. Melzi d'Eril - M. Cuniberti - M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, cit., 273.

<sup>22</sup> Si tratta di una tendenza che non emerge solo nella vicenda in esame. V. anche, ad es., la recente Cass. civ., ord. 19611/2023: «nel “giornalismo d'inchiesta” occorre valutare non tanto dell'attendibilità e veridicità della notizia, quanto piuttosto il rispetto dei doveri deontologici di lealtà e buona fede».

## 6. Osservazioni conclusive

Le potenzialità della libera stampa d'inchiesta sono ormai note e conclamate dai tempi del caso “*Watergate*”<sup>23</sup>. Il ruolo civile che il giornalismo – e, in particolare, il giornalismo d'inchiesta – svolge nelle democrazie moderne, infatti, rende evidente la responsabilità sociale alla quale sono chiamati i giornalisti<sup>24</sup>.

Il fine del giornalismo d'inchiesta, invero, risulta essere proprio quello di «promuovere una presa di coscienza dell'opinione pubblica riguardo ad una particolare situazione o vicenda, al fine di far maturare in essa una certa capacità critica di discernimento»<sup>25</sup>.

Nel ragionamento della Corte, tale principio non solo è evidente, ma è più volte ribadito attraverso il riferimento al «ruolo civile e utile alla vita democratica di una collettività» che l'inchiesta giornalistica riveste, stimolando e favorendo il dibattito pubblico<sup>26</sup>. Si tratta di un riconoscimento rilevante, che merita di essere considerato di buon auspicio nell'era di crisi del giornalismo investigativo<sup>27</sup>.

Tuttavia, a fronte di un atteggiamento così favorevole rispetto all'attività giornalistica, non si può dimenticare che l'ingente valore dei diritti e degli interessi coinvolti richiede comunque particolare cautela, sotto molteplici aspetti.

In primo luogo, si rileva che, nel tracciare i confini del giornalismo d'inchiesta, l'ordinanza in esame fornisce un'interpretazione dichiaratamente ampia del concetto di “inchiesta”, considerando ora ascrivibile a tale categoria anche l'autonoma fruizione di informazioni già note e di pubblico dominio; dunque, anche le condotte in cui il giornalista non diffonda alcun dato sconosciuto o che egli abbia raccolto direttamente, senza intermediazioni.

Tuttavia, occorre ricordare che, come più volte ribadito dalla stessa Corte nella medesima ordinanza, ciò che ontologicamente dovrebbe connotare tale particolare forma di giornalismo è il ruolo attivo nell'indagine e la conseguente acquisizione autonoma delle notizie. L'attenuazione del canone della verità, operata in virtù della tutela di un più ampio interesse – quello collettivo alla circolazione delle notizie e al confronto democratico che ne consegue – e, allo stesso modo, la mitigata verifica dell'attendibilità e della veridicità della fonte, trovano fondamento e giustificazione nella mancata mediazione della fonte stessa. In altre parole, poiché le informazioni oggetto di pubblicazione vengono ricavate dal giornalista direttamente e autonomamente, la necessità di valutare l'attendibilità e la veridicità delle notizie risulta affievolita, perché non mediata. Di contro, se si afferma – come pure fa ora la Corte – che l'acquisizione delle notizie possa passare anche attraverso informazioni ottenute da terzi, senza ricerche personali e autonome, ma con la sola interpretazione originale di dati già esistenti, la valutazione

<sup>23</sup> Sul punto, S. Barillari (a cura di), *Sette pezzi d'America. Dal Watergate a Scientology, i grandi scandali americani raccontati dai Premi Pulitzer*, Roma, 2015.

<sup>24</sup> R. Marini, *Lo spazio della responsabilità sociale nelle teorie neo-critiche del giornalismo*, in *comunicazionepuntodoc*, 15, 2016, 47 ss.; C. Ruggiero - F. Wille - A. Porrovecchio, *La responsabilità sociale dei giornalisti*, ivi, 2016.

<sup>25</sup> M. Ricatti, *Il giornalismo d'inchiesta in Italia e uno dei maggiori esponenti italiani: Fabrizio Gatti*, in *openstarts.units.it*, 2010.

<sup>26</sup> § 2.7.

<sup>27</sup> M. Morcellini, *Neogiornalismo. Tra crisi e rete, come cambia il sistema dell'informazione*, Milano, 2011.

circa l'attendibilità e la veridicità della notizia potrebbe (e dovrebbe) tornare a essere necessaria.

Premesso che il ricorso ad altre fonti giornalistiche non rappresenta di per sé una scriminante, nel caso di specie il giornalista aveva fondato la propria indagine anche su resoconti giornalistici di altre testate, addirittura riconducibili alla cronaca giudiziaria, rispetto alla quale la Cassazione ha da sempre adottato criteri estremamente rigorosi nel valutare l'invocabilità della scriminante in commento<sup>28</sup>: si tratta di principi e regole di fatto ignorati nell'ordinanza in esame, nella quale si qualificano come “giornalismo d'inchiesta” le conclusioni a cui è addivenuto il giornalista basandosi in parte rilevante su quanto riportato da fonti di diversa natura.

Inoltre, è opportuno rammentare che il ricorso ad altre fonti giornalistiche non rappresenta di per sé una scriminante: secondo un principio consolidato, «se una notizia è già stata pubblicata su un altro giornale o diffusa da altri media, non per questo il cronista non ha l'obbligo di vagliarne l'attendibilità e di operare la consueta verifica tra fatti accaduti e fatti da narrare»<sup>29</sup>.

Qualificare il prodotto di tale attività come “giornalismo d'inchiesta” (e dunque, di conseguenza, ritenere sufficiente che esso rispetti uno standard di verità attenuato) solo in virtù della rielaborazione di informazioni acquisite da terzi sembra comportare un sacrificio eccessivo del diritto all'onore e alla reputazione dei soggetti cui la notizia si riferisce, che non pare possa giustificarsi in nome del pur fondamentale “ruolo civile e utile alla vita democratica”<sup>30</sup> dell'inchiesta. Un'impostazione di questo tipo, infatti, potrebbe legittimare la lesione dei diritti della personalità dei soggetti protagonisti dei fatti narrati nell'inchiesta giornalistica anche nel caso in cui questi si rivelino inveritieri sul piano oggettivo, ma senza che ciò serva a garantire davvero uno spazio all'autonoma attività investigativa del giornalista, che potrebbe essersi limitato all'assemblamento di dati diffusi da altri. In altri termini, il sacrificio dei diritti delle persone diffamate non sarebbe davvero compensato dalla volontà di assicurare una più ampia circolazione di fatti e notizie che altrimenti resterebbero sotto riserbo, posto che quei fatti e quelle notizie erano già conoscibili anche senza l'inchiesta giornalistica (da intendersi nei termini ora precisati) che si è limitata a riproporli al pubblico.

In secondo luogo, la Corte ribadisce che, perché possa parlarsi di giornalismo d'inchie-

---

<sup>28</sup> Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2022, n. 11769. Secondo la Cassazione, «la notizia deve essere fedele al contenuto del provvedimento e [...] deve sussistere la necessaria correlazione tra fatto narrato e quello accaduto, senza alterazioni o travisamenti di sorta, non essendo sufficiente la mera verosimiglianza, in quanto il sacrificio della presunzione di non colpevolezza richiede che non si esorbiti da ciò che è strettamente necessario ai fini informativi». Nello stesso senso, fra le tante, Cass. civ., sez. VI, 9 dicembre 2021, n. 39082 e Cass. civ., sez. III, 12 ottobre 2020, n. 21969.

<sup>29</sup> R. Razzante, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Vicenza, 2022, 255. Come evidenziato nel testo, nello stesso senso «si ricordano almeno due pronunce della Corte di cassazione. Il 16 giugno 1980 i Supremi giudici hanno chiarito che la precedente diffusione della notizia da parte di altri media [...] non vale ad esentare il giornalista dall'obbligo di controllo, “altrimenti le fonti di informazione troverebbero attendibilità in loro stesse, dandosi credito reciprocamente tra di loro”. Dello stesso tenore una pronuncia della Cassazione datata 19 aprile 1985, nella quale si ribadisce che “colui che pubblica un articolo (...) non può ritenere vera una notizia pubblicata da altri, ma deve, prima di utilizzarla per le sue valutazioni, accertarne l'attendibilità”».

<sup>30</sup> § 2.7 della pronuncia in commento.

sta, debba sussistere un non meglio precisato “sospetto di illeciti”<sup>31</sup>. In particolare, i giudici di legittimità sostengono che tali sospetti debbano limitarsi a non essere «obiettivamente del tutto assurdi»<sup>32</sup>. L’ampiezza e la genericità di tale locuzione, nella quale è pertanto possibile ricomprendere ogni dubbio che non sia aberrante, potrebbe portare con sé il rischio di considerare scriminata la pubblicazione di articoli che, pur essendo privi di un solido fondamento investigativo, ledano la reputazione delle persone oggetto della notizia.

Da ultimo, occorre sottolineare la scelta della Corte di non pronunciarsi sul rispetto del requisito della continenza, che la Corte d’appello aveva ritenuto violato. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, all’attenuazione del canone della verità della notizia non fa seguito una simmetrica attenuazione dei requisiti dell’interesse pubblico alla notizia e della continenza dell’esposizione, dei quali si richiede invece il pieno rispetto<sup>33</sup>. Si tratta di un aspetto sul quale proprio il Giudice del rinvio, cui la Cassazione ha restituito la causa, potrebbe tornare a pronunciarsi.

---

<sup>31</sup> Il riferimento alla necessaria presenza di un “sospetto di illeciti” non è una novità: «è scriminato il giornalista che eserciti la propria attività mediante la denuncia di sospetti di illeciti, allorquando tali sospetti, secondo un apprezzamento caso per caso riservato al giudice di merito, risultino espressi in modo motivato e argomentato sulla base di elementi obiettivi e rilevanti e mediante il ricorso, attraverso una ricerca attiva, a fonti di notizia attendibili». Così, tra le altre, la sopracitata Cass. civ., ord. 19611/2023.

<sup>32</sup> § 2.3 dell’ordinanza in commento.

<sup>33</sup> G. Gardini, *Le regole dell’informazione. Verso la Gigabit Society*, Milano, 2021, 108-109.

# Legalità e giusto processo nei procedimenti dinanzi al Garante

Maria Vittoria La Rosa - Laura Liguori

**Tribunale di Roma, sez. XVIII civ., 13 febbraio 2023, n. 2615**

Devono considerarsi perentori – non già ordinatori – i termini prescritti dal Garante con il proprio regolamento interno n. 2/2019 per lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori.

## Sommario

1. La vicenda che ha dato origine alla controversia. – 2. L'impugnazione del provvedimento davanti al Tribunale di Roma e il suo annullamento. – 3. Osservazioni conclusive

## Keywords

termini perentori – procedimenti amministrativi – Garante – dati personali – procedimenti sanzionatori

---

## 1. La vicenda che ha dato origine alla controversia

Sono state recentemente rese note le motivazioni alla base della sentenza del 13 febbraio 2023 del Tribunale di Roma, che ha annullato il provvedimento n. 443 con cui il Garante per la protezione dei dati personali aveva inflitto a Enel Energia S.p.A. (fra le altre) una sanzione di più di 26 milioni di euro. La pronuncia merita attenzione, perché ribadisce principi già da tempo affermati dai tribunali amministrativi in relazione ai provvedimenti delle autorità indipendenti.

Il provvedimento annullato<sup>1</sup> era stato emesso nel 2021 a seguito di centinaia di segnalazioni di utenti che lamentavano la ricezione di telefonate promozionali indesiderate, anche di tipo *robocall*, effettuate in nome e per conto di Enel; gli utenti avevano inoltre segnalato difficoltà di esercitare i propri diritti di interessati (in particolare il diritto di revocare il consenso e il diritto di opporsi al trattamento).

A seguito di tali segnalazioni, che erano pervenute in tempi diversi, alla fine del 2018 il Garante aveva avviato un'istruttoria – durata fino al 2020 – nel corso della quale l'Autorità aveva effettuato quattro diverse richieste di informazioni corrispondenti a

---

<sup>1</sup> Su cui v. L. Liguori – E. Curreli, *Teleselling: the Italian Data Protection Authority Issues a 26M Fine Against Enel Energia S.p.a.*, in *portolano.it*, 25 febbraio 2022.

quattro gruppi di segnalazioni fra loro cumulate. A valle di una ulteriore richiesta di integrazione delle informazioni fornite, effettuata il 24 dicembre 2020, il 14 maggio 2021 il Garante aveva notificato alla società l'avvio del procedimento sanzionatorio, poi culminato nella sanzione di 26.513.977 euro, nonché nella prescrizione di articolate misure per la tutela degli interessati da adottarsi entro 40 giorni.

## **2. L'impugnazione del provvedimento davanti al Tribunale di Roma e il suo annullamento**

Nell'impugnare il provvedimento del Garante davanti al Tribunale di Roma, Enel aveva sottolineato come l'Autorità, durante tutta l'istruttoria, non avesse rispettato il termine previsto dal proprio regolamento interno n. 2/2019 (che, vale la pena ricordare, è stato adottato dallo stesso Garante per regolare i propri procedimenti) per la contestazione della violazione. Questo termine è pari a 120 giorni dall'accertamento della violazione, ossia – ad avviso del Tribunale – dal momento in cui l'Autorità dispone di tutti gli elementi per decidere se avviare l'azione o meno.

Il Tribunale di Roma ha dato ragione a Enel e ha annullato il provvedimento del Garante. In particolare, il Tribunale ha ritenuto che il regolamento interno del Garante debba essere interpretato in conformità alla Costituzione Italiana e alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), non potendo procedimenti sanzionatori di carattere quasi penale protrarsi per periodi sostanzialmente indeterminati.

Un aspetto molto rilevante di questa vicenda è dato dalla peculiarità dell'impugnazione dei provvedimenti del Garante: infatti, a differenza dei provvedimenti di qualsiasi altra autorità indipendente, quelli del Garante non si impugnano davanti ai tribunali amministrativi ma dinanzi ai tribunali civili. Questo in considerazione del fatto che questi provvedimenti incidono sui diritti fondamentali delle persone. Tuttavia, questa particolare impostazione porta con sé alcune conseguenze: ad esempio, al momento non è chiaro se e dinanzi a quale giurisdizione possano essere impugnati i regolamenti interni del Garante (come quello sotto indicato), soprattutto nell'ipotesi in cui tali regolamenti volessero essere contestati disgiuntamente da provvedimenti sanzionatori pronunciati sulla base di questi ultimi. Il tema è affrontato lateralmente dalla pronuncia oggetto del presente contributo, la quale – non casualmente – si limita ad avanzare dubbi circa legittimità di alcuni passaggi del regolamento n. 2/2019, senza tuttavia poterlo censurare con effetto demolitorio.

Nell'annullare il provvedimento, il Tribunale si concentra su tre aspetti fondamentali:

*a) Il carattere perentorio dei termini previsti dal Regolamento interno n. 2/2019 in materia sanzionatoria*

In pratica, il Tribunale nota che il Garante ha previsto un termine per comunicare la sanzione, e questo termine è di 120 giorni dall'accertamento della violazione. Nonostante si sia dato questo termine, il Garante non attribuisce ad esso un carattere di perentorietà. E tuttavia, secondo il Tribunale, questo approccio non è ammissibile: infatti, una interpretazione diversa, che permetta al Garante di fare durare i procedimenti per un tempo indeterminato, non è compatibile con i diritti costituzionalmente

garantiti come il diritto di difesa. Questo è un principio oramai acclarato dalle corti amministrative, in ragione del carattere particolarmente affittivo delle sanzioni delle autorità indipendenti, tanto da poterle qualificare come sanzioni quasi penali.

Da questo punto di vista, la decisione in esame segna un momento di continuità tra la giurisdizione civile in tema di impugnazione dei provvedimenti del Garante e quella amministrativa relativa ai provvedimenti di altre autorità indipendenti. Continuità del tutto logica alla luce di quanto ribadito dalla Corte di Cassazione<sup>2</sup>, la quale ha recentemente avuto modo di ribadire che il nostro ordinamento «non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione». Se ciò è vero (e non vi è possibilità di dubitarne, dal momento che si tratta di principi espressi dalla Suprema Corte nell'esercizio della sua funzione nomofilattica), tutte le Amministrazioni, incluse le autorità indipendenti, costituiscono un insieme omogeneo di soggetti che devono sottostare alle medesime leggi e principi (inclusi quelli di cui alla l. n. 241/90 sulla durata dei procedimenti amministrativi).

Il tema della tempistica dei procedimenti sanzionatori è da tempo oggetto di attenzione da parte delle corti amministrative, sia sotto il profilo della scansione dei singoli passaggi procedurali sia con riferimento alla loro durata complessiva. L'esigenza che i tribunali di volta in volta interpellati hanno cercato di contemperare è evidente: da un lato, evitare di comprimere i termini per l'esercizio dei poteri affidati alle Autorità in maniera tale da rendere di fatto impossibile assolvere ai compiti a queste ultime affidati dalla legge; dall'altra, richiamare l'attenzione sul necessario rispetto di tutti gli interessi in gioco (inclusi quelli del soggetto sottoposto ad indagine, non riconosciuti di rango inferiore da alcuna fonte).

Con riferimento al tema della scansione temporale dei procedimenti, a titolo esemplificativo si possono ricordare le pronunce di TAR e Consiglio di Stato in materia di applicabilità, ai procedimenti incardinati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, del termine di cui all'art. 14 della l. 289/81<sup>3</sup>, profilo di rilievo dal momento che, come è stato sottolineato dalla stessa Corte Costituzionale, in materia di sanzioni amministrative il principio di legalità «non solo impone la predeterminazione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della misura della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti (sentenza n. 5 del 2021), ma deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento

---

<sup>2</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341.

<sup>3</sup> Ai sensi del quale la violazione del precetto normativo deve essere contestata immediatamente o, quando ciò non sia possibile, entro 90 giorni. Ferma restando la non applicabilità del termine citato alla fase istruttoria, distintamente ed autonomamente regolata dagli atti organizzativi interni dell'Autorità, i più recenti arresti ritengono che il lasso temporale intercorrente tra la conclusione della fase pre-istruttoria e la notifica dell'addebito – non normata da regolamenti *ad hoc* – debba essere contenuta nei limiti previsti dal suddetto art. 14, poiché ritenere il contrario sarebbe in contrasto (i) con i principi generali cui l'agire amministrativo deve conformarsi, *in primis* quello di efficienza, sanciti nella l. 241/90, (ii) con la certezza del professionista sottoposto al procedimento, (iii) con i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE, che costituiscono parametri imprescindibili, (iv) con il principio di buon andamento dell'Amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e (v) con il diritto di difesa. A tale ultimo proposito, si veda Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10359.

affittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere»<sup>4</sup>. In altre parole, una volta completata la fase pre-istruttoria<sup>5</sup>, secondo i Giudici Amministrativi l'Autorità è tenuta a contestare, entro il citato breve termine di cui all'art. 14 della l. n. 289/81, la violazione ipotizzata, mediante la notifica dell'atto di apertura del procedimento<sup>6</sup>. Per cercare di contemperare le esigenze di celerità dei procedimenti con le esigenze organizzative dell'Amministrazione, tuttavia, è stato precisato che il *dies a quo* non coincide necessariamente con la prima segnalazione dell'illecito, bensì con la conclusione dell'accertamento svolto nella fase pre-istruttoria: pertanto, i novanta giorni decorrono una volta completata la raccolta degli elementi fattuali necessari a contestare l'illecito, dunque da quando l'Autorità è concretamente in possesso delle informazioni necessarie per ipotizzare l'esistenza di un illecito ed aprire il procedimento sanzionatorio<sup>7</sup>.

Anche con riferimento al secondo punto (*i.e.* la durata complessiva dei procedimenti) le decisioni degli ultimi anni pongono l'accento sulla necessità di tempistiche certe, sottolineando ora l'applicabilità dei termini generali per la conclusione dei procedimenti amministrativi di cui alla l. 241/90<sup>8</sup> – nel caso di assenza di un termine previsto dai regolamenti interni – ora la perentorietà dei termini previsti dagli atti organizzativi interni, laddove esistenti<sup>9</sup>. Significativamente, il Consiglio di Stato, nella decisione n. 584/21 si dilunga sui criteri individuati dalla Corte di Strasburgo per stabilire la natura penale (o quasi penale) di un illecito e della relativa sanzione, individuandoli nella qualificazione giuridica dello stesso, nella sua natura – desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito – e nel grado di severità della sanzione: tutte caratteristiche che fanno deporre per una caratterizzazione almeno quasi penale delle sanzioni emesse dal Garante. La medesima pronuncia sottolinea poi come lo stesso procedimento sanzionatorio sia di per sé una pena per cittadini ed imprese, che necessitano di certezze nei rapporti giuridici per una serie di molteplici ragioni «a) la possibilità dell'amministrazione di provare la sussistenza della violazione si deteriora con il decorso del tempo; b) la possibilità per l'amministrato di offrire la prova contraria soffre la stessa sorte; c) l'effetto dissuasivo di prevenzione speciale è assicurato dall'esistenza di un lasso temporale ristretto tra contestazione della violazione e adozione del provvedimento sanzionatorio; d) lo stesso dicasi per l'effetto dissuasivo di prevenzione generale; e) in generale, il tempo ha la sua rilevanza come fatto giuridico e, in materia sanzionatoria, alla lunga, esso cancella ogni cosa».

Nel complesso, tutte le suddette argomentazioni sembrano in tutto e per tutto riferibili

<sup>4</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 10359/22, cit.

<sup>5</sup> Anch'essa, comunque, da contenere in termini ragionevoli, per le medesime ragioni sopra illustrate (cfr. tra le ultime TAR Lazio, Roma, sez. I, 3 ottobre 2022, n. 12507).

<sup>6</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 1° agosto 2023, ord. 12962; Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7150.

<sup>7</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 novembre 2021, n. 11131.

<sup>8</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. I, 19 aprile 2023, n. 3977.

<sup>9</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. II, 28 giugno 2022, n. 5365; Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2021, n. 584; Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3015; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2289; Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 2042; Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153.

anche all'attività del Garante e depongono nel senso di ritenere inammissibili procedimenti sanzionatori che abbiano una durata sostanzialmente indefinita nel tempo, per la necessità di contemperare tutti gli interessi in gioco (inclusi quelli del soggetto sottoposto ad indagine, non riconosciuti di rango inferiore da alcuna fonte). Trattandosi tuttavia di principi espressi fino ad oggi solo dai tribunali amministrativi, la sentenza in commento pare significativa perché, come anticipato, segna un momento di continuità tra diverse giurisdizioni, non scontato.

*b) Il termine decorre dalla data in cui il Garante riceve le risposte definitive alle richieste di informazioni o agli eventuali chiarimenti*

È questo l'unico momento, conoscibile anche dal soggetto sottoposto alle indagini dell'autorità, in cui il Garante può avere piena conoscenza della condotta illecita. È infatti questo il momento in cui il Garante può raffrontare le segnalazioni e i reclami con le risposte fornite dalla parte soggetta a indagine. Se così non fosse, il termine di 120 giorni decorrerebbe da un evento che non è conoscibile dalla parte sottoposta alle indagini e anche questo violerebbe il diritto di difesa.

*c) Il cumulo di questioni pervenute in tempi diversi e la richiesta di ulteriori chiarimenti devono comunque avvenire nel rispetto del termine di 120 giorni*

Nel caso di Enel, le richieste di informazioni del Garante erano state inviate tra il 2018 e il 2020. In alcuni casi ai riscontri forniti tempestivamente da Enel non era seguita alcuna replica, mentre in altri casi, a distanza di molti mesi, era sopraggiunta una richiesta di integrazione, e, solo nel 2021 era stato avviato il procedimento sanzionatorio. Il Garante aveva deciso di trattare le varie contestazioni in modo cumulativo, secondo quanto previsto dall'art. 10, c. 4, di un altro Regolamento interno, il n. 1/2019, in base al quale «l'istruttoria preliminare può essere svolta contestualmente in relazione a più reclami aventi il medesimo oggetto o che riguardano il medesimo titolare o responsabile del trattamento, oppure trattamenti di dati tra loro correlati». Il Tribunale, in relazione a questo aspetto, ha stabilito che non è ammissibile il raggruppamento di più reclami o *segnalazioni* pervenuti in un arco indefinito di tempo in un'unica contestazione. Allo stesso modo, eventuali richieste di chiarimenti devono necessariamente pervenire nel termine stabilito per la contestazione. Diversamente, «[...] il termine di 120 giorni sarebbe largamente superato e virtualmente privo di ogni effetto utile, [ndr; con la conseguenza inevitabile di] [...] lasciare al puro arbitrio dell'autorità la scelta dei tempi e dei contenuti delle contestazioni sulle quali il titolare del trattamento dovrà rispondere». In altre parole, se da un lato è comprensibile ed auspicabile che vengano trattati cumulativamente reclami aventi il medesimo oggetto, è necessario che questo non divenga un modo per “aspettare” di ricevere un numero consistente di reclami su un determinato argomento, o “allargare” l'oggetto dell'istruttoria spalmandone la durata su un arco di tempo eccessivo, sempre nell'ottica di preservare la certezza del diritto e il diritto di difesa.

### 3. Osservazioni conclusive

Occorrerà attendere il giudizio finale della Suprema Corte per comprendere se la vi-

sione del Tribunale sarà confermata in via definitiva. Tuttavia, risulta essere un valido tentativo di importare nel rito civilistico (a cui è soggetta l'impugnazione dei provvedimenti del Garante, a differenza di quanto accade con riferimento alle altre autorità) l'applicazione dei principi di legalità e giusto processo già affermati e consolidati con riferimento ai provvedimenti di altre autorità indipendenti. Principi ritenuti imprescindibili anche in ragione del *deficit* di legittimazione democratica che connota le autorità Indipendenti<sup>10</sup>. D'altro canto, non si comprende per quale motivo i principi di legalità e giusto processo non dovrebbero trovare applicazione nei confronti del Garante, che è una autorità indipendente come altre.

---

<sup>10</sup> Cons. Stato, sez. II, sent. 5365/22, cit.

---

# Cronache

# **Navigating the Transatlantic AI Landscape: The EU Artificial Intelligence Act and its Ripple Effect on the US\***

Vanessa Villanueva Collao

## **Abstract**

The op-ed explores the impact of the European Union's Artificial Intelligence Act (AIA) on the US digital market. The AIA – aimed at establishing ethical and responsible AI governance – has sparked debate, particularly in global tech circles. The article delves into three key areas of concern for US firms: challenges accessing and servicing the EU market, disclosures of proprietary information, and constraints on innovation involving transatlantic cooperation. It argues that while the AIA promotes a human-centered approach and addresses ethical concerns, its stringent regulations may inadvertently impede innovation, hinder global collaboration, and create regulatory disparities between the EU and the US. Finally, it suggests that finding a balance between addressing AI-related risks and fostering an environment conducive to technological advancement is crucial for sustaining growth and collaboration in the global tech industry.

## **Summary**

1. Introduction. – 2. Challenges accessing and servicing the EU market. – 3. Disclosures of proprietary information. – 4. Constraints on innovation involving transatlantic cooperation.

## **Keywords**

Artificial Intelligence Act - AI - LLMs - market-based approach - human-centered approach

\* Max Weber Fellow in Law at the European University Institute. This comment was drafted with the support of the South EU Data Governance Chair during my fellowship at Roma Tre University. Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

## 1. Introduction

«Regulation is taking over innovation». This phrase has usually been used to resist the overarching regulatory power of the EU in a rapidly evolving global digital landscape. The European Union's recent move to regulate those technologies under the umbrella term of AI<sup>1</sup> through the Artificial Intelligence Act (AIA) has stirred significant debate, especially in global tech circles<sup>2</sup>. The AIA marks a stride towards ethical and responsible AI governance or, at minimum, their responsible use. Yet, it is worth asking what impact the AIA would have on the US digital market and how. While the EU aims to regulate AI technologies to ensure ethical and transparent practices, the implications of the AIA could be detrimental within the United States market. Among the limitations potentially faced by US firms are challenges accessing and servicing the EU market, disclosures of proprietary information, and constraints on innovation involving transatlantic cooperation. The protections covered by the AIA include issues that are not exclusive to European regulators but are shared by legislators across the globe<sup>3</sup>, followed by different policy approaches<sup>4</sup>. However, the AIA might have a prominent impact on the US digital market to some extent, forcing firms to limit their market size rather than encouraging frameworks for cooperation.

The AIA, proposed by the European Commission, aims to establish a comprehensive framework for developing and deploying AI within the EU. Along with this complex regulatory process<sup>5</sup>, one of the crucial scenarios emerging from this Act is the emergence of a regulatory dissonance between the EU and the US. With the US being a key player in the tech industry, member states were concerned that differing regulatory frameworks could hinder innovation and collaboration<sup>6</sup>. Nevertheless, following EU trilogue negotiations, the AIA reached a political agreement on December 8, 2023<sup>7</sup>. Although there is no definitive text of the AIA, there was consensus among the AIA

<sup>1</sup> AI is considered an umbrella term because it encompasses an added number of technologies spanning from Deep Learning to Speech Recognition. Most technologies are supportive of others.

<sup>2</sup> P. Davies, *'Potentially disastrous' for innovation: Tech sector reacts to the EU AI Act saying it goes too far*, in *Euronews.next*, 15 December 2023.

<sup>3</sup> A report drafted by a US organization, AI Now, and signed by over fifty institutional and individual experts warned about the issues of General Purpose AI (or Foundational Models). AI Now Institute, Policy Brief, *General Purpose AI Poses Serious Risks, Should Not be Excluded From the EU's AI Act*, in *AINOW*, 13 April 2023.

<sup>4</sup> K. Werbach, *Is the US Really Behind on AI Policy? Part I*, in *The Road to Accountable AI*, 22 January 2024.

<sup>5</sup> This process started in 2018 with an expert group appointed by the EU Commission to draft a proposal for guidelines on AI ethics. EU Commission, Press Release N. IP-18-1381, *Artificial Intelligence: Commission kicks off work on marrying cutting-edge technology and ethical standards*, 9 March 2018. From that initial working group, several steps over the span of five years involving regulators, the industry, and stakeholders led to a political agreement of the Commission's proposal by co-legislators: the European Parliament (representing EU citizens) and the Council (representing governments of EU states), altogether the "trilogue negotiations". A. Gesser, M. Kelly, M. Hirst, S.J. Allaman, M. Muse, S. Thomson, *The EU AI Act—Navigating the EU's Legislative Labyrinth*, in *Debevoise & Plimpton*, 29 November 2023.

<sup>6</sup> W. Henshall, *E.U.'s AI Regulation Could Be Softened After Pushback From Biggest Members*, in *Time*, 22 November 2023.

<sup>7</sup> European Commission, Press Release (Ref. IP/23/6473), *Commission welcomes political agreement on Artificial Intelligence Act*, 9 December 2023.

objectives, which include fostering innovation, protecting fundamental rights, and ensuring the safety and accountability of AI systems<sup>8</sup>. According to these objectives, the Act fits a human-centered approach<sup>9</sup>. While critics argue that such regulation might stifle technological advancement, proponents assert that addressing the increasing ethical concerns surrounding AI is necessary. A commitment to EU values implies imposing restrictions «to protect human dignity, data privacy, democratic discourse, or other core rights of European digital citizens»<sup>10</sup>.

This approach is evident from AIA's stringent requirements, which depend on a risk-based categorization wherein the risk of harm to human rights and privacy is prioritized. As a result, the AIA is expected to cover four categories of risks: prohibited (or unacceptable) risk AI systems, high-risk systems, limited (or specific transparency) risks, and minimal-risk systems<sup>11</sup>.

## 2. Challenges accessing and servicing the EU market

Following a precautionary principle, the AIA denies market access to those technologies that will cause direct or indirect physical or psychological harm, specifically where the interventions to mitigate risks would be inadequate or ineffective (prohibited AI systems). The remaining technologies will have market access only if they comply with a series of more or less stringent requirements, primarily disclosure requirements. In other words, the regulation will impact the commercialization of these systems, leaving the door open for their mere development.

The AIA is primarily focused on how tech companies should conduct their business in compliance with a human-centered approach. The question then remains on what a human-centered approach entails and whether it can be reconciled with a for-profit business mindset. The answer is nothing but linear. While the intent is to safeguard against potential harm, stringent regulations may deter entrepreneurs and startups from venturing into high-risk, high-reward areas. This initial problem was pointed out by commentators, indicating that the Act mischaracterizes AI technologies, implying that all of them have a specific purpose<sup>12</sup>. This challenge could be partially resolved after criticism arose during negotiations that highlighted the inappropriateness of the Act in regulating certain areas, such as foundation models – a form of generative AI – usually left to industry self-regulation and standards<sup>13</sup>. If the Act is left unmodified, it could lead to an over-inclusiveness of crucial technologies. Instead, as these AI mod-

---

<sup>8</sup> European Parliament, Press Release (Ref. 20231206IPR15699), *Artificial Intelligence Act: deal on comprehensive rules for trustworthy AI*, 9 December 2023.

<sup>9</sup> *European approach to artificial intelligence*, Shaping Europe's digital future, 2023.

<sup>10</sup> A. Bradford, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, New York, 2023, 105.

<sup>11</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council. Laying Down Harmonized Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts (COM/2021/206 final).

<sup>12</sup> M. Almada - N. Petit, *The EU AI Act: A Medley of Product Safety and Fundamental Rights?*, in Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper, 59, 2023.

<sup>13</sup> L. Bertuzzi, *EU's AI Act negotiations hit the brakes over foundation models*, in Euractiv, 10 November 2023.

els get shaped over time, regulation should focus on how these technologies are used in practice with a concrete approach<sup>14</sup>. Regulation over foundational models can have the effect that US companies (Big Tech) would be able to comply while EU startups working on these models might struggle.

On the contrary, the strong regulatory approach indicates that the EU is not interested in fostering competition since it might imply that, as the US is a leading market for technologies, the only way to arrest the competitive race (where the EU is not invited)<sup>15</sup> is by circumscribing the resources that make them big. In this sense, it has been argued that a way to limit these resources is through data protectionism<sup>16</sup>. In addition, most of the AIA wording is vague, as if the battle is between humans and algorithms and not between AI systems and their effects on humans. The choice of regulatory vagueness introduces another type of risk firms must face: increasing litigation costs. Only through litigation would firms resort to courts to define the level of *sufficiency* of AI systems concerning their error rate, which, at the moment, is unclarified. This approach may discourage US tech companies from expanding into the EU market or engaging in joint ventures.

The challenges US firms face in accessing and servicing the European market arise from a fragmented global tech landscape, limiting the collaborative potential that comes with shared technological advancements. More so since, in the AI scenario, big tech is investing more in AI startups than venture capitalists<sup>17</sup>. As (institutional) investors of AI startups, big tech companies may become AI system providers and access their users' business practices and strategies. This mechanism opens known competition issues of abuse of dominance in the EU panorama, but these issues have not been explored in the AIA<sup>18</sup>.

### **3. Disclosures of proprietary information**

Disclosures involve all types of AI models under the EU regulatory classification. Even the prohibited AI systems that fall within one of the exceptions must deliver information regarding data quality for transparency purposes<sup>19</sup>. The emphasis on data quality shows the proposal's inability to fully understand how this technology works.

---

<sup>14</sup> Ministry of Enterprises and Made in Italy, *Italy, Germany and France agree on strengthening their cooperation on Artificial Intelligence*, in *Mimit.gov: News*.

<sup>15</sup> The EU possesses a 4% capitalization of the 70 largest platforms, while the US has 73% and China 18%. *The EU wants to set the rules for the world of technology*, in *The Economist*, 20 February 2020.

<sup>16</sup> V. Zeno-Zencovich, *Data protection[ism]*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 2, 2022, 11 ss.

<sup>17</sup> G. Hammond, *Big Tech is spending more than VC firms on AI startups*, in *Arstechnica*, 27 December 2023.

<sup>18</sup> T. Schrepel, *Decoding the AI Act: A Critical Guide for Competition Experts*, in *Amsterdam Law & Technology Institute – Working Paper 3-2023 // Dynamic Competition Initiative – Working Paper 4-2023*, 11.

<sup>19</sup> An exception to prohibited systems is the use of biometric identification for law enforcement purposes in public spaces, but only subject to judicial authorization and not in real-time. When used in real-time, these systems must be used for compelling interests at stake, such as criminal activities involving sexual exploitation, terrorism, rape, and other narrowly defined purposes. European Parliament, Press Release (Ref. 20231206IPR15699), *Artificial Intelligence Act: deal on comprehensive rules for trustworthy AI*, 9 December 2023.

The common mistake of substituting data quality with reliability or trustworthiness implies that there is a distinction between “good” and “bad” data when, in reality, data are merely facts. The problem instead should shift towards how data are classified, the scope and purpose of the said classification, and its interplay with the model. Against the “good data” argument, scholars have shown how this common misconception of algorithms – or a set of finite instructions established to produce an output – is commonly perceived as something magical or an oracle for the future<sup>20</sup>. Algorithms are models that are humanly constructed and not divination, even when they have predictive capacities. To give an example of how bad the current understanding of AI models is, generative models such as ChatGPT do not allow access to a database to answer questions. This might surprise many even more since the debate around good or bad data fails in this case<sup>21</sup>. Nevertheless, regulators could require firms to disclose whether there are good or bad data (a program working with data that claims to obtain a specific result must have “good data”) and the parameters used to make them work. While transparency is essential, if the AIA requirements outlined move toward disclosure of “parameters” of the model, the Act may force companies to disclose proprietary information, potentially compromising their competitive edge. These disclosures could dissuade US tech giants from fully embracing the EU market or limit the scope of their operations for fear of revealing too much about their technological advancements and making it challenging to develop complex AI systems.

#### **4. Constraints on innovation involving transatlantic cooperation**

The extraterritorial nature of the AIA means that any company, regardless of its location, offering AI products or services within the EU or targeting EU citizens is bound by these regulations. Extraterritoriality has immediate implications for US tech giants with a significant European presence. Companies like Google, Amazon, and Microsoft must align their practices with EU standards, potentially triggering a ripple effect that influences global AI standards<sup>22</sup>.

For some contenders of regulation, the AIA’s cautious approach could result in missed opportunities for groundbreaking innovations, placing the EU in a disadvantaged position in the global tech race. Nevertheless, there is no correlation between the EU being at the competitive levels of other geographical areas, such as the US and China,

---

<sup>20</sup> E. Tucker, *Artifice and Intelligence*, in *Medium: Georgetown Center on Privacy and Technology*, 8 March 2022.

<sup>21</sup> L. Floridi, *AI as Agency Without Intelligence: on ChatGPT, Large Language Models, and Other Generative Models*, in *Philosophy & Technology*, 2023, 1 ss.

<sup>22</sup> A prime example of the European rights-driven regulatory model started with the GDPR, highlighting what is known as the Brussels effect, where the standards imposed by the European regulator had a direct effect on EU consumers. A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, New York, 2020. This effect extended indirectly to other consumers by raising the standards of the digital platforms ‘Terms of Use’ to align with the EU requirements in the United States regardless of whether the target was and thus, even if the firm and the target (consumer) were within domestic boundaries. K.E. Davis - F. Marotta-Wurgler, *Contracting for Personal Data*, in *New York University Law Review*, 4, 2019, 662 ss.

and increasing regulation. The concern about whether the EU would lose competitive market share in innovation is limited, primarily because the EU market was never able to attract innovation even before regulatory intervention. There are also some compelling reasons why the EU has not succeeded. Among the reasons are punitive bankruptcy laws, a risk-aversion culture, and the inability to attract human capital in the tech ecosystem<sup>23</sup>.

Finally, transatlantic cooperation between the EU and the US could prevent China's leadership in the tech realm<sup>24</sup>. If Chinese tech giants continue expanding, it could impact the significance of European values of democracy. It is desirable that the EU's regulatory push could also spur positive developments within the United States. As they both grapple with the ethical dimensions of AI, there is an opportunity for collaborative efforts to establish a harmonized global framework. A shared commitment to ethical AI principles can foster international cooperation, benefiting transatlantic relations and the global tech ecosystem.

In conclusion, while the European Union's Artificial Intelligence Act reflects a commendable effort to ensure ethical AI development with a human-centered approach, its potential impact on the US market raises valid concerns. The risk-based approach, stringent regulations, and punitive measures outlined in the AIA may inadvertently hinder innovation, disrupt global collaboration, and create regulatory disparities between the EU and the US. Striking a balance between safeguarding against AI-related risks and fostering an environment conducive to technological advancement is crucial for ensuring continued growth and collaboration within the global tech industry.

The question then is not whether regulation stifles healthy competition and innovation but how regulation can foster a free flow of ideas and technological advances in the EU.

---

<sup>23</sup> A. Bradford, *The False Choice Between Digital Regulation and Innovation*, in *ssrn.com*, 2024.

<sup>24</sup> *The EU wants to become the world's super-regulator in AI. And there's precedent*, in *The Economist*, 24 April 2021.

# ***Collecting* – Tra esigenze di coordinamento del sistema e strumenti di promozione della concorrenza**

Liliana Ciliberti

## **Abstract**

La legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022<sup>1</sup> modifica il secondo comma dell'art. 180 della Legge sul Diritto d'Autore. In particolare, con tale modifica viene previsto che la concessione delle licenze, da parte degli organismi di gestione collettiva, relativamente ai diritti d'autore elencati nel suddetto articolo, avvenga a condizioni economiche ragionevoli e proporzionate al valore economico dell'utilizzo dei diritti negoziati e alla rappresentatività di ciascun organismo di gestione collettiva. Inoltre, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni definisce, con proprio regolamento, i criteri per la determinazione della rappresentatività per ciascuna categoria di diritti intermediati. Considerata le finalità della Legge annuale della concorrenza, tra cui l'apertura dei mercati e la promozione dello sviluppo della concorrenza, la suddetta modifica sembra assumere particolare rilievo. Tuttavia, almeno *prima facie*, l'intervento legislativo appare limitato solo all'intermediazione dei diritti d'autore di cui all'art. 180 LDA. La questione che allora si pone è se principi fondamentali, quali quelli della ragionevolezza e della proporzionalità dei compensi, nonché quello della rappresentatività, debbano essere invece estesi a qualsiasi diritto oggetto di intermediazione, a qualsiasi opera o materiale protetto, nonché a qualsiasi *collecting*, soprattutto a seguito della recentissima sentenza della Corte di giustizia, nella causa C-10/22, del 21 marzo 2024. Inoltre, la modifica normativa non chiarisce se la rappresentatività della singola *collecting* ai fini della determinazione del valore economico dell'utilizzo dei diritti assuma rilevanza sempre o solo in determinate circostanze.

The Annual Market and Competition Act 2022 amends Section 180, second paragraph, of the Copyright Act. In particular, it provides that the granting of licences by collective management organisations in respect of the authors' rights listed therein shall take place on reasonable economic terms proportionate to the economic value of the use of the negotiated rights and the representativeness of each collective management organisation. In addition, the Authority for Communications shall define, by its own regulation, the criteria for determining representativeness for each category of rights. Considering the purposes of the Annual Competition Law, including the

---

<sup>1</sup> L. 30 dicembre 2023, n. 214.

opening of markets and the promotion of the development of competition, the aforementioned legislative amendment appears to be of particular importance. However, at least *prima facie*, the intervention appears to be limited to the intermediation of authors' rights referred to in art. 180 LDA. The question that then arises is whether fundamental principles, such as that of the reasonableness and proportionality of remuneration, as well as that of representativeness, should instead be extended to any collective rights management, to any protected work or material, and any collecting, especially following the recent ruling of the Court of Justice, in the case C-10/22, of 21<sup>st</sup> March 2024. Moreover, the legislative amendment does not clarify whether the representativeness of the individual collecting to determine the economic value of the use of rights is always of relevance or only under certain circumstances.

## **Sommario**

1. La Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022 e l'intermediazione dei diritti d'autore. - 2. Il rapporto tra la modifica all'art. 180 LDA e il d.lgs. 35/2017 di attuazione della Direttiva Barnier. - 3. Le competenze dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in materia di rappresentatività delle *collecting*. - 4. Conclusioni

## **Keywords**

*collecting* - diritti d'autore - diritti connessi - direttiva Barnier - AGCOM

---

## **1. La Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022 e l'intermediazione dei diritti d'autore**

Con la l. 30 dicembre 2023, n. 214 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022) il secondo comma dell'art. 180 della Legge sul Diritto d'Autore (legge 22 aprile 1941, n. 633 – "LDA") è stato integrato per precisare che «la concessione, per conto e nell'interesse degli aventi diritti, di licenze e autorizzazioni per l'utilizzazione economico di opere tutelate» deve avvenire «a condizioni economiche ragionevoli e proporzionate al valore economico dell'utilizzo dei diritti negoziati e alla rappresentatività di ciascun organismo di gestione collettiva. Con regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCom") sono definiti i criteri per la determinazione della rappresentatività degli organismi di gestione collettiva per ciascuna categoria di diritti intermediati».

L'art. 180 LDA riguarda le attività di intermediazione dei «diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate». L'articolo in questione non riguarda dunque qualsiasi diritto oggetto di intermediazione, bensì solo quelli d'autore e, per tali diritti, solo quelli ivi elencati. Non copre, dunque, i diritti connessi né, quanto ai diritti d'autore, i diritti non contemplati da tale

norma come quelli relativi alla comunicazione al pubblico *on demand*<sup>2-3</sup>.

Inoltre, l'art. 180 LDA si riferisce solo agli Organismi di Gestione Collettiva (OGC), inclusa SIAE. La modifica legislativa riguarda, pertanto, solo gli OGC che rappresentano i diritti d'autore elencati in tale previsione. Tuttavia, i principi che tale modifica sembra voler valorizzare, e soprattutto le nuove competenze attribuite ad AGCom per la determinazione della rappresentatività, dovrebbero essere estesi anche alle Entità di Gestione Collettiva (EGI)<sup>4</sup>, specialmente alla luce della sentenza della Corte di giustizia nella causa C-10/22<sup>5</sup>, e alle *collecting* che rappresentano i titolari di diritti connessi.

## 2. Il rapporto tra la modifica all'art. 180 LDA e il d.lgs. 35/2017 di attuazione della Direttiva Barnier

Il descritto intervento normativo sembra sovrapporsi, almeno in parte, a quello operato con il d.lgs. 35/2017 di attuazione della direttiva (UE) 2014/26, c.d. Direttiva Barnier<sup>6</sup>.

Al suo art. 22, il suddetto d.lgs. già prevede per qualsiasi diritto oggetto di intermediazione da parte di *collecting* (e, dunque, non solo per i diritti d'autore disciplinati all'art. 180 LDA)<sup>7</sup> che «le tariffe relative a diritti esclusivi e a diritti al compenso devono

<sup>2</sup> In seguito a una domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale di Roma, la Corte di giustizia ha avviato un procedimento riguardante l'art. 180 LDA (causa C-10/22). La questione si estende anche all'art. 4, c. 2, l. 35/2017, che, recependo la Direttiva Barnier, mantiene tuttavia la riserva sull'attività di intermediazione dei diritti d'autore. È importante notare che, poco dopo il recepimento nazionale della Direttiva Barnier, l'art. 180 LDA è stato modificato per estendere la riserva di intermediazione, precedentemente prevista solo a favore di SIAE, anche a tutti gli altri OGC. Questa estensione, tuttavia, non ha riguardato le EGI. Con la sentenza 21 marzo 2024, la Corte di giustizia ha stabilito che una restrizione nazionale che escluda in modo assoluto qualsiasi EGI dall'attività di gestione dei diritti d'autore non è proporzionata, e pertanto è in contrasto con l'art. 56 TFUE. Ne consegue che l'art. 180 LDA, in *parte qua*, non è conforme al diritto dell'Unione europea.

<sup>3</sup> Non rientra nelle previsioni di cui all'art. 180 LDA neppure la riscossione del compenso *ex art. 46-bis LDA*. V. a riguardo, Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia di impresa, 3 dicembre 2020, n. 57224/2018.

<sup>4</sup> Per la definizione degli Organismi di Gestione Collettiva e delle Entità di Gestione Collettiva, v. rispettivamente art. 2, c. 1 e c. 2, del d.lgs. 35/2017. Sebbene sia vero che alle EGI non si applicano tutti gli obblighi previsti dalla Direttiva Barnier per gli OGC, si ritiene tuttavia, alla luce della sentenza della Corte di giustizia, che l'applicazione di "obblighi normativi specifici" anche alle EGI sia ragionevole in un'ottica di piena apertura del mercato nazionale della gestione collettiva dei diritti (v. cit. sent. Corte di giustizia, C-10/22, § 97).

<sup>5</sup> La sentenza della Corte di giustizia relativa all'art. 180, c. 1, LDA, è successiva alla l. 214/2023. Pertanto, sarà necessario comprendere come tale sentenza impatterà anche sugli altri commi dell'art. 180 LDA nelle parti in cui si riferiscono ai soli OGC. In particolare, occorrerà comprendere se tra gli obblighi specifici che potrebbero essere estesi alle EGI quali "misure meno lesive" per aprire a queste ultime l'accesso all'attività di gestione dei diritti d'autore in Italia, vi possano essere, ad esempio, quelli di cui all'art. 22, c. 4, della Direttiva Barnier relativi alla valorizzazione economica, ragionevole e proporzionata, dei diritti intermediati ribadita dalla stessa l. 214/2023. V. anche nota *supra* 2 e note *infra* 7 e 8.

<sup>6</sup> Direttiva 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno.

<sup>7</sup> Si noti che il termine "*collecting*" impiegato in questo contributo è volutamente ampio. Infatti, come

garantire ai titolari dei diritti una adeguata remunerazione ed essere ragionevoli e proporzionate in rapporto, tra l'altro, al valore economico dell'utilizzo dei diritti negoziati, tenendo conto della natura e della portata dell'uso delle opere e di altri materiali protetti, nonché del valore economico del servizio fornito dall'organismo di gestione collettiva. Quest'ultimo informa gli utilizzatori interessati in merito ai criteri utilizzati per stabilire tali tariffe» (c. 4)<sup>8</sup>.

Peraltro, il principio di commisurazione delle condizioni economiche della concessione di una licenza attribuita da una *collecting* al "valore economico dell'utilizzo dei diritti negoziati" (c.d. "criterio oggettivo") era già stato affermato da sentenze della Corte di giustizia che risalgono agli inizi del 2000.

In particolare, la Corte di giustizia nel caso *SENA* (C-245/00) afferma che il compenso «rappresenta la controprestazione dell'uso di un'opera» ed «implica che il suo carattere equo sia, in particolare, definito alla luce del valore di tale uso negli scambi economici». In *STIM* (C-52/07), la Corte riconosce (in un caso di supposto abuso di posizione dominante di un ente di gestione collettiva) il principio secondo il quale deve esserci un «ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita». Tale rapporto è meglio conseguito da metodi che, invece di basarsi su tariffe calcolate in funzione dei ricavi e del volume di musica telediffusa, consentano «di identificare e di quantificare in maniera più precisa l'utilizzo di tali opere».

La verifica della portata e della natura dell'uso, che possono essere diverse per i singoli utilizzatori, impone che la negoziazione con le *collecting* tenga conto di vari elementi relativi all'uso dell'opera, come ad esempio il tempo di utilizzo del repertorio tutelato, la relativa *audience*, la tipologia di utilizzo e il tipo di servizio includente l'opera o il materiale protetto. Nell'ambito di questo esercizio, va anche considerato che potrebbe non esservi una diretta correlazione tra i ricavi dell'utilizzatore e i compensi spettanti per l'uso dei repertori tutelati nel senso che a parità di utilizzazione di repertori tutelati, ad esempio in un anno rispetto a quello precedente, i ricavi potrebbero essere diversi in ragione di fattori riconducibili ad altre legittime scelte dell'utilizzatore (ad esempio, con riguardo ad investimenti in tecnologie, in *talent* di successo, in promozione e così via).

---

emerge dallo stesso contributo, non tutte le norme della Direttiva Barnier espressamente riferite agli Organismi di Gestione Collettiva (OGC) si estendono alle Entità di Gestione Indipendenti (sul tema del trattamento differenziato delle EGI e degli OGC, v. anche i §§ 86-95 della sentenza della Corte di giustizia nella causa C-10/22). Tuttavia, il d.lgs. 35/2017 talora estende alle EGI norme che la Direttiva limita agli OGC (vedi ad esempio le norme del d. lgs. relative alla revoca del mandato di cui all'art. 4, c. 6, quelle relative agli "obblighi degli utilizzatori" di cui all'art. 23, nonché le norme di cui al Capo IV ed in specie quelle in materia di reclami e di risoluzione delle controversie). Talora, lo stesso d.lgs. 35/2017 si riferisce solo agli OGC e, nello stesso articolo, aggiunge il riferimento alle EGI (v. art. 4, c. 3 e art. 20). Infatti, questo contributo intende porre anche la questione se principi fondamentali, quali quella della ragionevolezza e della proporzionalità dei compensi, nonché quello della rappresentatività, debbano invero essere estesi a qualsiasi *collecting*, e cioè sia agli OGC sia alle EGI soprattutto dopo la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-10/22 (v. note *supra* 4 e 5).

<sup>8</sup> Occorre notare che, conformemente alla Direttiva Barnier, il c. 4 dell'art. 22 del d.lgs. 35/2017, non sembra espressamente riferito anche alle EGI, giusta il disposto dell'art. 3, c. 2 che prevede che le EGI sono soggette alle disposizioni di cui all'art. 22, c. 1 e non anche a quelle di cui ai restanti commi. V. però a questo riguardo le note *supra* 4 e 5.

Inoltre, l'art. 22 del d.lgs. 35/2017 impone la conformità ad ulteriori criteri che non si ritiene possano considerarsi superati dalla previsione dell'art. 180 LDA, come integrata dalla l. 214/2023.

Infatti, ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. 35/2017, «la concessione delle licenze avviene a condizioni commerciali eque e non discriminatorie e sulla base di criteri semplici, chiari, oggettivi e ragionevoli» (c. 3, primo periodo) e «le tariffe relative a diritti esclusivi e a diritti al compenso devono garantire ai titolari dei diritti una adeguata remunerazione ed essere ragionevoli (...), tenendo conto [...] del valore economico del servizio fornito dall'organismo di gestione collettiva» (c. 4).

Anche il principio della rappresentatività delle *collecting* (“criterio soggettivo”) appare essere un *acquis* nell'ambito del sistema unionale.

In particolare, dalla Direttiva Barnier sembrerebbe derivare che ciascuna *collecting*, nel negoziare i compensi, debba tenere conto della sua concreta rappresentatività da misurare in ragione del numero di autori o artisti rappresentati per ciascuna categoria di diritti, del numero di diritti conferiti in gestione alla *collecting* da parte di ciascun autore o artista e del “peso” di questi ultimi nelle opere o materiali protetti oggetto di utilizzazione. Ai fini della determinazione della rappresentatività occorrerebbe avere anche riguardo, per ciascun utilizzatore, all'effettivo suo utilizzo delle opere o dei materiali protetti amministrati, in tutto o in parte, dalla *collecting*. In altri termini, la rappresentatività non andrebbe misurata solo in rapporto al mercato dell'intermediazione dei diritti, bensì nei confronti del singolo utilizzatore e in rapporto all'incidenza del repertorio della singola *collecting* negli utilizzi di quest'ultimo.

La Direttiva Barnier invero attribuisce esplicito rilievo agli obblighi di trasparenza in capo alle *collecting* con riguardo alla “spendita” del proprio repertorio e dei diritti rappresentati.

A questo riguardo, l'art. 20 della Direttiva Barnier (art. 27, c. 2, del d.lgs. 35/2017)<sup>9</sup> prevede un obbligo di trasparenza in capo alle *collecting*, le quali su richiesta debitamente giustificata degli utilizzatori e senza ritardo, debbono inviare, per via elettronica, l'elenco delle opere e dei diritti rappresentati. Inoltre, l'art. 17 di tale direttiva (art. 23 del d. lgs. 35/2017)<sup>10</sup>, che disciplina gli obblighi di rendicontazione degli utilizzatori nei confronti delle *collecting*, stabilisce una correlazione tra le informazioni che l'utilizzatore deve fornire e la rappresentanza della *collecting*. Infatti, tale articolo prevede che «[...] gli utilizzatori facciano pervenire, [...] all'organismo di gestione collettiva le informazioni pertinenti a loro disposizione sull'utilizzo dei diritti rappresentati dall'organismo stesso che sono necessarie per la riscossione dei proventi dei diritti [...] e per la distribuzione e il pagamento degli importi dovuti ai titolari dei diritti». Dai considerando della Direttiva Barnier, emerge poi che una *collecting* può rappresentare un titolare di diritti anche solo in parte, dal momento che quest'ultimo ha la facoltà di affidare la gestione di alcuni diritti o categorie di diritti ad un'altra *collecting* (v. considerando 19 e 42). Quando poi la rappresentatività (e non la mera “rappresentanza”) diventa legislativamente un parametro di determinazione del compenso dovuto alle *collecting* si impone

---

<sup>9</sup> Questo articolo si estende anche alle EGI.

<sup>10</sup> Peraltro, come indicato *supra* alla nota 7, mentre l'art. 17 della Direttiva Barnier sembra riferirsi solo agli OGC, l'art. 23 del d.lgs. 35/2017 si estende espressamente anche alle EGI.

un'ulteriore riflessione.

Difatti, se la rappresentatività può assumere una certa valenza per la determinazione di un compenso di tipo forfettario, in un approccio di tipo analitico che guardi all'effettivo utilizzo della singola opera o materiale protetto (cd. *pay per use*) sembra che l'importanza della rappresentatività della *collecting* si attenui per dare maggiore spazio e centralità ai principi espressi nell'art. 22 del d.lgs. 35/2017 per la determinazione delle tariffe relative a diritti esclusivi e a diritti al compenso. In un approccio, infatti, di tipo analitico alla determinazione del compenso, i criteri di valorizzazione oggettiva dei diritti rivestono particolare importanza.

Questi criteri mirano a determinare il valore economico dell'utilizzo dei diritti intermediati dalla *collecting* per i propri autori o artisti presenti in un'opera o materiale protetto, considerando la natura e la portata dell'uso delle opere e degli altri materiali protetti, nonché il valore economico del servizio fornito dall'organismo di gestione collettiva.

In un approccio di quest'ultimo tipo, che appare particolarmente avanzato e più coerente con un mercato più aperto e competitivo, la determinazione delle formule dei compensi pone al centro il valore in sé dei diritti intermediati, indipendentemente dalla rappresentatività della stessa *collecting*.

### **3. Le competenze dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in materia di rappresentatività delle *collecting***

Partendo dall'assunto che la (ulteriore) codificazione normativa dei criteri oggettivi di valorizzazione economica dei diritti e di quelli soggettivi (e cioè della rappresentatività) non intendano introdurre nel sistema principi diversi da quelli già presenti nell'ordinamento unionale e fermi i rilievi espressi sopra in merito ad una nozione di rappresentatività che non sia applicata solo nelle circostanze che la richiedano, la novità della modifica introdotta dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza sembrerebbe risiedere nell'attribuzione all'AGCom<sup>11</sup> del compito di definire i criteri per la determinazione della rappresentatività degli organismi di gestione collettiva di cui all'art. 180 LDA, con riferimento a ciascuna categoria di diritti intermediati, seppur nei "limiti" del suddetto art. 180<sup>12</sup>.

Si tratta, peraltro, di un'attività regolamentare che AGCom ha già iniziato a svolgere, ma per finalità diverse da quella relativa alla determinazione dei compensi<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Il d.lgs. 35/2017 attribuisce ad AGCom competenze con riguardo agli Organismi di Gestione Collettiva (diversi da SIAE) e alle Entità di Gestione Indipendenti, tra cui quelle di accertamento del possesso dei requisiti, di pubblicazione sul suo sito dell'elenco delle imprese che hanno comunicato l'inizio delle attività e che risultano in possesso dei requisiti nonché dei soggetti che non risultano essere più in possesso dei requisiti. Inoltre, AGCom ha compiti di vigilanza e, in caso di accertata violazione degli obblighi di cui al d.lgs. 35/2017, applica sanzioni amministrative pecuniarie.

<sup>12</sup> Dopo la sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 2024, nella causa C-10/22, *LEA c. Jamendo*, la determinazione della rappresentatività dovrebbe essere estesa anche alle EGI. V. *supra* nota 1.

<sup>13</sup> Nell'ambito dei suoi poteri di vigilanza ai sensi del d.lgs. 35/2017, AGCom ha affermato che anche

Più in particolare, la LDA, come modificata dal d. lgs. 177/2021 di attuazione della direttiva (UE) 2019/790<sup>14</sup>, ed in specie il suo art. 180-ter, prevede che AGCom determini i tre organismi di gestione collettiva maggiormente rappresentativi per ciascuna categoria di titolari di diritti ai quali spettano i compensi di cui agli articoli 18-bis, 46-bis, 73, 73-bis, 80 e 84 della LDA. Nell'art. 8 dello schema di regolamento allegato A alla delibera 44/23/CONS, in attuazione del suddetto art. 180-ter LDA, AGCom propone una disciplina dei criteri di misurazione di tale rappresentatività.

Inoltre, AGCom è tenuta a svolgere analogo compito ai fini dell'applicazione dell'art. 16-ter LDA, introdotto dal d.lgs. 181/2021 di attuazione della direttiva (UE) 2019/789<sup>15</sup>, con riferimento alla rappresentanza degli apolidi, e cioè con riguardo ai soggetti che non hanno conferito ad una *collecting* il mandato per la gestione dei propri diritti relativi alle ritrasmissioni ivi disciplinate. Ai sensi di tale articolo, nel caso di pluralità di *collecting* per ciascuna categoria di titolari, AGCom deve determinare le tre *collecting* maggiormente rappresentative che possono rappresentare gli apolidi. Infatti, il c. 5 dell'art. 16-ter LDA prevede che «quando i titolari del diritto non hanno trasferito a un organismo di gestione collettiva la gestione del diritto (...), il diritto di concedere o di rifiutare l'autorizzazione per una ritrasmissione a loro nome spetta all'organismo di gestione collettiva che gestisce i diritti della stessa categoria di titolari e, nel caso di una pluralità di organismi, spetta ai tre organismi maggiormente rappresentativi per ciascuna categoria di titolari, sulla base dei criteri di rappresentatività individuati dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni». Tali criteri non risultano essere stati ancora dettati.

## 4. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra, emerge un quadro normativo che risulta, almeno *prima facie*, piuttosto frammentato e che potrebbe porre dubbi interpretativi in merito all'insieme delle norme applicabili alla disciplina delle *collecting*.

Le modifiche all'art. 180 LDA esprimono principi già contenuti nel d.lgs. 35/2017 e, semmai, esse appaiono riprenderli in modo fin troppo sintetico e non coordinato.

Per risolvere dubbi interpretativi ed applicativi, occorre dunque avere riguardo sempre

---

nel caso di compenso su base pay-per-use «[L]a compresenza di artisti tutelati da diverse *collecting* richiede necessariamente di misurare quanto ciascuna di esse è “rappresentativa” all'interno di un'opera» (delibera 220/23/CONS, 25). Tuttavia, ci si chiede se, in un contesto simile, il tema principale non sia la rappresentatività della *collecting*, considerando l'assenza di una tariffa unica da applicare alle singole opere o ai materiali protetti. Si direbbe piuttosto che qui il tema sia di carattere più generale, ossia quello della determinazione di un compenso ragionevole anche alla luce, per ciascuna singola opera o materiale protetto, del numero di titolari di diritti rappresentati dalla *collecting*.

<sup>14</sup> Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

<sup>15</sup> Direttiva (UE) 2019/789 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici e che modifica la direttiva 93/83/CEE del Consiglio.

a quest'ultimo decreto legislativo che non può dirsi superato *in parte qua*.

É altresì evidente che l'inserimento della modifica nella legge annuale sulla concorrenza attribuisce all'espreso riferimento alla «rappresentatività» di ciascuna *collecting* un'importanza particolare come se fosse finalizzato a rafforzare le condizioni per un concreto sviluppo del mercato dell'intermediazione dei diritti d'autore. Tuttavia, se così fosse, non si vede la ragione per cui tale sviluppo non debba essere promosso anche per l'intermediazione dei diritti d'autore non coperti dall'art. 180 LDA e per i diritti connessi.

Quanto al ruolo di AGCom, occorre valutare se, al fine di restituire al sistema una certa omogeneità, i suoi poteri in materia non possano essere estesi legislativamente a tutte le *collecting*, siano esse OGC o EGI<sup>16</sup>, nonché a tutti i diritti oggetto di intermediazione (d'autore e connessi), e non essere dunque riferiti al solo 180 LDA.

Infatti, la rappresentatività dovrebbe riguardare ogni e qualsiasi ambito presieduto dalla Direttiva Barnier, estendendosi dunque a qualsiasi diritto, d'autore e connesso, oggetto di intermediazione, a qualsiasi opera o materiale protetto e a qualsiasi *collecting*.

Dubbi potrebbero però sorgere sull'effettiva importanza della rappresentatività delle *collecting* in qualsiasi situazione. Infatti, la rappresentatività dovrebbe assumere rilevanza nel caso in cui i diritti siano valorizzati secondo un approccio forfettario. Nel caso di un modello di pagamento basato sul consumo (*pay-per-use*), il valore economico effettivo dell'utilizzo dei diritti intermediati da una *collecting* potrebbe invece assumere maggiore centralità, tenendo sempre conto naturalmente anche del numero di titolari rappresentati dalla stessa *collecting* per ciascuna opera o materiale protetto. Peraltro, questo aspetto riveste una certa rilevanza sia per gli utilizzatori sia per le *collecting* e meriterà quindi ulteriori riflessioni soprattutto alla luce della recentissima sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 2024 (causa C-10/22).

---

<sup>16</sup> Peraltro, già prima della sentenza della Corte di giustizia nella causa C-10/22 relativa al settore dei diritti d'autore, potrebbero esserci EGI nel settore dei diritti connessi

## **Elenco autori**

---

**Nicola Canzian**

ricercatore di diritto costituzionale, Università di Milano Bicocca

**Giovanna Capilli**

professore ordinario di diritto privato, Università San Raffaele

**Martina Cazzaniga**

dottoranda di ricerca in scienze giuridiche, Università di Milano Bicocca

**Pier Giorgio Chiara**

ricercatore di filosofia del diritto, Università di Bologna

**Liliana Ciliberti**

esperta di copyright e di regolamentazione dei media e delle comunicazioni elettroniche

**Salvatore Curreri**

professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Enna “Kore”

**Luca Di Majo**

ricercatore di istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi della Campania

**Federico Galli**

ricercatore di filosofia del diritto, Università di Bologna

**Maria Vittoria La Rosa**

avvocato in Roma

**Laura Liguori**

avvocato in Roma

**Giulia Napoli**

dottoranda di ricerca in scienze giuridiche, Università di Milano Bicocca

**Giulio Enea Vigevani**

professore ordinario di diritto costituzionale, Università di Milano Bicocca

**Vanessa Villanueva Collao**

Max Weber Postdoctoral Fellow in Law, European University Institute

**Vincenzo Zeno-Zencovich**

professore ordinario di diritto privato comparato, Università Roma Tre

## CODICE ETICO

La **Rivista di diritto dei media** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, il Comitato degli esperti per la valutazione e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

**Autori:** in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submission, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

**Direzione:** la direzione (ivi compresi direttori e vice-direttori) si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione (ivi compresi direttori e vice-direttori) non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

**Comitato degli esperti della valutazione:** i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.

