

Il perimetro del buon costume nelle manifestazioni del pensiero online*

Michela Tresca

Abstract

Il contributo affronta il tema del buon costume rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero sulla rete. Con riferimento a quello che costituisce l'unico limite esplicito previsto dall'art. 21 Cost., viene analizzato il contenuto della clausola costituzionale, il suo significato e la sua attualità nel contesto online. Sebbene nella società attuale la percezione dell'osceno è senza dubbio nella sua forma più permissiva, la diffusione di contenuti su Internet potrebbe portare a nuove o perlomeno più penetranti violazioni del buon costume.

In tal senso, una particolare attenzione va riservata ai minori, rispetto ai quali il buon costume si estende, al di là della semplice sfera sessuale, a qualsiasi contenuto diseducativo. In proposito, a fronte di particolari tutele previste per il mezzo radiotelevisivo, si riscontra un'inadeguatezza del quadro normativo di riferimento rispetto alle piattaforme online. Per quanto riguarda la pedopornografia, invece, il legislatore ha fornito una disciplina anche con specifico riferimento agli strumenti telematici.

The paper deals with the issue of common decency in relation to freedom of expression online. With respect to the only explicit limit provided for in Art. 21 of the Italian Constitution, it is analyzed the content, the meaning and the relevance of the constitutional clause on the online environment. Although in today's society the sense of the obscene is in the most permissive shape, the dissemination of content on the web could lead to new or at least more penetrating breaches of the common decency. In this sense, particular attention should be paid to children, in respect of which the common decency extends, beyond sexuality, to any non-educative content. If special protections are provided with regard to Radio-Television, the legal framework of online platforms is inadequate. Instead, regarding paedopornography, the legislator has regulated also technology devices.

Sommario

1. Premessa: l'estensione ad Internet dell'art. 21 Cost. – 2. Sulla nozione costituzionale di buon costume. – 3. La tutela del buon costume nelle manifestazioni del pensiero

* Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

online. – 4. Buon costume e tutela dei minori in Internet. – 4.1. Il contrasto alla pedo-pornografia online. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

Keywords

buon costume - Internet - manifestazione del pensiero - limiti - minori

1. Premessa: l'estensione ad Internet dell'art. 21 Cost.

Un approfondimento sul limite del buon costume nella libertà di espressione online richiede una riflessione preliminare sull'inquadramento costituzionale di Internet, muovendo dalla possibile estensione, anche nei suoi riguardi, dell'art. 21 Cost.

Il buon costume rappresenta, come noto, l'unico limite esplicito che il Costituente ha posto rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero¹.

Tale libertà è riconosciuta sia tramite la parola, lo scritto, che con riferimento a «ogni altro mezzo di diffusione». La scelta del legislatore costituzionale è andata, quindi, nel senso di non prevedere espressamente tutti i mezzi di diffusione del pensiero – almeno quelli all'epoca già presenti, salvo poi dedicare una disciplina quasi codicistica alla stampa, – ma di ricomprenderli genericamente nella locuzione con cui si chiude il primo comma².

In proposito, se parte della dottrina ha evidenziato il carattere anacronistico della disposizione costituzionale *de qua*³ e si è parlato di miopia del legislatore costituente nel prevedere delle ampie garanzie solo per la libertà di manifestazione del pensiero tramite la stampa⁴, vi è chi, invece, legge nella clausola «ogni altro mezzo di diffusione» un'apertura lasciata dal Costituente agli altri mezzi di diffusione del pensiero, che avrebbe permesso alla norma costituzionale di sopravvivere agli sviluppi dei mezzi di comunicazione di massa⁵.

¹ L'art. 21, c. 6, prevede che «sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

² C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 22, nt. 43, il quale sottolinea, in proposito, come «non la mera attitudine di un mezzo alla diffusione, bensì il riconoscimento “sociale” di tale attitudine sia essenziale perché il mezzo goda della relativa garanzia costituzionale».

³ B. Tonoletti, *Principi costituzionali dell'attività radiotelevisiva*, in M. Cuniberti - E. Lamarque - B. Tonoletti - G.E. Vigevani - M.P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 222.

⁴ La miopia del legislatore costituzionale è evidenziata da L. Paladin, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in L. Paladin (a cura di), *La libertà d'informazione*, Torino, 1979, 6, il quale rimprovera al Costituente di aver «preso di mira le esperienze del passato, ben più che le prospettive a venire». V. Schiavetti, *Libertà di stampa e libertà della stampa nei lavori dell'Assemblea costituente*, in Aa. Vv., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, I, Firenze, 1969, 452 s., che evidenzia come il costituente, avendo ben chiare le limitazioni a cui era stata sottoposta la libertà di stampa durante il regime fascista, prese in carico più le esperienze del passato che le prospettive del futuro, non considerando, il risvolto sociale e l'evoluzione che sarebbe derivata dal progresso tecnologico.

⁵ P. Costanzo, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in *Giur. Cost.*, III, 2010, 5239, il quale rileva come il riferimento ad «ogni altro mezzo di diffusione» abbia

Nell'aderire a quest'ultima interpretazione, non pare dubitabile che anche Internet sia un mezzo di diffusione del pensiero e che la libertà di espressione sulla rete rientri, quindi, nel paradigma di cui al primo comma dell'art. 21 Cost. Su tale impostazione, è parsa unanime la dottrina sin dalle prime riflessioni sul regime giuridico da accordare ad Internet⁶, tanto che l'orientamento prevalente va nel senso di assimilare Internet agli altri mezzi di diffusione del pensiero a cui fa generico riferimento la disposizione costituzionale.

Fatta rientrare l'espressione del pensiero online nel primo comma dell'art. 21 Cost., ne deriva, per coerenza logica oltre che per ragioni di natura giuridica, l'estensione alle manifestazioni del pensiero in rete dell'unico limite espressamente riferito alla libertà in parola⁷.

Da tale premessa deriva l'interesse nel verificare l'attualità del contenuto e il significato del buon costume nel contesto online.

2. Sulla nozione costituzionale di buon costume

Un'analisi sul significato della clausola costituzionale di buon costume risulta particolarmente complessa, trattandosi, evidentemente, di una nozione alquanto indeterminata. In questo senso, hanno contribuito anche le modifiche che il concetto di buon costume ha subito nel tempo, parallelamente al mutamento dei costumi sociali, adattandosi alle regole che l'opinione pubblica riconosce valide in un determinato momento storico.

Va dato conto, in proposito, di come in Assemblea costituente, nell'accogliere la nozione restrittiva di "buon costume", venne superato l'iniziale riferimento alla "morale pubblica", nonché alla "protezione della gioventù", al fine di evitare di inserire, all'interno della Carta, formule dotate di eccessiva indeterminatezza, che avrebbero aperto

«posto le indispensabili premesse per la sussunzione continua nella garanzia costituzionale di qualsiasi strumento che il progresso scientifico e tecnologico riesca a mettere a disposizione per prolungare la portata diffusiva delle proprie opinioni»; in tal senso, cfr. anche G. Corrias Lucente, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. Inf.*, 2000, 599, la quale definisce la previsione di cui dell'art. 21, c.1, Cost. una «clausola aperta ed estesa, dotata di ampia flessibilità, che evita la fossilizzazione alla tecnologia esistente» tramite la quale il «legislatore costituente ha consentito [...] l'integra sopravvivenza del principio di libera manifestazione del pensiero all'introduzione di mezzi di comunicazione di massa, neppure ipotizzabili all'atto di entrata in vigore della norma».

Tale è l'orientamento anche della più recente giurisprudenza rispetto all'inclusione del mezzo Internet: cfr., tra tutte, Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, che definisce lungimirante l'espressione utilizzata dal Costituente che «abbraccia anche internet, frontiera moderna per la diffusione dell'informazione professionale, ancorata ai valori della responsabilità e della correttezza».

⁶ Così, V. Zeno Zencovich, *Appunti sulla disciplina costituzionale delle telecomunicazioni*, in *Dir. Inf.*, 1996, 400; A. Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. Inf.*, 1996, 785 ss.; P. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. Inf.*, 1996, 838 ss.

⁷ Nel senso che l'art. 21 Cost., c. 6, si estende anche alle manifestazioni del pensiero tramite Internet, A. Cerri, *op. cit.*, 796; P. Costanzo, voce *Internet (dir. pubblico)*, in *Digesto disc. pubb.*, agg., Torino, 2000, 357; Id., *Le nuove forme di comunicazione: Internet*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 360; A. Valastro, *Art. 21*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Milano, 2006, 464; C. Di Lello, *Internet e Costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. Inf.*, 2007, 908 ss.

la strada a censure troppe generiche⁸.

La maggior parte della dottrina costituzionalistica ha ricondotto tale clausola alla nozione penalistica, identificata con il comune sentimento del pudore e, per questo, connessa alla sfera della morale sessuale⁹. Si è sostenuto, in questo senso, che tale limite sarebbe riferito alle sole manifestazioni consistenti in una perversione dei costumi¹⁰ o nell'eccitazione di istinti erotici¹¹ salvo estendersi, per i minori, anche ai contenuti immorali e diseducativi.

Il legislatore, dal canto suo, ha esteso in alcuni casi la tutela del buon costume anche nei confronti di quelle manifestazioni che, pur non toccando la sfera sessuale, possono turbare la sensibilità del destinatario¹².

A fronte di una nozione così indeterminata, in realtà, neanche l'intervento della Corte costituzionale è riuscito a fornire una lettura univoca¹³.

Se il giudice delle leggi ha respinto qualsiasi identificazione del buon costume con la morale dominante, infatti, non si è tuttavia limitato ad una nozione più restrittiva, legata al solo pudore sessuale¹⁴.

La Corte ha, infatti, più volte fatto riferimento al sentimento morale dei giovani¹⁵, nonché alla dignità umana e al rispetto della persona umana, chiamando in causa l'art.

⁸ Per una ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente, cfr. S. Grassi, *Rassegna sul concetto di buon costume nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, in *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, a cura del Segretariato Generale della Camera dei Deputati Roma, 1972, 15 ss.

⁹ In questo senso, C. Esposito, *op. cit.*, 42 s.; S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 135; P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 460; C. Chiola, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 8 s.

Minoritaria, invece, quella parte della dottrina che ha ricostruito la nozione di buon costume sulla base di norme civilistiche o principi costituzionali. V., in tal senso, P. Virga, *Diritto costituzionale*, Milano, 1979, 434; F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, Padova, 1962, 350; G. De Roberto, *Buon costume I) diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988.

¹⁰ C. Esposito, *op. cit.*, 42, nt. 95.

¹¹ S. Fois, *op. cit.*, 136.

¹² In questo senso, l'art. 725 c.p., che punisce il «commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza», nonché l'art. 15 della l. 47/1948, che estende le sanzioni previste per la diffusione dei contenuti osceni anche alle «pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante» atte a «turbare il comune sentimento della morale e l'ordine familiare».

¹³ M. Manetti, *I limiti oggettivi. (Segue): il limite del buon costume*, in A. Pace - M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero, Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 2006, 220. La mancata ricostruzione univoca del concetto di buon costume da parte della Corte costituzionale viene sottolineata anche da C. Chiola, *Informazione, pensiero, radiotelevisione. Problemi concreti. Commenti*, Napoli, 1984, 51 ss.

¹⁴ 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*, Torino, 174, al quale si rimanda per un'analisi più dettagliata della giurisprudenza costituzionale in materia.

¹⁵ In questo senso, C. Cost., sent. 9/1965 in cui, nel respingere la questione di legittimità costituzionale in merito all'art. 553 c.p. che puniva l'incitazione e la propaganda di pratiche contro la procreazione, la Corte afferma che il limite del buon costume di cui all'art. 21 Cost, c. 6, va interpretato come «insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione» la cui inosservanza violi oltre che il pudore sessuale anche il «sentimento morale dei giovani».

Il riferimento più generale alla morale, oltre che al sentimento del pudore, si rinviene anche nelle sentt. 25/1965, 191/1970.

2 Cost.¹⁶.

Il riferimento alla morale è stato utilizzato anche per sottolineare la mutevolezza del concetto, il quale ha conosciuto diverse interpretazioni, adattandosi alla morale corrente. La Corte ha evidenziato, in proposito, come il buon costume è da ricostruire in base a «ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo»¹⁷.

Rispetto a un quadro così incerto, il tentativo di delimitare la nozione costituzionale di buon costume si fa ancora più complesso per le manifestazioni del pensiero diffuse sul web, rispetto alle quali proprio il contesto telematico concorre a rendere ancora più problematica una concezione del buon costume in senso unitario e a condurre verso una nozione maggiormente “inafferrabile” e “astratta”¹⁸.

3. La tutela del buon costume nelle manifestazioni del pensiero online

Il buon costume è oggi certamente lontano da ciò che con esso si intendeva nel momento dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, soprattutto se si considera il maggior grado di tolleranza nei confronti delle espressioni pubbliche della sessualità, alla luce di una diversa percezione di ciò che si considera osceno.

Tuttavia, le potenzialità offerte dalle tecnologie informatiche e la diffusività del mezzo potrebbero condurre a forme più penetranti di aggressione al buon costume, anche se nel suo aspetto più elastico e permissivo.

Su Internet chiunque può, in qualsiasi momento, inserire contenuti, con o senza finalità lucrative. A ciò si aggiunge che il dato, una volta immesso online, è destinato a rimanere nell'eternità mediatica e potrebbe propagarsi all'infinito. Gli strumenti forniti dal

¹⁶ Così, C. Cost., sent. 293/2000, in base alla quale il divieto di pubblicazioni dal contenuto impressionante o raccapricciante che possano «turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare» ex art. 15 della l. 47/1948, non contrasta con la Costituzione proprio perché è diretto a tutelare la dignità umana. La Corte rimarca come il «comune sentimento della morale» non vada inteso come morale dominante, ma piuttosto come «ciò che è comune [...] alla pluralità di concezioni etiche che convivono nella società contemporanea» da leggere come «rispetto della persona umana». L'art. 15 della legge sulla stampa è stato quindi salvata da giudizio di incostituzionalità, giacché – in base a detta interpretazione – lesive del buon costume possono essere diverse condotte materiali tali da turbare la sensibilità dello spettatore, al di là del fatto che si tratti di manifestazioni riferite alla sessualità.

La dignità umana viene richiamata dalla Corte costituzionale già nella sent. 368/1992, in cui si fa riferimento al rispetto dei «contenuti morali», nonché alle «modalità di espressione del costume sessuale indispensabili per assicurare una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone».

¹⁷ Ancora C. Cost., sent. 293/2000. La mutevolezza del concetto di buon costume era già stata rilevata nella sent. 191/1970, in cui la Corte evidenzia come «il costume varia notevolmente secondo le condizioni storiche dell'ambiente e di cultura»; sent. 49/1971 ove, nel rovesciare la decisione di rigetto della questione di legittimità costituzionale con riferimento alla norma contro l'incitamento e la propaganda di pratiche contro la procreazione espressa con sent. 9/1965, la Corte fa riferimento all'evoluzione della coscienza sociale, alla luce della quale gli stessi comportamenti non potevano più essere considerati lesivi del buon costume.

¹⁸ Così, L. Pedullà, *Accesso a Internet, libertà religiosa informatica e buon costume*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 35, 2012, 14. *Contra* R. Perrone, *Buon costume e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, 294, in base al quale Internet non avrebbe inciso sul contenuto della clausola di buon costume.

web attraverso il *tagging*, i *like* e la condivisione portano il video, lo scritto o l'immagine a sottrarsi dal controllo di colui che lo ha inserito e dalla fonte originaria.

Questo fa sì che nel caso di inserimento di un contenuto illecito, esso possa essere più pericoloso rispetto alla sua diffusione tramite gli strumenti tradizionali, anzitutto perché è potenzialmente destinato a raggiungere un numero indefinito di persone.

A tal proposito, vanno verificate le tutele che appresta oggi l'ordinamento rispetto alla circolazione sul web dei contenuti osceni o, più in generale, lesivi del buon costume.

Tra le fattispecie previste dal legislatore, l'art. 528 c.p. punisce l'acquisto, la detenzione, l'esportazione o la messa in circolazione di «scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie». Detta norma è stata oggetto di depenalizzazione nel 2016 (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8), ad eccezione del caso in cui, al fine della circolazione, sia utilizzato «qualsiasi mezzo di pubblicità»¹⁹.

È stato rilevato, in proposito, come Internet sia da considerare un mezzo di pubblicità, tale per cui la trasmissione di scritti, disegni e immagini osceni sul web debba configurare un illecito penale²⁰, in quanto va oltre la semplice diffusione o messa in circolazione prevista dal primo comma dell'art. 528 c.p. e oggetto di depenalizzazione. Sebbene sul punto non si sia mai pronunciata la giurisprudenza, la posizione del giudice di legittimità rispetto ad altri contenuti illeciti che circolano in rete è ormai consolidata, tanto da poter avvalorare tale impostazione. È il caso, ad esempio, del reato di diffamazione online, che la Cassazione fa rientrare nella fattispecie aggravata prevista dal terzo comma dell'art. 595 c.p., giacché la diffusività del mezzo Internet è tale da poterlo ricondurre all'ipotesi di «ogni altro mezzo di pubblicità» che giustifica l'aggravante²¹.

Più problematica è, invece, l'applicazione all'online di altre fattispecie. È il caso dell'art. 15 della l. 47/1948, che estende le sanzioni previste dall'art. 528 c.p. agli stampati dal contenuto impressionante o raccapricciante, atti a «turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti». Tale disposizione, che tra l'altro amplia la tutela penale del buon costume oltre la sfera del pudore sessuale, facendo riferimento alla più generale sensibilità dello spettatore, è stata dettata con riferimento alla stampa cartacea.

Contemplando, detta norma, i soli stampati, si dovrebbe concludere, alla luce del divieto di analogia in *malam partem* e del principio di tassatività in materia penale, in merito alla non estensione della fattispecie alle pubblicazioni online. D'altronde, la sua applicazione anche al settore radiotelevisivo è avvenuta con uno specifico intervento

¹⁹ Sono da considerare «osceni», in base l'art. 529 c.p., «gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore».

²⁰ C. Melzi d'Eril - G.E. Vigevani, *Lo statuto dell'informazione su Internet*, in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 250 s.

²¹ Tale è l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione sin dalle prime pronunce in materia: cfr., in tal senso, Cass. pen., sez. V, 27 dicembre 2000, n. 4741, in cui si evidenzia come, proprio alla luce della grande pervasività del mezzo Internet, qualsiasi comunicazione sul web deve intendersi potenzialmente *erga omnes*. Tale orientamento è rimasto costante nel tempo; tra le pronunce più recenti, e con specifico riferimento al reato di diffamazione tramite social network, cfr. Cass. pen., sez. I, 6 giugno 2014, n. 12761; Cass. pen., sez. I, 8 giugno 2015, n. 24431, Cass. pen., sez. V, 1° marzo 2016, n. 8328, Cass. pen., sez. I, 2 gennaio 2017, n. 50.

del legislatore (art. 30, c. 2, l. 223/1990)²².

Tuttavia, non può totalmente escludersi una diversa lettura della disposizione, tale da ricomprendere anche l'online, dal momento che la giurisprudenza più recente sembra aggirare i suddetti principi in materia penale. Nel far riferimento a una nozione estensiva di "stampa" fornita dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2015²³, infatti, lo stesso giudice di legittimità ha esteso anche ai giornali online, che abbiano medesime caratteristiche e finalità del giornale cartaceo, l'art. 57 c.p., che prevede la responsabilità del direttore e del vicedirettore sul contenuto del periodico²⁴. Non si può escludere, per tale via, che il giudice arrivi ad estendere all'online – o per lo meno a ciò che ricomprende oggi nella nozione estensiva di stampa – anche la fattispecie prevista dall'art. 15 della l. 47/1948. Sarebbe, invece, da negare la sua applicazione agli altri mezzi di diffusione sul web, diversi dalla stampa, rispetto ai quali la giurisprudenza continua a escludere qualsiasi equiparazione con la stampa tradizionale²⁵.

In ogni caso, va considerato, con specifico riferimento ai contenuti pornografici, come – al di là degli interventi del legislatore in materia – la circolazione di prodotti dal contenuto sessualmente esplicito, è stata nei fatti sempre ampiamente tollerata e libera. Tale circostanza è da ricondurre, già prima della recente depenalizzazione, ad un'impostazione più liberale che si è affermata a partire dagli anni '90, tanto da parte della Corte di Cassazione che della Corte costituzionale. In base a tale ricostruzione, l'osceno non è da considerare tale in sé, ma alla luce del contesto in cui viene divulgato e alla pubblicità che riceve il contenuto, nel senso della possibilità, per un numero indeterminato di persone, di percepire l'osceno²⁶.

²² È da notare come detta disposizione estende esplicitamente al settore radiotelevisivo anche le previsioni di cui all'art. 528 c.p.

²³ Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in base alla quale un giornale o un periodico rientra a pieno titolo nel concetto di stampa se, pur se diffuso online, presenta «una propria testata identificativa, [è] diffuso con regolarità in rete; ha la finalità di raccogliere, commentare e criticare notizie di attualità dirette al pubblico; ha un direttore responsabile, iscritto all'Albo dei giornalisti; è registrato presso il Tribunale del luogo in cui ha sede la redazione; ha un hosting provider, che funge da stampatore, e un editore registrato presso il ROC».

²⁴ Così, Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398; Cass. pen., sez. V, 23 ottobre 2018, n. 1275.

²⁵ Cfr., in questo senso, sempre Cass., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in cui vengono esclusi espressamente dal concetto di stampa blog, forum di discussione e tutti gli altri mezzi di manifestazione del pensiero presenti online. Tale orientamento è stato ribadito in Cass. pen., sez. V, 1° febbraio 2017, n. 4873.

²⁶ Tale impostazione fu dapprima accolta dal legislatore che, con l. 355/1975, introdusse un'esenzione di responsabilità per gli edicolanti nel caso in cui il materiale pornografico non fosse stato esposto al pubblico, in modo da rendere visibili le parti oscene e che non venisse offerto ai minori di sedici anni. Per quanto riguarda la giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. un. 1° ottobre 1991, in cui la Corte rileva come, l'idoneità di un prodotto ad offendere il pudore, al fine di ricomprenderlo tra i prodotti osceni ex art. 529 c.p., deve tener conto delle modalità in cui esso viene diffuso e la fruizione da parte del pubblico. Da ciò deriva che, nel caso in cui il prodotto non sia destinato ad essere visionato da adulti che non abbiano liberamente e consapevolmente deciso di fruirne ovvero da minori, allora non sarebbe da ravvisare alcuna idoneità ad offendere il pudore di alcuno.

La posizione della Corte di Cassazione viene ribadita un anno dopo dalla Corte costituzionale: cfr., in tal senso, C. Cost., sent. 368/1992, in cui la Corte afferma che l'art. 528 c.p., nel punire la detenzione di materiale osceno anche in presenza di cautele nella custodia e commercializzazione del prodotto, deve essere interpretata nel senso che la visione di tali prodotti da parte di adulti consapevoli e liberamente determinati a fruirne non è volto a offendere il pudore e quindi non è penalmente rilevante.

In questo modo, la giurisprudenza ha ritenuto che, anche alla luce del mutamento del costume sociale, la messa in circolazione e la fruizione di prodotti osceni da parte di adulti consapevoli e liberamente determinati a fruirne non abbia alcun impatto sul turbamento della sensibilità del pubblico, tale per cui non è atta a contrastare con il limite costituzionalmente posto del buon costume.

Estese tali argomentazioni all'online, sembra ragionevole ritenere che anche la circolazione in rete di materiale osceno debba essere considerata lecita, ed esuli da qualsiasi sanzione, «purché l'utente percepisca con chiarezza che stia entrando in contatto con materiale hard core»²⁷.

In questo senso, è stato evidenziato come anche su Internet non rilevi tanto la presenza in rete di materiale potenzialmente offensivo della sensibilità di adulti non consenzienti o di minori, bensì la predisposizione, da parte del gestore del sito o di chi rende disponibile l'accesso a terzi, di strumenti volti ad evitare che i contenuti osceni raggiungano inconsapevolmente soggetti adulti e, ancor di più, i minori²⁸.

Da tali considerazioni deriva che, se l'utente non si imbatte casualmente nel contenuto osceno e questo sia chiaramente identificabile e accessibile tramite una specifica e consapevole chiave di ricerca, la circolazione di materiale potenzialmente lesivo del pudore non è da considerarsi illecita²⁹.

Rispetto al contesto online, tuttavia, va tenuta conto, da un lato, la difficoltà di introdurre in Internet sicuri limiti all'accesso e di garantire sempre l'identificazione dell'età anagrafica dell'utente, a cui si aggiunge, dall'altro, il già rilevato carattere della diffusività, proprio del web, per cui la messa in circolazione di materiale osceno in rete potrebbe presentare potenzialità lesive di gran lunga superiori rispetto a qualsiasi altra forma di circolazione di informazioni³⁰. Tali considerazioni valgono ancor di più nel caso in cui i destinatari siano minori.

4. Buon costume e tutela dei minori in Internet

Come anticipato, rispetto ai minori, la tutela del buon costume è certamente più ampia, tanto da estendersi anche alle manifestazioni nocive per il loro generale sviluppo fisico, mentale e morale. In questo senso, quindi, anche le manifestazioni semplicemente immorali e diseducative sono da considerare in contrasto con la tutela che va accordata al buon costume.

Tale interpretazione si ricaverebbe dal combinato disposto degli artt. 21, 30 e 31 Cost.,

²⁷ C. Melzi d'Eril - G.E. Vigevani, *Lo statuto dell'informazione su Internet*, cit., 251.

²⁸ M. Cuniberti, *Il limite del buon costume*, in M. Cuniberti - E. Lamarque - B. Tonoletti - G.E. Vigevani - M.P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., 58.

²⁹ M. Cuniberti, *Il buon costume e i reati di opinione*, cit., 183.

³⁰ Opposta, in realtà, la posizione di P. Costanzo, *Le nuove forme di comunicazione: Internet*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 361 s., che evidenzia come Internet rappresenti, in realtà, il «mezzo meno pericoloso tra quelli finora conosciuti», dal momento che l'accesso ad Internet non è né agevole, né facilmente disponibile, bensì richiede «una precisa pulsione della volontà e dell'intelligenza [...] e non di rado l'inserimento di una o più password», tale per cui qualsiasi legislazione repressiva sarebbe da ritenere costituzionalmente inadeguata.

alla luce dei quali lo Stato, dato il suo ruolo sussidiario rispetto alla famiglia con riferimento all'educazione dei figli, può vietare quelle manifestazioni che possono turbare il processo educativo e che siano contrarie alla morale³¹.

Ciò ha giustificato, ad esempio, l'introduzione di una serie di divieti e di misure nella diffusione di contenuti tramite il mezzo radiotelevisivo³².

Rispetto alla circolazione di tali tipi di contenuti sulla rete, va invece ravvisata una maggiore difficoltà di fornire un'adeguata tutela ai minori.

Ciò è vero, anzitutto, alla luce di alcune caratteristiche del web, tra le quali occorre di nuovo citare oltre alla diffusività propria del mezzo, la possibilità di agire in anonimato e di creare profili falsi, nonché la mancanza – in alcuni siti – di chiavi di accesso connesse con l'identificazione dell'età anagrafica dell'utente.

A fronte di tali caratteri, che derivano dalla natura intrinseca di Internet, si pone un'assenza di regolamentazione dei contenuti in rete.

Da ciò potrebbe derivare non solo una maggiore facilità per i minori di raggiungere consapevolmente tali tipi di contenuti, ma altresì una maggiore probabilità che i minori diventino spettatori involontari di contenuti osceni o diseducativi.

In tal senso, va quindi ravvisata una differenziazione di tutela accordata al minore a seconda del mezzo utilizzato.

Se con riguardo ai contenuti radiotelevisivi, il minore riceve infatti un'ampia tutela, estesa poi anche alla TV via web, manca una regolamentazione specifica delle piattaforme online. In tal senso, è stato rilevato come ciò metta in discussione l'effettività delle tutele previste dal Testo Unico della radiotelevisione, rispetto alla figura del "fornitore dei servizi media audiovisivi", a fronte di soggetti che operano in rete e che esulano da qualsiasi responsabilità di natura editoriale e non esercitano un controllo effettivo sui contenuti veicolati³³. Da ciò deriva che la tutela che il mezzo radiotelevisivo garantisce al minore finisce per essere ridimensionata, a fronte di un'assenza di garanzia per il mezzo Internet che, tra l'altro, costituisce oggi uno dei maggiori mezzi di comunicazione e diffusione del pensiero, soprattutto da parte delle generazioni più giovani³⁴.

Con riferimento al contesto online, è da evidenziare piuttosto una spinta verso forme di autoregolamentazione, attraverso l'elaborazione di Codici, Carte o Linee guida, che

³¹ Sul punto, cfr. M. Manetti, *I limiti oggettivi. (Segue): Il limite del buon costume*, cit., 207, la quale evidenzia come l'accostamento tra limite del buon costume e limiti a tutela dei minori è proseguito dalla discussione in Assemblea costituente, sino alla legislazione ordinaria successiva.

³² Si veda, in proposito l'art. 34 del Testo unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici (d.lgs. 177/2005 e successive modifiche) che ha previsto il divieto di trasmissioni che possono nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minorenni e ha imposto dei limiti di fascia oraria e accorgimenti tecnici volti ad evitare che il minore entri in contatto con tali contenuti.

³³ Così AGCOM, *Libro bianco media e minori 2.0 – review*, 2018, 83.

³⁴ Medesime considerazioni possono essere svolte anche con riferimento ad altri ambiti. Si pensi, ad esempio, alla par condicio rispetto alla quale la l. 28/2000 disciplina in maniera puntuale la comunicazione politica sul mezzo radiotelevisivo, a fronte di un'assenza di regolamentazione sulla rete. Su tale punto si rimanda a M. Manetti, *Libertà di pensiero e comunicazione politica*, 2011, la quale evidenzia come un sistema di regolamentazione puntuale e rigoroso del mezzo radiotelevisivo a fronte di una completa libertà della comunicazione su Internet potrebbe comportare il rischio che, soprattutto a fronte della grande capacità di mobilitazione della rete, la disciplina della par condicio del mezzo radiotelevisivo diventi superflua se non addirittura iniqua.

rientrano a tutti gli effetti nel *soft law*. È il caso, da ultimo, del Libro Bianco dell'AGCOM "Media e minori" 2.0 del 2018.

Nel frattempo, inoltre, l'ordinamento europeo, sta spingendo verso interventi normativi, tanto che è da ultimo intervenuta la direttiva 1808/2018/UE che, nel riformare la disciplina europea in materia di servizi audiovisivi per far fronte agli sviluppi tecnologici, impone ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video l'adozione di misure appropriate per tutelare i minori dai contenuti che possono nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale, ferma restando, in ogni caso, l'esenzione di responsabilità prevista per i fornitori di servizi della società dell'informazione³⁵.

Al di là della verifica di come tale direttiva sarà recepita negli Stati membri³⁶, l'atto europeo incentiva forme di co-regolazione e autoregolamentazione, nonché l'implementazione di strumenti di filtraggio e controllo successivo che in parte sono già predisposti dagli Internet service provider (*safe search* di Google e altri filtri³⁷). Rispetto a tali strumenti tecnici, a fianco alle misure attivate dagli stessi utenti (*parental control*), si evidenzia come potrebbero scontare il limite di essere rimessi alla volontaria iniziativa dei gestori dei siti web o, appunto, dell'utente.

Sul punto è bene comunque tener presente, se fosse necessario sottolinearlo, come la fruizione della connessione ad Internet da parte del minore, presupponendo la stipula di un contratto e quindi la maggiore età dei contraenti, avviene sempre sulla base del consenso di una persona maggiorenne. Spetta, quindi, al genitore assicurare che il minore utilizzi la connessione in modo appropriato³⁸. Ciò non toglie che lo Stato, come avviene per i contenuti radiotelevisivi, dato il suo ruolo sussidiario rispetto alla famiglia con riferimento all'educazione dei figli, vieti quelle manifestazioni che possano turbare il processo educativo dei minori.

In conclusione, va sottolineato come, se sono senz'altro auspicabili interventi più incisivi per tutelare i minori su Internet, applicare regole stringenti al web resta, al tempo stesso, tecnicamente molto arduo. Ciò vale soprattutto se si intende ricorrere a strumenti normativi dall'estensione territoriale nazionale, che risultano inadeguati a disciplinare un contesto trans-territoriale se non addirittura a-territoriale. In questo senso, l'adozione di Linee guida e di Codici di autoregolamentazione e la collaborazione da parte degli stessi operatori della rete che ne consegue, sembra la strada da seguire ed è quella effettivamente intrapresa più di recente dalle istituzioni europee³⁹.

³⁵ Su questo, la direttiva 2000/31/CE (c.d. "Direttiva E-Commerce") esclude in capo agli Internet service provider un obbligo generale di sorveglianza e di ricercare attivamente contenuti illeciti nelle proprie piattaforme.

³⁶ Per il recepimento della direttiva è stato fissato il termine è del 19 settembre 2020. Per un commento su tale intervento, cfr. F. Donati, *La tutela dei minori nella direttiva 2018/1808*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 60 ss.

³⁷ La *safe search* di Google è un filtro alla ricerca che può essere graduato a differente scala di intensità, ed impedisce la visualizzazione di immagini o video inadatti al minore, o sgraditi al maggiorenne.

³⁸ M. Cuniberti, *Il buon costume e i reati di opinione*, cit., 183.

³⁹ Si possono citare, in proposito, il Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online del 2016 o, ancora, il Codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2018.

4.1. Il contrasto alla pedopornografia online

Considerazioni diverse vanno svolte rispetto ai contenuti pedopornografici, ove i minori non sono solo potenziali spettatori, ma vengono utilizzati al fine della realizzazione del prodotto.

Oltre a una grande attenzione già da tempo dimostrata tanto a livello internazionale che europeo⁴⁰, il legislatore italiano ha disciplinato anche il contesto telematico. Come di consueto, tuttavia, un ruolo decisivo in materia è stato poi rivestito dalla giurisprudenza.

La fattispecie criminosa compiuta online, infatti, ha trovato una formalizzazione sul piano normativo nell'art. 600-ter, che nel sanzionare la distribuzione, la divulgazione, la diffusione o la pubblicizzazione di materiale pornografico in cui sono stati utilizzati minori, fa espresso riferimento a «qualsiasi mezzo, anche per via telematica»⁴¹.

Il giudice di legittimità ha poi specificato la configurazione di tale reato rispetto al contesto online. Nella specie, in un recente arresto, le Sezioni Unite hanno definito ormai “anacronistica” la ricostruzione del reato di produzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-ter come reato di pericolo concreto, che si sostanzierebbe solo laddove venga accertata la sussistenza del reale pericolo di diffusione di detto materiale⁴². La Suprema Corte sottolinea, infatti, che è proprio alla luce del mutato contesto sociale e della “accessibilità generalizzata” offerta da Internet, che permette più facilmente e velocemente lo scambio e la diffusione di immagini, che l'art. 600-ter deve essere interpretato come reato di danno. In altre parole, il ricorso alle nuove tecnologie avrebbe oramai generalizzato il pericolo di diffusione, per cui quest'ultimo

⁴⁰ A livello europeo, occorre citare la decisione 2000/375/GAI del Consiglio, relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet, con la quale gli Stati membri e i privati operanti nel settore venivano invitati a collaborare nella predisposizione di filtri e altri strumenti al fine di individuare e porre un ostacolo alla diffusione di materiale pedopornografico.

In materia, è poi intervenuta la direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile che ha sostituito la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio.

Inoltre, per quanto riguarda il Consiglio d'Europa, va citata la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali del 25 ottobre 2007, che richiede agli Stati di prevedere come reato la pornografia minorile, facendo espresso riferimento anche all'utilizzo delle nuove tecnologie (art. 20). Detta Convenzione è stata ratificata a livello interno dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172, che ha modificato, tra le altre, le previsioni del codice penale sull'adescamento dei minori, anche attraverso Internet, e sulla pornografia minorile.

⁴¹ Tale norma, introdotta dall'art. 3 della l. 3 agosto 1998, n. 269, è stata più volte modificata. In particolare, per quel che interessa in questa sede, il verbo “diffonde”, riportato nel c. 3, in base al quale «chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645», è stato inserito in seguito alla modifica introdotta con la l. 38/2006, proprio allo scopo di risolvere dubbi che erano sorti in merito alla possibilità di far rientrare nella fattispecie prevista la condivisione di fotografie pedopornografiche attraverso le *chat lines*. Sul punto, cfr. A. Spangaro, *Tutela dei minori e delle fasce deboli*, in G. Finocchiaro – F. Delfini (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milano, 2014, 229.

⁴² Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2018, n. 51815, su cui vedi nota di R. Bertolesi, *Produzione di materiale pornografico: per le Sezioni Unite non è necessario l'accertamento del pericolo di diffusione*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2018.

non può più costituire un criterio dirimente al fine della configurazione del reato.

Alla previsione appena analizzata, si aggiunge l'art. 600-*quater*, che sanziona chiunque detenga materiale pedopornografico, purché si tratti di detenzione consapevole. Pur mancando in questo caso uno specifico riferimento ad Internet, sarebbero da escludere, se estesa la fattispecie al contesto telematico, i casi in cui i contenuti pedopornografici siano raggiunti involontariamente nel corso della navigazione su Internet e il file sia archiviato automaticamente nel computer. In particolare, in merito a tale profilo, si è più volte pronunciata la giurisprudenza, che ha specificato, rispetto alle fattispecie concrete, i casi in cui si possa ravvisare una detenzione consapevole.

Al di là dell'ambito penale, è stata poi prevista l'istituzione, presso il Ministero dell'interno, del Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet, con il compito di raccogliere le segnalazioni in merito a siti che diffondono materiale a contenuto sessuale in cui siano utilizzati i minori, nonché l'istituzione, presso il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri, dell'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile, con il compito di acquisire e monitorare i dati e le informazioni relativi alle attività svolte da tutte le pubbliche amministrazioni, per la prevenzione e la repressione della pedofilia⁴³.

Sempre tra gli interventi legislativi di natura extra-penale, va dato conto della recente legge contro il cyberbullismo⁴⁴, che ha previsto un programma di azione a supporto dell'educazione dei minori sull'utilizzo consapevole delle nuove tecnologie, in cui possono considerarsi compresi, tra gli usi distorti che si intende contrastare, il *sexting* e il *revenge porn*.

Con riferimento alla pedopornografia, quindi, il legislatore sembra aver tenuto in maggiore considerazione, a differenza del suo tradizionale approccio rispetto ad Internet, come gli strumenti telematici rendano il contenuto immesso più facilmente raggiungibile da un ampio numero di utenti, per di più con la possibilità che lo scambio possa avvenire in forme del tutto anonime e che raggiunga, allo stesso tempo, più persone.

5. Qualche considerazione conclusiva

Alla luce di quanto sin qui esaminato, è possibile rilevare, anzitutto, come il sesto comma dell'art. 21 Cost. operi in tutta la sua estensione anche nei confronti delle manifestazioni del pensiero diffuse tramite Internet.

Può altresì rimarcarsi l'attualità della clausola di "buon costume" rispetto a mezzi nuovi e del tutto peculiari, nonché a fronte di una modifica del senso del pudore e di ciò che viene considerato osceno.

In proposito, non si può non rilevare come Internet possa condurre, per le sue caratteristiche intrinseche, a nuove forme – o perlomeno a forme più penetranti – di aggres-

⁴³ L'art. 19 della citata l. 6 febbraio 2006, n. 38, recante Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet.

⁴⁴ L. 29 maggio 2017, n. 71, recante "Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", su cui vedi, per un commento, C. Panicali, *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n.71/2017 e la tutela penale*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2017, 2081 ss.

sione al buon costume, benché operi in un contesto socio-culturale in cui è più alta la tolleranza nei confronti di manifestazioni pubbliche relative alla sessualità, giacché mutata è la percezione dell'osceno.

Ciò non deve indurre a ritenere che il limite costituzionale abbia perso la sua attualità. Si è dato conto di come, ancora oggi, assuma rilevanza il contesto di diffusione, oltre che la pubblicità che viene data al contenuto indecente. Da ciò deriva che, se i contenuti osceni non raggiungono involontariamente gli utenti, la loro circolazione sul web non deve considerarsi in contrasto con il limite del buon costume.

Per quanto riguarda i minori, poi, la tutela si amplia in modo da ricomprendere tutte quelle espressioni del pensiero che potrebbero essere lesive del loro sviluppo fisico, mentale e morale. Ciò deve essere tenuto presente soprattutto rispetto al sempre più frequente e tendenzialmente illimitato utilizzo della rete da parte di questa categoria vulnerabile di destinatari.

A fronte delle opportunità offerte dalle tecnologie di informazione in termini di diffusione e di fruizione dei contenuti, quindi, si ravvisa l'opportunità di nuovi interventi a tutela dei contenuti osceni o anche semplicemente diseducativi per i minori, di modo che il vecchio ma ancora attuale limite del buon costume non si riduca ad una mera enunciazione di principio.