



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
"DIRITTO COSTITUZIONALE"

CICLO XXV

COORDINATORE Prof. Andrea Pugiotto

Il «buon costume» come limite ai diritti: prospettive e problematiche

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

Dottorando

Dott. Roberto Perrone

Tutore

Prof. Andrea Guazzarotti

Anni 2010/2013

A mio padre

INDICE

Indice	5
Introduzione	7
Parte I – Il «buon costume» nell'ordinamento italiano	13
Capitolo I – Genesi del «buon costume» nell'ordinamento repubblicano	15
1. <i>Cenni storici sulla nozione di «buon costume»</i>	15
2. <i>Ricognizione del dato normativo vigente</i>	18
3. <i>Il dibattito in Assemblea Costituente</i>	26
4. <i>Considerazioni di sintesi</i>	33
Capitolo II – Il buon costume nella giurisprudenza costituzionale italiana	37
1. <i>Considerazioni introduttive</i>	37
2. <i>Immoralità, sanità e sicurezza pubblica: le sentt. 2/1956 e 23/1964</i>	39
3. <i>Un confine tra «moralità pubblica» e «morale privata»: la sent. 9/1965</i>	41
4. <i>La dimensione pubblica del «buon costume»: la sent. 368/1992</i>	45
5. <i>Verso un minimo comune denominatore etico: la sent. 293/2000</i>	48
Capitolo III – Il «buon costume» nella giurisprudenza ordinaria civile e penale	53
1. <i>Considerazioni introduttive</i>	53
2. <i>La giurisprudenza penale in materia di osceno</i>	54
3. <i>«Pubblica decenza» e «costume sociale»: gli artt. 725 e 726 c.p.</i>	71
4. <i>La (scarsa) applicazione giurisprudenziale degli artt. 14 e 15 l. 47/1948</i>	76
5. <i>«Buon costume» e libertà di culto: le prese di posizione della giurisprudenza penale</i>	79
6. <i>Il «buon costume» nella giurisprudenza civile</i>	82
7. <i>Il fenomeno delle ordinanze anti-prostituzione</i>	88
8. <i>Le pronunce delle Commissioni per la revisione cinematografica</i>	99
9. <i>La «giurisprudenza» del Giuri di autodisciplina pubblicitaria</i>	105
10. <i>Considerazioni di sintesi</i>	110
Capitolo IV – Il «buon costume» nelle opinioni della dottrina italiana	113
1. <i>Considerazioni introduttive</i>	113
2. <i>Il dibattito tradizionale in ambito costituzionale: i tre orientamenti a confronto</i>	113
3. <i>Il «buon costume» nella dottrina penalistica e civilistica</i>	124
4. <i>Le opinioni più recenti alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 293/2000</i>	129
Parte II – Il buon costume nella dimensione transnazionale	133
Capitolo V – Il «buon costume» nella dimensione europea	135
1. <i>Considerazioni introduttive</i>	135
2. <i>La clausola delle «(public) morals» nella C.E.D.U.</i>	135
3. <i>I leading cases in tema di «moralità pubblica»: Handyside e Dudgeon</i>	136
4. <i>La giurisprudenza successiva</i>	140
5. <i>Critica della giurisprudenza E.D.U. in tema di «public morals»</i>	145
6. <i>«Moralità pubblica», margine di apprezzamento e giurisprudenza UE</i>	152
7. <i>Considerazioni di sintesi</i>	156
Capitolo VI – Il «buon costume» in prospettiva comparata: la tutela della «public morality» nell'ordinamento statunitense	159
1. <i>Considerazioni introduttive: le ragioni di una comparazione</i>	159
2. <i>Le basi della tutela del «buon costume» nell'ordinamento statunitense</i>	161
3. <i>La legittimazione del moralismo giuridico puro: la sentenza Bowers v. Hardwick</i>	165
4. <i>Privacy e substantive due process: la progressiva protezione dell'autonomia individuale nella giurisprudenza della Corte Suprema</i>	169
5. <i>L'interpretazione della sentenza Lawrence v. Texas ed i confini della «public morality» clause</i>	174
6. <i>Considerazioni di sintesi</i>	181
Parte III – Spunti ricostruttivi del concetto di «buon costume»	183
Capitolo VII – «Buon costume» e Costituzione: una proposta definitiva	185
1. <i>Considerazioni introduttive</i>	185

2. <i>Buon costume e moral reading della Carta costituzionale: la ricerca di valori condivisi</i>	185
3. <i>Consenso di base e dignità umana</i>	196
4. <i>Le radici filosofiche della dignità umana</i>	201
5. <i>Il buon costume attraverso la lente della dignità: contenuto e limiti</i>	220
6. <i>Considerazioni finali</i>	241

INTRODUZIONE

È moralmente lecito imporre la morale come tale?¹

1. La problematica della legittimità e dei limiti dell'attuazione coercitiva della morale da parte del legislatore statale, che rappresenta a sua volta un aspetto del ben più complesso e sfaccettato tema del rapporto tra diritto e morale², non può considerarsi un tema originale ed inesplorato, giacché essa affligge gli studiosi di diverse branche del sapere giuridico (costituzionalisti, penalisti, civilisti) ben da prima della nascita della forma di Stato liberaldemocratica contemporanea. Anche limitando lo sguardo ai contributi di età moderna, tanto è già stato scritto sull'argomento che ogni ulteriore analisi potrebbe sembrare ripetitiva e superflua, oltre che destinata ad un verosimile insuccesso³. L'interrogativo riportato in apertura, in effetti, non appartiene a quei quesiti cui può darsi una risposta semplice ed immediata, e l'esperienza ha dimostrato che anche le soluzioni apparentemente più ragionevoli, come l'*harm principle* milliano⁴, in realtà nascondono insidie e contraddizioni di non secondario momento⁵.

Il carattere immorale secondo gli *standards* comuni di un certo comportamento, è sufficiente a giustificare la punizione giuridica di quel comportamento?⁶.

Ragionare di *standards* comuni non fa che sottolineare quella che è uno dei più grandi ostacoli del giurista nell'affrontare il problema cui si è fatto cenno: l'individuazione dei parametri in base ai quali determinare *che cosa* è la «morale pubblica» (o «buon costume», o «morale comune», o «comune senso della morale», a dir si voglia). Di fronte al dilemma definitorio che coinvolge concetti di tal fatta, forte è la tentazione dell'interprete di assumere l'atteggiamento che

¹ H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, trad. it. *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968, p. 25.

² Come fa notare lo stesso H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, cit., p. 23.

³ La letteratura in tema di *legal enforcement of morals* è ovviamente amplissima. Molti contributi saranno indicati nel corso della trattazione, ma vale la pena rammentare fin d'ora due dibattiti che hanno rappresentato snodi molto importanti nell'analisi della problematica. Il primo è quello che, nel XIX secolo, ha visto contrapposto il filosofo liberale John Stuart Mill al giudice inglese James F. Stephen: v. rispettivamente J.S. MILL, *On Liberty*, trad. it. *La libertà*, Milano, 2009 (1858), e J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity* (1873-1874), disponibile on-line su <http://files.libertyfund.org/>. Il secondo, avvenuto a circa un secolo di distanza, ha coinvolto il giudice Patrick Devlin, che nel 1959 tenne la sua *Maccabean lecture* sull'imposizione giuridica della morale in risposta al rapporto della Commissione Wolfenden circa le proposte di decriminalizzazione della prostituzione e degli atti di *sodomy*, ed il filosofo del diritto Herbert Hart: v. rispettivamente P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Indianapolis, 2009, p. 1 ss. (contenente la menzionata *lecture*), e H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, cit.

⁴ Com'è noto, l'*harm principle*, o *principio del danno*, è stato affermato da Mill nel suo saggio *La libertà*, nel quale egli ha affermato di voler introdurre un principio regolante i rapporti dell'individuo con lo Stato per quanto concerne l'utilizzo della forza: «Il principio è questo: il solo e unico fine che autorizzi l'umanità, individualmente o collettivamente, a interferire con la libertà di azione di uno qualunque dei suoi membri, è quello di proteggere se stessa. L'unico scopo che autorizzi l'esercizio del potere nei confronti di un qualsiasi membro di una comunità civile contro la sua volontà, è quello di evitare un danno agli altri»: così J.S. MILL, *La libertà*, cit., p. 25. Il *principio del danno* milliano è stato successivamente oggetto di un'ampia ed accurata rielaborazione ad opera del filosofo statunitense Joel Feinberg, che, nella sua imponente opera in quattro volumi *The Moral Limits of the Criminal Law*, ha esplorato i limiti del concetto di «*harm*» («danno») quale base giustificativa della sanzione penale, affiancandogli quello, meno intenso, di «*offense*». V. al riguardo J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. I-IV*, Oxford, 1985-1990.

⁵ Su un aspetto problematico dell'*harm principle*, con riguardo alla contrapposizione tra dimensione «pubblica» e «privata» delle condotte umane, v. *infra*, Cap. VII, par. 5.

⁶ H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, cit., p. 25.

spinse un giudice della Corte Suprema americana, nella nota sentenza *Jacobellis v. Ohio*⁷, a rinunciare ad un preciso tentativo definitorio del concetto di *osceno (obscene)*, optando piuttosto per un lapidario «*I know it when I see it*»⁸.

La mancanza di punti fermi nell'approccio a nozioni che richiamano alla sfera dell'etica si presenta inoltre in forma particolarmente critica per il giurista contemporaneo. Quando Mill formulava il suo *harm principle* e rigettava espressamente ogni forma di imposizione giuridica della morale, egli scriveva in una società relativamente omogenea, in cui il potere si andava concentrando nelle mani di una classe sociale dotata di propri *standards* etici, dei quali pretendeva il rispetto da chiunque non volesse essere emarginato dalla comunità. Se già allora l'opera del filosofo londinese metteva in luce i punti critici di tale pretesa⁹, la questione è notevolmente più problematica nell'attuale contesto socio-culturale, trovandosi il giurista ad operare non più in contesti omogenei, ma all'interno di ordinamenti pluralisti, nei quali il principio di tolleranza e quello di differenza sono consacrati nei testi costituzionali e nei quali l'eterogeneità sociale – favorita dal fenomeno della globalizzazione e da quello, ad esso connesso, dell'immigrazione di massa da Paesi stranieri – ha cessato di essere un *disvalore* da combattere, per divenire anzi un *valore* da preservare¹⁰. In tali circostanze, l'individuazione di *standards* condivisi risulta molto più difficoltosa, e l'idea che sia possibile *cogliere* tali parametri induttivamente, mediante l'osservazione della comunità e delle sue abitudini e tradizioni si rivela verosimilmente illusoria.

L'immoralità come tale dev'essere un delitto?¹¹

In ogni caso, anche ammesso che fosse possibile individuare una «morale collettiva» basandosi sulla pratica della maggioranza dei cittadini¹², ciò non basterebbe a rispondere al quesito della *legittimazione* dello Stato a dar veste giuridica a tale morale, punendo coloro che dai dettami della stessa trasgrediscono. È del tutto evidente che la giuridicizzazione di una «morale» rilevata mediante criteri meramente statistici può agevolmente tramutarsi nell'imposizione coattiva del modello comportamentale maggioritario a scapito di minoranze sgradite. Proprio questo pare essere uno dei nodi centrali del tema del moralismo giuridico, ciò che rende, anche ad un primo sguardo, una ricerca su tale argomento ancora attuale e piena di interesse, nonostante i contributi che già si contano in materia. Per tale ragione, lungi dal potersi arrendere e considerare l'imposizione giuridica della morale come un *locus desperationis* della scienza giuridica, ovvero

⁷ *Nico Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964).

⁸ V. l'opinione concorrente del giudice Stewart in *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S., 197 (Stewart, J., concurring): «*I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description, and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that*»

⁹ Cfr. J.S. MILL, *La libertà*, cit., p. 112 ss.

¹⁰ Cfr. ad es. A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001, p. 80: «Nell'ordinamento internazionale, e specialmente a livello di istituzioni europee, vanno aumentando le dichiarazioni a favore delle minoranze [...]. A leggerle si ha l'impressione che gli stati nazionali stiano rivedendo la propria filosofia politica: la differenza incarnata dalle minoranze va non solo tollerata ma preservata e valorizzata».

¹¹ Sempre H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, cit., pp. 25-26.

¹² Ma si v. sul punto lo scetticismo espresso da R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano, 2002, p. 249 ss.

accettare soluzioni interpretative di ripiego, sembra che il giurista, ed in particolare il costituzionalista, sia più che legittimato ad avventurarsi ancora nel travagliato sentiero del *legal enforcement of morals*, al fine di individuare – se presenti – i fondamenti del potere statale di giuridicizzare precetti provenienti dalla sfera dell'etica, nonché i limiti che tale potere incontra nell'ottica di un ragionevole bilanciamento tra istanze comunitariste e protezione della sfera del singolo.

2. Nella prospettiva testè brevemente illustrata si pone il tema del «buon costume» quale limite ai diritti di libertà costituzionalmente garantiti, dei suoi contenuti e dei suoi confini applicativi, che è oggetto della presente indagine.

È un dato significativo che, pur con l'avvento dei regimi liberaldemocratici, e con l'affermazione delle garanzie costituzionali rigide ai diritti dei singoli, praticamente nessun ordinamento abbia espunto istanze di carattere morale dalle ragioni che legittimano il legislatore a limitare le posizioni dei singoli. In moltissimi ordinamenti, anzi, il «buon costume», nelle diverse traduzioni e nelle varie vesti in cui si può presentare, compare nei testi costituzionali quale limite espresso alle libertà individuali¹³. Non fa ovviamente eccezione la Costituzione italiana, dove la clausola in parola compare in due disposizioni, l'art. 21 c. 6 e l'art. 19, a bilanciare la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di culto.

Fin dagli albori dell'ordinamento repubblicano, il «buon costume» è stato oggetto di interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza, tenuto anche conto del fatto che la clausola generale contenuta in Costituzione andava ad accompagnarsi ad una fitta rete di richiami allo stesso concetto, o a concetti simili, presenti nella legislazione ordinaria ereditata dal passato regime. A lungo si è disquisito – peraltro non sempre in maniera ugualmente approfondita¹⁴ – su quale dovesse essere il significato attribuito alla nozione in parola nel ramo del diritto pubblico e su quali fossero i confini del limite posto dalla Costituzione ai menzionati diritti fondamentali.

Una sorta di 'tregua interpretativa' sembrava raggiunta, almeno fino agli inizi del Terzo Millennio, mediante l'accettazione di (quello che si riteneva essere) un punto fermo: l'identificazione del «buon costume» menzionato nella Carta fondamentale con il «pudore

¹³ Per quanto concerne i Paesi aderenti all'Unione Europea si possono ricordare: art. 7 c. 3 Cost. Olanda (*Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*, 1815); art. 88 Cost. Lussemburgo (*Constitution du Grand-Duché de Luxembourg*, 1868); art. 116 Cost. Lettonia (*Satversmi*, 1922); art. 40 c. 6 § i), 44 c. 2 § 2° Cost. Irlanda (*Bunreacht na hÉireann*, 1937); artt. 19 e 21 c. 6 Cost. Italia (1948); art. 2 c. 1 Cost. Repubblica Federale Tedesca (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1949); § 67 Cost. Danimarca (*Danmarks Riges Grundlov*, 1953); artt. 15, 18 c. 6, 19 c. 3, 20 c. 1, 21 c. 3, 23 c. 3, 25 c. 2, 30 c. 2, 87 c. 3, 134 c. 1, 154 Cost. Cipro (*Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası*, 1960); artt. 38 c. 2 lett. a), 39 c. 4 lett. c) § ii), 40 c. 3, 41 c. 2 lett. a) § i), 42 c. 2 lett. a) § i), e 44 c. 3 Cost. Malta (*Kostituzzjoni ta' Malta*, 1964); art. 5 c. 1, 13 c. 2, 93 c. 2 Cost. Grecia (*Sýntagma tēs Helladas*, 1975); art. 26 Cost. Portogallo (*Constituição da República Portuguesa*, 1976); artt. 37 c. 2 e 41 c. 1 Cost. Bulgaria (*Konstitutsiya na Republika Balgariya*, 1991); artt. 26 c. 2, 30 c. 7, 53 c. 1 Cost. Romania (*Constituția României*, 1991), nella quale si segnala anche l'espresso riferimento (art. 49 c. 3) alla tutela della «morale» dei minori; artt. 16 c. 4, 17 c. 4 e 19 c. 2 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali (*Listina základních práv a svobod*, 1991), dichiarata parte integrante della Cost. Repubblica Ceca (art. 3 *Ústava České Republiky*, 1992); artt. 24 c. 4, 26 c. 4, 28 c. 2 Cost. Slovacchia (*Ústava Slovenskej Republiky*, 1992); artt. 23 c. 3, 26, 40 c. 3, 45, 47 Cost. Estonia (*Eesti Vabariigi põhiseadus*, 1992); artt. 25 c. 3, 26 c. 4, 36 c. 2, 43 Cost. Lituania (*Lietuvos Respublikos Konstitucija*, 1992); art. 148 c. 1 Cost. Belgio (*De Belgische Grondwet*, testo coordinato del 1994); artt. 31 c. 3, 45 c. 2 e 53 c. 5 Cost. Polonia (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, 1997).

¹⁴ Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, xxiv, Milano, 1974, p. 459.

sessuale». In questo senso, del resto, era la manualistica praticamente unanime¹⁵. Sarebbe stato comunque legittimo interrogarsi sull'insufficienza di questa tradizionale risposta sul contenuto del «buon costume». Insufficienza, lo si sottolinea fin d'ora, che emerge chiaramente nel momento in cui si rifletta sul fatto che il collegamento di «buon costume» e «pudore sessuale» può fornire soltanto un'apparente tranquillità all'interprete che sia autenticamente preoccupato della tutela dei diritti individuali, giacchè emergono immediatamente ulteriori inquietanti interrogativi. Cosa è infatti il «pudore sessuale»? Chi stabilisce quali comportamenti sessuali è lecito mostrare o raffigurare e quali no? Ma soprattutto: perché la materia sessuale gode di una così intensa protezione da parte dell'ordinamento, tanto da fungere da limite (esplicito) a libertà fondamentali di così grande rilievo, come la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di culto? Perché altri tipi di condotte (come ad esempio le manifestazioni di pensiero violente) non subiscono la medesima riprovazione da parte dell'ordinamento e non vanno incontro alla medesima sanzione giuridica?

Un'importante pronuncia del 2000 della Corte costituzionale¹⁶, in ogni caso, pare aver rimesso in discussione l'assunto tradizionale, nel momento in cui ha ammesso che il «comune sentimento della morale» (aspetto del «buon costume» di cui all'art. 21 c. 6 Cost.) potesse riguardare anche materiale non eroticamente orientato, facendo dunque salvo dalla declaratoria di illegittimità costituzionale l'art. 15 della l. 8 febbraio 1948, n. 48, che incrimina

[...] gli stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti.

L'estraneità di tale disposto dalla materia del «pudore sessuale» è evidente, al punto che taluno ha ragionato di una vera e propria «riesumazione dei *boni mores*», vale a dire di un'interpretazione lata del «buon costume» nella giurisprudenza costituzionale¹⁷.

La sussistenza della presa di posizione della Corte sembrerebbe già un valido motivo per spingere l'interprete a verificare se davvero la decisione in parola rappresenti un autentico *revirement* del giudice delle leggi rispetto ad un precedente e consolidato orientamento, ovvero se, nelle pieghe della precedente giurisprudenza sul tema del «buon costume», fossero già rinvenibili elementi rivelatori di una concezione meno angusta del bene in parola. Più in generale, tuttavia, si ritiene che la prospettiva di ricerca possa essere di più ampio respiro e non limitarsi ad un esame della giurisprudenza costituzionale – che pure ha un'indubbia rilevanza per l'indagine – ma possa rimettere in discussione l'interrogativo di fondo su quali siano, anche alla luce delle affermazioni della Corte, i confini del «buon costume» costituzionalmente rilevante. Questo è pertanto l'obiettivo cui si tenderà mediante il presente studio.

¹⁵ V. *amplius infra*, Cap. IV, par. 2 lett. a).

¹⁶ Si tratta di Corte cost., sent. 11 luglio 2000, n. 293, sulla quale, in ogni caso, si tornerà *amplius infra*, al Cap. II, par. 5. Tutte le sentenze della Corte costituzionale citate sono rinvenibili on-line sul sito <http://www.cortecostituzionale.it>.

¹⁷ L'espressione citata è di A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2245 ss.

3. La ricerca sul tema del «buon costume» che qui si intende effettuare si svolgerà nelle seguenti fasi.

Si procederà innanzitutto (Capitolo I) alla ricognizione del dato positivo vigente, individuando le fonti che fanno riferimento al «buon costume» o a concetti analoghi, quali la «moralità pubblica», il «comune senso della morale», e così via. Il punto di partenza sarà ovviamente la Costituzione della Repubblica Italiana, ma si terrà conto anche delle fonti esterne all'ordinamento italiano e di origine sovranazionale o internazionale, le quali assumono un rilievo del tutto peculiare nel contesto interno, in virtù della particolare posizione che ad esse è garantita dagli artt. 11 e 117 c. 1 Cost.

Nell'ambito della prima parte della trattazione si effettuerà anche un'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, nella parte che concerne le disposizioni che contengono richiami al «buon costume». Senza infatti avallare una metodologia ermeneutica di tipo rigorosamente originalista, sembra opportuno valutare se dall'esame del materiale in questione emergano dati utili ad identificare il tipo di interessi che, mediante l'impiego della clausola generale in esame, il costituente intendeva tutelare.

Sempre in una fase in certo senso preliminare dell'indagine si colloca lo studio dalle decisioni della Corte costituzionale, nella sua veste di interprete qualificato della Carta fondamentale (Capitolo II). In questo contesto, oltre ad una rassegna degli orientamenti complessivi emergenti dalle pronunce del giudice delle leggi, particolare attenzione sarà posta su alcune sentenze di sicuro rilievo ai fini della trattazione, tra le quali si segnalano fin d'ora le sentt. 9/1965, 368/1992 e 293/2000. Tali pronunce, per gli spunti che forniscono in merito all'individuazione dei confini del «buon costume», rappresenteranno una delle chiavi di lettura di tale concetto, alla cui luce potrà essere letto il materiale di volta in volta esaminato, fino alla sintesi finale.

Il Capitolo III, invece, avrà ad oggetto il «diritto vivente» sulla clausola qui in esame e sulla normativa che ad essa dà attuazione. Saranno dunque esaminate innanzitutto le pronunce degli organi giurisdizionali ordinari in tema di «buon costume», sia in ambito penalistico che in ambito civilistico. Oltre al diritto pretorio vero e proprio, tuttavia, sembra opportuno adottare una prospettiva più estesa, al fine di verificare come il «buon costume» sia concepito e quale attuazione trovi anche in settori diversi dell'esperienza giuridica contemporanea. Ciò spiega perché si porrà lo sguardo su alcuni fenomeni di particolare attualità, come le c.d. ordinanze anti-prostituzione, o su strumenti di *soft law* come le pronunce del Giurì di autodisciplina pubblicitaria: il materiale in esame sembra in grado di fornire materiale utile ai fini di una più completa comprensione delle forme nelle quali «vive» il «buon costume» nell'ordinamento italiano.

Il Capitolo IV sarà dedicato all'esame delle opinioni della dottrina sulla clausola del «buon costume». Oltre agli scritti che più propriamente riguardano tale nozione nell'ambito del diritto costituzionale, saranno vagliati, sia pur brevemente, i suggerimenti degli studiosi civilisti e penalisti, oltre alle più recenti proposte interpretative emerse anche a seguito della giurisprudenza degli ultimi anni.

Esaurito il lavoro sul versante interno all'ordinamento italiano, si procederà ad allargare l'orizzonte dell'indagine ad una prospettiva sovranazionale ed internazionale, verificando il rilievo che il *legal enforcement of morals* assume, o ha assunto nel corso degli anni, all'interno di uno spazio più ampio, ed in una prospettiva comparata.

Quanto al primo aspetto, sarà presa in considerazione (Capitolo V) l'attuazione giurisprudenziale della clausola delle «*public morals*» in ambito europeo, verificando quali siano gli orientamenti emersi al riguardo sia con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, e dunque della Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.), sia nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia U.E..

Quanto al secondo aspetto, lo sguardo si sposterà (Capitolo VI) su un ordinamento straniero, e segnatamente quello degli Stati Uniti d'America, in una prospettiva comparata. In particolare, oggetto di esame sarà il concetto giuridico di «*public morality*» che si è affermato nel diritto nordamericano, unitamente alla giurisprudenza che si è formata su tal punto, al fine di valutare se sussistano significativi punti di contatto tra l'esperienza statunitense e quella italiana, e se sia dunque possibile ricavare, dal diritto d'oltreoceano, suggerimenti utili all'indagine in corso¹⁸.

Nella parte finale della trattazione, occupata dal Capitolo VII, si tenterà una ricostruzione del concetto di «buon costume» che tenga conto dei risultati dell'indagine e degli spunti interpretativi raccolti nel corso della trattazione. Il quesito fondamentale cui si tenterà di dare risposta, e che occuperà gran parte dell'esposizione, sarà se sia possibile individuare, nell'attuale realtà socio-giuridica, *valori etici condivisi* cui il «buon costume», per sua natura caratterizzato da un richiamo alla sfera della morale, possa essere ricollegato in modo da eliminare, o ridurre entro margini accettabili, il rischio che, attraverso tale nozione, si dia voce ad istanze poco rispettose dei diritti dei singoli e delle minoranze.

¹⁸ Per lo studio del diritto anglosassone chi scrive si è potuto giovare della preziosa opportunità offerta da un periodo semestrale presso il *Constitutional Law Center* della *Stanford University Law School*, in qualità di *visiting researcher*. È grazie alla *visitorship* in parola che è stato possibile rinvenire gran parte dei materiali citati nell'ambito del Capitolo V. Per le ragioni che hanno suggerito la scelta dell'ordinamento statunitense come oggetto di comparazione si rinvia a quanto esposto *infra*, al Cap. V par. 1.

PARTE I

IL «BUON COSTUME» NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

CAPITOLO I

GENESI DEL «BUON COSTUME» NELL'ORDINAMENTO REPUBBLICANO

SOMMARIO: 1. Cenni storici sulla nozione di «buon costume»; 2. Ricognizione del dato normativo vigente; 3. Il dibattito in Assemblea Costituente; 4. Considerazioni di sintesi.

1. Cenni storici sulla nozione di «buon costume».

L'espressione «buon costume» è di derivazione romanistica, essendo la traduzione della locuzione latina «*boni mores*», già in uso nella Roma arcaica e poi riportata diverse volte nel *Corpus Iuris Civilis* e conservata nel diritto di epoche successive¹. L'importanza di questo concetto, che pure non viene espressamente definito dalle fonti romane², è notevole, tanto che si è affermato che «i *boni mores* sono la base dell'ordinamento giuridico e della vita romana»³. In generale, i *mores* romani – che ricoprono il rango di fonte del diritto, al pari delle leggi⁴ – hanno matrice consuetudinaria e la loro legittimazione deriva dall'esperienza e dall'importanza che il rispetto della tradizione ha rivestito per il consolidamento dell'ordinamento romano. Essi hanno una portata piuttosto vasta e non si esauriscono nella enunciazione di precetti di indole morale in senso stretto: il comportamento dell'individuo, soggetto al severo vaglio del *censor*, non rileva ai fini del perfezionamento etico del singolo, ma ai fini della conservazione della società.⁵ L' *honestas* protetta dai «*boni mores*» riguarda «dignità, decoro, convenienza, civiltà»⁶, doti essenziali del *civis romanus*, in quanto soggetto inserito in una comunità giuridica. Proprio per questa connessione tra *mores* e *utilitas*, tra «buoni costumi» e benessere della società nel suo complesso⁷, i «*boni mores*» dell'esperienza latina hanno carattere positivo e non trascendente⁸: non sono cioè l'enunciazione di leggi di natura immutabili alla stregua del *ius naturalis*.

¹ Sul «buon costume» in età romana si vedano B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, p. 47 ss.; E. PROTETTI, *Buon costume*, in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 594-595; J. PLESCIA, *The Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 34, 1987, p. 266 ss.; e, più di recente, E. BALDACCI, *Buoni costumi. Diritto romano*, in *Enc. di bioetica e scienza giuridica*, II, Napoli, 2009, p. 435 ss.

² Cfr. E. PROTETTI, *Buon costume*, cit., p. 594.

³ B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, cit., p. 48.

⁴ B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, p. 50.

⁵ B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, p. 50, ove si legge: «L'idea morale certo è compresa nei *mores*, tanto vero che si qualificano come *boni mores*, ma la morale non esaurisce il campo dei *mores*. Il concetto di *mores* è molto più comprensivo di quello che noi chiamiamo sfera morale. I *mores* per la legislazione e giurisprudenza romana hanno soprattutto carattere politico-sociale, che può anche andare oltre una valutazione etica, in rapporto ai fini che si propone la società e l'ordinamento giuridico, entro i limiti in cui i precetti imposti dai *mores* diventano precetti giuridici». V. anche J. PLESCIA, *The Doctrine of Boni Mores*, cit., p. 285.

⁶ B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, cit., p. 53.

⁷ V. B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, p. 52; J. PLESCIA, *The Doctrine of Boni Mores*, cit., p. 285; E. BALDACCI, *Buoni costumi*, cit., p. 436.

⁸ V. B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, cit., pp. 52-53.

Conservatasi la nozione di «buon costume» nel diritto intermedio, la sua introduzione nella legislazione italiana preunitaria si deve soprattutto al diritto francese napoleonico⁹, che recepisce la nozione di «*bonnes moeurs*» al proprio interno¹⁰, influenzando la normativa degli ordinamenti con cui entra in contatto¹¹. Riferimenti ai «buoni costumi», o alla stessa nozione al singolare, si rinvennero in numerosi codici civili e penali in vigore nella penisola prima del 1861¹², compreso il Codice civile del Regno di Sardegna¹³ ed il Codice penale sabaudo del 1859¹⁴, poi esteso a tutto il territorio nazionale (con l'eccezione della Toscana)¹⁵ dopo la proclamazione del Regno d'Italia. Dopo l'Unificazione, poi, il «buon costume» fa la sua comparsa nel nuovo Codice civile del 1865¹⁶ e nel primo Codice penale dell'Italia unita, il Codice Zanardelli¹⁷.

Va detto che la presenza di significativi richiami al concetto in esame, o alla nozione di «moralità pubblica» (che spesso accompagna o tiene luogo del primo) nell'Italia del XIX secolo, al culmine dello Stato liberale, non deve sorprendere troppo. Nonostante una delle caratteristiche di questa forma di Stato sia la protezione dei diritti individuali contro le ingerenze dei pubblici poteri, non deve dimenticarsi che l'Italia dell'Ottocento, come del resto la maggioranza delle società dello stesso periodo, attribuiva notevole valore al rispetto per i costumi tradizionali e non tollerava facilmente le deviazioni dagli schemi di comportamento prestabiliti¹⁸. Lo Stato liberale, se da un lato si proponeva di liberare i cittadini dalle catene dei regimi passati, proclamando l'uguaglianza di tutti gli uomini e garantendo loro (*rectius*: garantendo in particolar modo agli appartenenti ad una

⁹ V. M. IMBRENDA, *Buoni costumi. Diritti positivi odierni*, in *Enc. di bioetica e scienza giuridica*, cit., p. 453.

¹⁰ V. ad es. gli artt. 900, 1133, 1172, 1387 del *Code civil* (1804), e l'art. 6 del suo *Titre préliminaire*; nonché il Titolo II, Cap. I, Sezione IV del Libro III del *Code pénal* francese del 1810, denominato «*Attentats aux moeurs*».

¹¹ V. A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume. Generalità*, in A. CADOPPI ET AL. (cur.), *Trattato di diritto penale*, VI, Padova, 2009, pp. 5-9. Per un'analisi delle codificazioni penali degli Stati preunitari si v. S. VINCIGUERRA (cur.), *I codici preunitari e il codice Zanardelli – Diritto penale dell'Ottocento*, Padova, 1993. Per le codificazioni civilistiche dello stesso periodo v. ad es. D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo: le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971. I testi dei codici preunitari sono disponibili on-line sul sito della Biblioteca digitale dell'Unificazione Giuridica (BUG) presso il Ministero della Giustizia, all'indirizzo http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_7_4_10.wp.

¹² V. ad es. il Capo VI del Libro II, Parte II, Titolo I del *Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Parma, 1820.

¹³ V. artt. 13, 840, 1140, 1224, 1263 e 1508 del *Codice civile degli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino, 1837.

¹⁴ Il Codice penale sabaudo conteneva un Titolo (il Titolo VII, Libro II) intitolato «*Dei reati contro il buon costume*». V. il *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna – Esteso alla Sicilia con decreto del Luogotenente generale del Re del 17 febbraio 1861 e modificato con la legge del 30 giugno 1861 di n. 56*, Palermo, 1861.

¹⁵ Anche dopo l'annessione da parte del Regno di Sardegna, nei territori in precedenza facenti parte del Granducato di Toscana continuò a rimanere in vigore il *Codice penale pel Granducato di Toscana* (Firenze, 1853). Il Codice toscano dedicava un Titolo (il Titolo II della Parte II) alle «*trasgressioni contro la Religione e contro la morale pubblica*», mostrando una certa contiguità tra precetti morali e precetti religiosi tutt'altro che inusuale per l'epoca storica di riferimento. Nel Codice compariva comunque un riferimento al «buon costume» all'art. 64, ai sensi del quale «*Chiunque in maschera offende il buon costume o la decenza pubblica soggiace all'atresto, di che nell'art. precedente, ed è punito con la carcere da otto a venti giorni.*»

¹⁶ V. artt. 849, 1065, 1122, 1160 del *Codice civile del Regno d'Italia*, Torino-Firenze, 1965, nonché art. 12 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale* premesse al Codice.

¹⁷ Il *Codice penale per il Regno d'Italia* (Roma, 1889), anche noto come Codice Zanardelli dal nome del Guardasigilli dell'epoca, contemplava un Titolo (il Titolo VIII del Libro II) dedicato ai «*delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*». In un altro *locus* del Codice, peraltro, era previsto un Titolo *ad hoc* per le «*contravvenzioni contro la pubblica moralità*». L'art. 64, dal canto suo, disponeva: «*Oltre a quanto previsto dal Codice penale, non possono esporsi alla pubblica vista figure o disegni offensivi della morale, del buon costume, della pubblica decenza e dei privati cittadini.*»

¹⁸ Questo dato è chiarito in maniera efficace da L.M. FRIEDMAN, nel suo confronto tra l'individualismo del Diciannovesimo secolo e quello del Ventesimo secolo: si v. L.M. FRIEDMAN, *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture*, Cambridge, 1990, pp. 27-41. L'Autore spiega (p. 30) che la libertà garantita all'individuo riguardava principalmente l'iniziativa economica e la partecipazione politica, ma «*la democrazia del diciannovesimo secolo, al di fuori della sfera economica, continuò a mantenere un codice di valori tradizionali personali e ad apprezzare un comportamento moderato e rispettabile, che non violasse norme di antica tradizione*» (traduzione nostra). Sul punto si v. anche W.J. NOVAK, *The People's Welfare*, Chapel Hill, 1996, pp. 149-152.

precisa classe sociale, vale a dire la borghesia) determinati diritti civili, dall'altro faceva grande affidamento sulla capacità individuale di autocontrollo e di *self-restraint* rispetto al vizio ed all'intemperanza.¹⁹ Benchè la sanzione principale per la devianza fosse rappresentata dalla riprovazione pubblica e dall'isolamento dalla comunità, l'ordinamento era comunque disposto a qualificare come illegali, oltre che immorali, le forme di anticonformismo che apparissero più evidenti e ripugnanti.

Per queste ragioni, e nonostante l'enfasi posta dalle opinioni filosofiche del tempo sulla necessità di separazione della sfera giuridica da quella morale²⁰, la legittimità di un certo livello di *legal enforcement of morals* nell'Italia dell'Ottocento non fu mai posta seriamente in discussione: non solo, e non principalmente, a causa della mancanza di una costituzione rigida che potesse limitare l'intervento del legislatore sui diritti dei singoli, ma piuttosto a cagione del fatto che il contesto politico e sociale rendeva del tutto accettabile l'idea che lo Stato potesse impiegare il severo strumento della legge per salvaguardare i «buoni costumi». Così era stato nell'ambito degli Stati assolutisti, al fine di dare attuazione a codici di condotta che avevano le proprie radici nella tradizione e nella religione, ed ora la nuova classe dirigente coglieva l'occasione per imporre alla società nel suo complesso, con gli stessi mezzi, i propri valori ed i propri *standards*²¹.

Ancora meno stupore dovrebbe causare la constatazione che l'età d'oro per la tutela giuridica del «buon costume» e della «moralità pubblica» sia stata il Ventennio fascista. Il regime mussoliniano, infatti, poneva tra i propri fini la propugnazione di un'etica fascista, la salvaguardia della quale consentiva ampie intromissioni dello Stato nella sfera individuale, al fine di verificare che il comportamento del singolo fosse conforme alle aspettative etico-politiche degli organi di governo. Secondo quanto affermato significativamente dal Guardasigilli Rocco nel suo discorso alla Camera del 16 maggio 1925,

[...] lo Stato non è solamente un organismo giuridico, è anche e deve essere un organismo etico. Lo Stato deve farsi tutore della morale pubblica e rivendicare questa morale; deve curare anche l'animo, oltre che il corpo dei cittadini. È in nome di questo altissimo dovere, che lo Stato deve intervenire a reprimere la menzogna, la corruzione, tutte le forme di deviazione della morale pubblica e privata²².

¹⁹ V. L.M. FRIEDMAN, *The Republic of Choice*, cit., pp. 31-33, dove si fa notare che l'ideale dell'individuo del diciannovesimo secolo «includeva una grande fiducia in un enorme autocontrollo – temperanza e moderazione in ogni cosa».

²⁰ Tra i teorici liberali del XVIII e XIX secolo, gli Autori che hanno sottolineato in maniera più marcata la necessità di separazione tra diritto e morale furono senza dubbio Jeremy Bentham e John Austin: si vedano in particolare J. BENTHAM, *Un frammento sul Governo*, a cura di S. Marcucci, Milano, 1990 (1776); e J. AUSTIN, *The Province of the Jurisprudence Determined*, trad. it. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995 (1832), V lezione, p. 175 ss. Nella dottrina italiana dell'epoca si veda il famoso trattato di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in Id., *Opere*, I, a cura di G. Francioni, Milano, 1984, pp. 45-46 e 117-118, ove l'Autore traccia una linea di demarcazione tra *delitto* e *peccato* (una distinzione che determinò la Chiesa cattolica ad inserire lo scritto in questione nell'*Indice dei libri proibiti* nel 1766). Se l'influenza di Beccaria sulla cultura giuridica dell'epoca può difficilmente essere messa in discussione, va detto che anche le teorie di Bentham e Austin erano conosciute ai teorici italiani del diciannovesimo secolo: nel suo influente studio sul diritto penale, ad esempio, Francesco Carrara citò Bentham nel corso della trattazione dei delitti contro la «moralità pubblica»: si v. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, VI, 6° ed., Firenze, 1900, p. 14. Il concetto di distinzione tra diritto e morale, inoltre, fu tenuta presente dal legislatore italiano: si veda ad esempio quanto affermato dal ministro Zanardelli stesso nel *Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Zanardelli): seduta del 22 novembre 1887*, Libro II, Roma, 1889, p. 213.

²¹ Cfr. L.M. FRIEDMAN, *The Republic of Choice*, cit., p. 151.

²² A. ROCCO, *La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*, III, Milano, 1938, p. 798.

Non è dunque un caso che le clausole generali del «buon costume» e della «moralità pubblica», le più adatte a consentire una valutazione di congruenza dell'operato individuale con i parametri di regime, figurassero nei testi normativi che nacquero nel periodo storico in parola, tra cui in particolare il Codice penale del 1930 e, in maniera ancor più significativa, i Testi Unici delle Leggi di Pubblica Sicurezza del 1926²³ e del 1931²⁴. Tali norme, come si vedrà a breve, erano ben note ai costituenti ed influenzarono le riflessioni e i dibattiti dei deputati al momento della redazione della nuova Carta costituzionale.

2. Ricognizione del dato normativo vigente

Prima di esaminare il dibattito svoltosi all'interno dell'Assemblea Costituente, pare opportuno procedere ad una ricognizione della legislazione vigente, al fine di verificare in quale misura il «buon costume» sia presente all'interno del sistema giuridico italiano. In effetti, lungi dall'essere scomparsi all'atto della nascita dell'ordinamento repubblicano, i riferimenti al «buon costume» ed a concetti simili sono tuttora presenti nella legislazione in vigore, formando un articolato (e talora ridondante) complesso normativo.

Volendo tentare una ricognizione del dato positivo seguendo un criterio gerarchico, occorre prendere le mosse dal testo della Costituzione. È noto che la Carta del 1948 ha operato una 'costituzionalizzazione' del «buon costume»: tale locuzione – alla cui nascita sarà dedicato il paragrafo seguente – compare infatti in due disposizioni costituzionali, vale a dire l'art. 19, secondo cui «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume» e l'art. 21 comma 6 Cost., ai sensi del quale «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».

Sempre a livello superprimario, occorre considerare le fonti dell'ordinamento dell'Unione Europea e quelle di diritto internazionale pubblico. L'importanza del dato positivo sovranazionale ed internazionale nello studio del «buon costume», anche a livello interpretativo, risulta evidente sol che si ponga mente al rango che le norme di tale provenienza rivestono nella gerarchia delle fonti aventi rilievo per l'ordinamento interno. Com'è noto, infatti, ai sensi dell'art. 11 Cost. (e, dopo la riforma costituzionale del 2001, anche ai sensi dell'art. 117 c. 1 Cost.) le norme comunitarie sono destinate a prevalere sulle norme di diritto interno, anche di rango costituzionale, fatti salvi soltanto

²³ V. gli artt. 17 c. 5, 69 c. 1, 79, 80 c. 1, 90, 98 c. 1, 99 c. 4, 112 c. 1, 113, 124 c. 2, 158 c. 2, 196 c. 1, 197 c. 3 e 206 r.d. 6 novembre 1926, n. 1848. All'art. 74 dello stesso T.U. si faceva riferimento alla «moralità» dei fanciulli.

²⁴ V. gli artt. 18 c. 4, 70, 73 c. 1, 76 c. 3, 81, 82 c. 1, 92, 100 c. 1, 101 c. 3, 112 c. 1 c.p. (il quale menziona il «pudore» e la «pubblica decenza»); 123 c. 2, 157 c. 2, 192 c. 1, 201, 207 c. 3 e 222 c. 2 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (nella sua originaria formulazione. All'art. 76 c. 3 dello stesso T.U. si faceva riferimento alla «moralità» dei fanciulli. Il T.U.L.P.S., peraltro, è ancora in vigore, ma ha subito numerosi interventi modificativi o ablativi ad opera sia del legislatore ordinario, sia della Corte costituzionale, chiamata a verificare la compatibilità delle previsioni contenute nel testo normativo in questione con la Costituzione repubblicana. Per quanto qui interessa, gli artt. 70, 73, 76, 81 e 123 sono stati abrogati ad opera del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112; i commi 1, 2 e 3 dell'art. 157 sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla Corte costituzionale con sent. 23 giugno 1956, n. 2; gli artt. 192, 201 e 207 sono stati abrogati per effetto dell'entrata in vigore della l. 20 febbraio 1958, n. 75.

i principi supremi dell'ordinamento. Le norme di diritto internazionale pattizio, invece, prevalgono sulle fonti primarie interne in virtù dell'obbligo di rispetto degli accordi internazionali sancito dall'art. 117 c. 1 Cost.

Prendendo innanzitutto in considerazione le fonti comunitarie, va detto che, mentre la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non fa menzione del «buon costume», né fa uso di espressioni simili, l'art. 36 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ammette deroghe al divieto di limitazioni alla libera circolazione delle merci, motivate – tra l'altro – sulla base della tutela della «moralità pubblica»²⁵.

A livello internazionale, poi, vengono in rilievo in primo luogo diverse disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.), e più precisamente gli artt. 6 par. 1, 8 par. 2, 9 par. 2, 10 par. 2, 11 par. 2, concernenti rispettivamente il diritto ad un equo processo, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero, coscienza e religione, la libertà di espressione e la libertà di riunione ed associazione; nonché l'art. 2 par. 3 del 4° Protocollo addizionale alla Convenzione, riguardante la libertà di circolazione. In tutti questi casi, la tutela delle («*public*») «*morals*» rappresenta una legittima causa di limitazione delle libertà fondamentali garantite dalla C.E.D.U.

In maniera non dissimile, il Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966²⁶ richiama le «*public morals*» quale ragione giustificativa della restrizione di diritti agli artt. 12 par. 3, 14 par. 1, 18 par. 3, 19 par. 3, 21, 22 par. 2, riguardanti rispettivamente la libertà di circolazione, il diritto ad un processo pubblico, la libertà di pensiero, coscienza e religione, la libertà di espressione, la libertà di riunione e la libertà di associazione; ed il Patto internazionale sui diritti del fanciullo²⁷ impiega la medesima locuzione agli artt. 10 par. 2, 13 par. 2 lett. b), 14 par. 3 e 15 par. 2, che disciplinano rispettivamente la libertà di espatrio del fanciullo e dei genitori, la libertà di espressione del bambino, la sua libertà di pensiero, coscienza e religione e le sue libertà di associazione e di riunione.

Ancora a livello di fonti di diritto internazionale, occorre richiamare – per lo stretto collegamento che intercorre tra «buon costume» e repressione dell'«oscenità» – l'Accordo di Parigi del 1910 per la repressione delle pubblicazioni oscene²⁸ e la Convenzione di Ginevra del 1923 per la soppressione della circolazione e del traffico delle pubblicazioni oscene²⁹.

Scendendo di un gradino nella scala delle fonti dell'ordinamento, ed occupandoci dunque della normativa primaria, vengono innanzitutto in rilievo le disposizioni codicistiche ancora in vigore.

²⁵ L'art. 36 TFUE (ex art. 30 TCE) così statuisce: «Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

²⁶ L. 25 ottobre 1977, n. 881.

²⁷ L. 27 maggio 1991, n. 176.

²⁸ Attuato in Italia per effetto del r.d. 25 marzo 1911, n. 855, nonché del d.P.R. 26 giugno 1952, n. 1239.

²⁹ Attuata in Italia con d.P.R. 20 ottobre 1949, n. 1071.

Il Codice civile non ha subito, dalla sua emanazione, modifiche incidenti sulle disposizioni riguardanti il «buon costume»: permangono pertanto, al suo interno, tutti i riferimenti che il legislatore del 1942, in buona parte prendendo spunto dalla tradizione romanistica, ha ritenuto di inserirvi. Vengono dunque in rilievo gli artt. 5, 23, 25, 634, 1343, 1354, 2031 e 2035 c.c. Non più in vigore, invece, l'art. 31 delle Disposizioni sulla legge in generale, premesse al Codice, che impediva l'efficacia della legge straniera, degli ordinamenti di qualunque ente e delle private convenzioni nel territorio italiano, qualora il loro contenuto fosse contrario «all'ordine pubblico o al buon costume». La riforma del diritto internazionale privato, attuata con l. 31 maggio 1995, n. 218, ha infatti abrogato la disciplina di tale materia contenuta nelle Preleggi e, nella nuova normativa introdotta dalla legge stessa, il «buon costume» non affianca più l'«ordine pubblico» quale limite di efficacia della legge straniera (art. 16 l. 218/1995)³⁰.

Ben più incisivi sono stati gli interventi sul Codice penale del 1930. Il Titolo IX del Libro II del Codice penale, dedicato – come si è visto – ai «delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», è ancora presente, ma è stato progressivamente svuotato di rilevanti contenuti³¹. La l. 75/1958 (c.d. legge Merlin), nell'abolire il regime regolamentato della prostituzione all'interno dell'ordinamento italiano, ha introdotto nuovi illeciti connessi al fenomeno del meretricio, abrogando le fattispecie previste dal Codice penale. A sua volta, la l. 15 febbraio 1996, n. 66, ha operato una ricollocazione dei delitti di violenza sessuale all'interno del Titolo XII della Parte II del Codice penale, dedicata ai «delitti contro la persona»³², mettendo in chiaro la volontà di qualificare il bene giuridico tutelato mediante tali fattispecie criminose nei termini di *libertà individuale*, piuttosto che nei termini di interesse pubblico alla tutela della «moralità pubblica» e del «buon costume». All'interno del Titolo IX del Codice, pertanto, rimangono in vigore soltanto le fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 527 («Atti osceni in luogo pubblico»), 528 («Pubblicazioni e spettacoli osceni»), mentre l'529 fornisce la definizione di «atti e oggetti osceni»³³. Sempre nel

³⁰ Il concetto di «ordine pubblico internazionale», infatti, inteso come «l'insieme dei principi etici e sociali che – momento per momento – determinano il modo d'essere degli istituti del nostro ordinamento giuridico, nei vari capi della convivenza sociale» (così C. CAMPIGLIO-F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato (Riforma del)*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, Agg., I, Torino, 2000, pp. 337-338) è giunto a ricomprendere in sé buona parte del concetto di «buon costume», rendendo inutile il richiamo a quest'ultima nozione «di cui la prassi ha messo in luce la ridondanza» (sempre C. CAMPIGLIO-F. MOSCONI, *op. cit.*, p. 337). La direzione nella quale si è mossa l'evoluzione del concetto di «ordine pubblico internazionale» (sulla quale cfr. anche, *inter alios*, F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 111 ss.), volta a ricomprendere all'interno dello stesso i principi fondamentali di convivenza dell'ordinamento giuridico, non limitando l'attenzione dell'interprete al solo aspetto della morale sessuale, sembra particolarmente interessante e può forse rappresentare una pietra di paragone rispetto alla prospettiva che, come si vedrà, sarà adottata nel corso della presente indagine.

³¹ Cfr. A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Dei delitti contro la moralità pubblica*, cit., pp. 18-19, secondo i quali i delitti contro la «moralità pubblica» ed il «buon costume» tuttora presenti nel Titolo IX del Libro II del Codice penale «sono ormai ridotti a ben scarsi rimasugli» (p. 18). Si nota peraltro che le fattispecie che residuano, vale a dire i delitti di atti osceni e di pubblicazioni oscene, che sopravvivono «quali vestigia in rovina di un fastoso passato», sono state sottoposte «a vere e proprie operazioni di chirurgia plastica da parte della dottrina e della stessa giurisprudenza» (p. 19). Si osserva comunque, da parte degli Autori, che altri delitti, pur inseriti in differenti Titoli del Codice, «hanno senso solo se inquadrati nella prospettiva della protezione della moralità pubblica e del buon costume», facendosi l'esempio del delitto di incesto, punito ai sensi dell'art. 564 c.p. (e solo se ne derivi «pubblico scandalo») ed incluso nel Titolo XI del Libro II («Dei delitti contro la famiglia»), all'interno del Capo II («Dei delitti contro la morale familiare»).

³² Più precisamente, i delitti in questione sono stati collocati nel Capo III, Sezione II, riguardante i «Delitti contro la libertà personale».

³³ All'interno del Titolo IX del Libro II del Codice penale rimangono in vigore anche gli artt. 537 («Tratta di donne e di minori commessa all'estero»), 538 («Misura di sicurezza») e 540 («Rapporto di parentela»). I primi due articoli, tuttavia, fanno riferimento alle fattispecie di reato codicistiche abrogate, ed è dubbio se esse possano conservare efficacia con riguardo alle nuove fattispecie introdotte dalla l. 75/58. L'art. 540 c.p., invece, al c. 1 stabilisce – con previsione di portata

Codice penale, ad ogni modo, il Titolo I, Capo II, Sezione I del Libro III è intitolato «Delle contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi», e contiene le disposizioni volte a punire il gioco d'azzardo (artt. 718-722); bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti (art. 724)³⁴; commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza (art. 725)³⁵; atti contrari alla pubblica decenza (art. 726) e abbandono di animali (art. 727), cui è stata recentemente aggiunta la fattispecie di «Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette» (art. 727-bis c.p.)³⁶.

Al di fuori dell'ambito codicistico, possono rinvenirsi richiami al «buon costume» ed alla «morale pubblica» in diverse leggi speciali.

Viene in rilievo, innanzitutto, la citata l. 47/1948 (c.d. legge sulla stampa), approvata dalla stessa Assemblea Costituente al termine dei propri lavori. L'art. 14 della legge in esame, rubricato «Pubblicazioni destinate all'infanzia o all'adolescenza», dispone:

Le disposizioni dell'art. 528 del Codice penale si applicano anche alle pubblicazioni destinate ai fanciulli ed agli adolescenti, quando, per la sensibilità e impressionabilità ad essi proprie, siano comunque idonee a offendere il loro sentimento morale od a costituire per essi incitamento alla corruzione, al delitto o al suicidio. Le pene in tali casi sono aumentate.

Le medesime disposizioni si applicano a quei giornali e periodici destinati all'infanzia, nei quali la descrizione o l'illustrazione di vicende poliziesche e di avventure sia fatta, sistematicamente o ripetutamente, in modo da favorire il disfrenarsi di istinti di violenza e di indisciplina sociale

L'art. 15 della legge, invece, è intitolato «Pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante», e stabilisce che

Le disposizioni dell'art. 528 del Codice penale si applicano anche nel caso di stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti³⁷.

generale, non riferita solo ai delitti inseriti nel Titolo in esame – che, ai fini della legge penale, «quando il rapporto di parentela è considerato come elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità, la filiazione illegittima è equiparata alla filiazione legittima». Al c. 2 lo stesso articolo rimanda alla normativa civilistica per le modalità ed i limiti dell'accertamento della filiazione.

³⁴ L'art. 724 c.p., che originariamente configurava la contravvenzione commessa da «Chiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o Simboli o le Persone venerate nella religione dello Stato [...]», è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza delle confessioni religiose di fronte alla legge, nella parte in cui faceva riferimento ai «Simboli o le Persone venerate nella religione dello Stato» (v. Corte cost., sent. 18 ottobre 1995, n. 440). Successivamente l'art. 57, d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, ha depenalizzato il reato in esame, nella versione risultante dall'intervento della Corte costituzionale, rendendolo un illecito amministrativo.

³⁵ La contravvenzione di «Commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza» di cui all'art. 725 c.p. è stata depenalizzata dall'art. 56 d.lgs. 507/1999. Le condotte previste dall'articolo in parola rappresentano ora un illecito amministrativo.

³⁶ L'introduzione di tale nuova fattispecie è avvenuta ad opera dell'art. 1 c. 1 lett. a) del d.lgs. 07 luglio 2011, n. 121, in attuazione della Direttiva Europea 2009/123/CE, modificativa della Direttiva 2005/35/CE.

³⁷ Come si è già accennato nell'Introduzione, e come si vedrà più ampiamente nel corso della trattazione, quest'ultima disposizione assume particolare rilievo nell'indagine, poiché – dopo essere rimasta 'silente' per molti anni – agli inizi del nuovo millennio è stata oggetto di un'importante pronuncia della Corte costituzionale, che fornisce significativi spunti nella ricerca di una definizione del «buon costume». Si rinvia al Cap. II, par. 5 per l'analisi della decisione della Corte costituzionale sull'art. 15 l. 47/1948.

Nella stessa prospettiva della l. 47/1948 si pone, più di recente, il d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (Testo Unico dei servizi di *media* audiovisivi e radiofonici), il quale ha abrogato la precedente disciplina del sistema radiotelevisivo, contenuta nella l. 6 agosto 1990, n. 223 (c.d. Mammi). L'art. 4 c. 1 d.lgs. 177/2005 dispone:

La disciplina del sistema radiotelevisivo, a tutela degli utenti, garantisce [...]

b) la trasmissione di programmi che rispettino i diritti fondamentali della persona, essendo, comunque, vietate le trasmissioni che contengono messaggi cifrati o di carattere subliminale o incitamenti all'odio comunque motivato o che inducono ad atteggiamenti di intolleranza basati su differenze di razza, sesso, religione o nazionalità o che, anche in relazione all'orario di trasmissione, possono nuocere allo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori o che presentano scene di violenza gratuita o insistita o efferata ovvero pornografiche, salve le norme speciali per le trasmissioni ad accesso condizionato che comunque impongano l'adozione di un sistema di controllo specifico e selettivo

Allo stesso modo, l'art. 36 c. 3, riguardante le trasmissioni transfrontaliere, stabilisce che

L'Autorità può disporre la sospensione provvisoria di ricezione o ritrasmissione di trasmissioni televisive provenienti da Stati dell'Unione europea nei seguenti casi di violazioni, già commesse per almeno due volte nel corso dei dodici mesi precedenti:

a) violazione manifesta, seria e grave del divieto di trasmissione di programmi che possano nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minorenni, in particolare di programmi che contengano scene pornografiche o di violenza gratuita;

b) violazione manifesta, seria e grave del divieto di trasmissione di programmi che possano nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minorenni, a meno che la scelta dell'ora di trasmissione o qualsiasi altro accorgimento tecnico escludano che i minorenni che si trovano nell'area di diffusione assistano normalmente a tali programmi;

c) violazione manifesta, seria e grave del divieto di trasmissione di programmi che contengano incitamento all'odio basato su differenza di razza, sesso, religione o nazionalità.

Come si vede, la normativa in esame prende in considerazione manifestazioni di pensiero non concernenti soltanto la sfera sessuale, (le «trasmissioni pornografiche»), ma contrastanti più in generale con una serie di valori ritenuti di particolare rilievo dall'ordinamento: così si spiega la proscrizione delle trasmissioni «che contengono messaggi cifrati o di carattere subliminale o incitamenti all'odio», «che inducono ad atteggiamenti di intolleranza basati su differenze di razza, sesso, religione o nazionalità», «che presentano scene di violenza gratuita o insistita o efferata».

Proseguendo nella rassegna, deve menzionarsi la l. 12 dicembre 1960, n. 1591 (c.d. «Migliori»), intitolata «Disposizioni concernenti l'affissione e l'esposizione al pubblico di manifesti, immagini, oggetti contrari al pudore o alla decenza», il cui art. 1 stabilisce che:

Chiunque fabbrica, introduce, affigge ed espone in luogo pubblico ed aperto al pubblico disegni, immagini, fotografie ed oggetti figurati, comunque destinati alla pubblicità, i quali offendono il pudore o la pubblica decenza, considerati secondo la particolare sensibilità dei minori degli anni diciotto e le esigenze della loro tutela morale, è rispettivamente punito a norma degli articoli 528 e 725 del Codice penale.

Si applica la pena di cui all'articolo 725 del Codice penale anche quando disegni, immagini, fotografie ed oggetti figurati rappresentano scene di violenza atte ad offendere il senso morale o l'ordine familiare.

Come si può notare, la disposizione di cui al c. 1 concerne condotte già in astratto punibili ai sensi degli artt. 528 e 725 c.p., ma introduce un parametro più rigoroso per l'accertamento della oscenità e dell'indecenza rispetto a quello codicistico, ancorandolo in questo caso non al «comune sentimento», ma alla sensibilità (verosimilmente più elevata) dei minori ed alla loro tutela morale³⁸. Il c. 2, dal canto suo, amplia il novero delle condotte penalmente rilevanti, includendovi il riferimento alle «scene di violenza», nonché ai parametri dell'offesa al «senso morale» ed all'«ordine familiare».

Di poco successiva è la l. 21 aprile 1962, n. 161, regolante la revisione dei film e degli spettacoli teatrali. Secondo la disciplina in vigore, la proiezione in pubblico su territorio nazionale e l'esportazione dei film è assoggettato a nulla osta del Ministero del turismo e dello spettacolo, rilasciato previo parere vincolante di Commissioni di primo grado e di appello (art. 1 l. 161/1962). Secondo l'art. 6 c. 1 della legge, la Commissione di primo grado può dare parere negativo alla proiezione in pubblico «esclusivamente ove ravvisi nel film, sia nel complesso, sia in singole scene o sequenze, offesa al buon costume». Il comma 2 precisa poi che «[i]l riferimento al buon costume contenuto nel primo comma s'intende fatto ai sensi dell'articolo 21 della Costituzione». Contro il parere della Commissione di primo grado è dato ricorso alla Commissione d'appello (art. 7 l. 161/1962) e, contro il provvedimento ministeriale di diniego del nulla osta (adottato sulla base del parere vincolante delle Commissioni) è dato ricorso al Consiglio di Stato (art. 8 l. 161/1962).

In materia di libertà religiosa, il «buon costume» è presente nell'art. 1 l. l. 24 giugno 1929, n. 1159 (legge sui culti ammessi nello Stato), ai sensi del quale

Sono ammessi nello Stato culti diversi dalla religione cattolica apostolica e romana, purché non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume. L'esercizio, anche pubblico di tali culti è libero.

Il «buon costume» compare inoltre, come limitazione al diritto di corrispondenza, agli artt. 11 c. 2 e 81 c. 1 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni)³⁹.

³⁸ Si v. per tutti R. VENDITTI, *La pornografia di fronte all'ordinamento giuridico italiano*, in A. DEL NOCE ET AL., *Via libera alla pornografia?*, Firenze, 1970, pp. 162-163.

³⁹ L'art. 11 c. 2 dispone che «Non sono altresì ammesse, salvo quanto disposto nei due ultimi commi del presente articolo, le corrispondenze di cui al precedente comma, che siano contrarie al buon costume o contengano frasi, parole,

In materia di diritto industriale, il «buon costume» compare diverse volte nel Codice della proprietà industriale⁴⁰, come limite alla registrazione di disegni (art. 33-bis c. 1 e 43 c. 1 lett. b) o alla brevettabilità delle invenzioni (art. 50). Da segnalare anche l'accostamento del «buon costume» alla «dignità umana» nell'ambito della brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, secondo il disposto dell'art. 81-quinquies⁴¹.

Esplicito riferimento alla «moralità pubblica» e al «buon costume» faceva la l. 27 dicembre 1956, n. 1423, originariamente intitolata appunto «Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità» ed erede della normativa dell'epoca fascista contenuta nel T.U.L.P.S.⁴². Nello stabilire i soggetti che potevano essere assoggettati alla diffida del Questore, l'art. 1 c. 1 n. 5) menzionava «coloro che svolgono abitualmente altre attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume». La disposizione era stata oggetto di censura di illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 13, 25 e 27 Cost., stante l'affermata indeterminatezza della fattispecie cagionata, nelle argomentazioni del giudice remittente, proprio dal richiamo ai concetti del «buon costume» e della «moralità pubblica». La Corte costituzionale, tuttavia, dichiarò infondata la q.l.c., ritenendo sufficientemente accertabili le nozioni in parola, e fornendone una sommaria definizione⁴³. Il legislatore, comunque, ha provveduto a modificare la disposizione in esame mediante l'art. 2 l. 3 agosto 1988, n. 327, il quale ha espunto dall'ordinamento l'istituto della diffida del Questore e stabilito un nuovo elenco di soggetti cui le misure di prevenzione sono applicabili, da cui esula ogni riferimento alla «morale pubblica» ed al «buon costume». La l. 1423/1956 è stata da ultimo abrogata ad opera del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il quale riprende quasi pedissequamente il testo dell'art. 1 l. 1423 nella versione modificata dalla l. 327/1988: nell'attuale disciplina delle misure di prevenzione, pertanto, è scomparso ogni riferimento al «buon costume» ed alla «moralità pubblica».

Per completezza, e più a causa dell'applicazione che tale normativa ha avuto che per l'effettivo tenore letterale della stessa, deve rammentarsi anche l'art. 54 c. 4 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sugli ordinamenti locali, d'ora innanzi T.U.E.L.), come sostituito dall'art. 6 d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modificazioni, dall'art. 1 c. 1, l. 24 luglio 2008, n. 125. Secondo il testo della disposizione in parola

disegni ingiuriosi, scurrili o denigratori a chiunque riferiti»; l'art. 81 c. 1, invece, stabilisce che «È proibito spedire oggetti che possano cagionare danno o costituire pericolo per le persone e per le cose o che possano imbrattare o deteriorare altri invii postali, e quelli la cui circolazione sia contraria alle leggi, all'ordine pubblico, al buon costume».

⁴⁰ D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

⁴¹ L'art. 81-quinquies è stato aggiunto al Codice per effetto del d.lgs. 13 agosto 2012, n. 131, e dispone che «Fermo le esclusioni di cui all'articolo 45, comma 4, sono esclusi dalla brevettabilità: [...] b) le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario alla dignità umana, all'ordine pubblico e al buon costume, alla tutela della salute, dell'ambiente e della vita delle persone e degli animali, alla preservazione dei vegetali e della biodiversità ed alla prevenzione di gravi danni ambientali, in conformità ai principi contenuti nell'articolo 27, paragrafo 2, dell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS)»

⁴² V. l'art. 157 T.U.L.P.S., il quale consentiva all'Autorità di Pubblica Sicurezza di rimpatriare con foglio di via obbligatorio o mediante traduzione, oltre agli individui «sospetti» che rifiutassero di identificarsi a richiesta di ufficiali ed agenti di P.S. (c. 1), anche «le persone pericolose per l'ordine o la sicurezza pubblica o per la pubblica moralità» (c. 2).

⁴³ Corte cost., sent. 04 marzo 1964, n. 23, al § 3 del *Considerato in diritto*.

Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, provvedimenti anche⁴⁴ contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana [...].

Benchè l'art. 54 T.U.E.L. non faccia menzione del «buon costume» o di clausole affini, ma menzioni soltanto l'«incolumità pubblica» e la «sicurezza urbana» quali interessi tutelati mediante l'adozione delle ordinanze del sindaco, il d.m. 5 agosto 2008, intervenuto a fornire un'interpretazione di tali concetti (l'atto normativo è infatti intitolato «Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione»), adotta per entrambi una nozione ampia, statuendo all'art. 1 che

per incolumità pubblica si intende l'integrità fisica della popolazione e per sicurezza urbana un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale

Nel tentativo di chiarire ulteriormente la portata dei concetti impiegati dal T.U.E.L., l'art. 2 del decreto prosegue disponendo che

1. Ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, il sindaco interviene per prevenire e contrastare: [...] e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi

Proprio questo richiamo alla tutela della «pubblica decenza» e alla «prostituzione» quale esempio di fenomeno offensivo della stessa ha dato vita al fenomeno delle c.d. ordinanze anti-prostituzione, adottate dai sindaci di diverse città italiane, che non ha mancato di sollevare dubbi di compatibilità con le disposizioni di legge e con i principi costituzionali accolti dall'ordinamento⁴⁵.

Infine, pur non potendo essere incluso tra le fonti dell'ordinamento generale, può menzionarsi – per la sempre maggiore influenza che il fenomeno delle comunicazioni pubblicitarie commerciali riveste a livello giuridico e sociale – il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale o Codice di autodisciplina pubblicitaria (C.A.P.), adottato dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (I.A.P.), un'associazione non riconosciuta che riunisce rappresentanti di diverse categorie di operatori del settore pubblicitario. Questo testo normativo risulta vincolante solo per coloro che abbiano aderito all'ordinamento di autodisciplina. Per sovrintendere all'osservanza del C.A.P. sono istituiti due organi collegiali: il Comitato di controllo ed

⁴⁴ La Corte costituzionale, con sent. 04 aprile 2011, n. 115, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 T.U.E.L., nella parte in cui comprende la locuzione «anche» prima delle parole «contingibili e urgenti». Sul punto v. *amplius infra*, al Cap. III, par. 7.

⁴⁵ Sul punto v. *amplius infra*, al Cap. III, par. 7.

il Giurì (artt. 29-35); quest'ultimo, in particolare, ha competenza a valutare la comunicazione commerciale che gli viene sottoposta e verificare il rispetto, da parte di questa, delle norme del Codice (art. 32 c. 1).

Per quanto qui interessa, l'art. 9 del C.A.P., rubricato «Violenza, volgarità, indecenza», dispone :

La comunicazione commerciale non deve contenere affermazioni o rappresentazioni di violenza fisica o morale o tali che, secondo il gusto e la sensibilità dei consumatori, debbano ritenersi indecenti, volgari o ripugnanti.

L'art. 10 C.A.P., invece, intitolato «Convinzioni morali, civili, religiose e dignità della persona», dispone:

La comunicazione commerciale non deve offendere le convinzioni morali, civili e religiose. Essa deve rispettare la dignità della persona in tutte le sue forme ed espressioni e deve evitare ogni forma di discriminazione.

Su tali disposizioni si è sviluppata una 'giurisprudenza' del Giurì di autodisciplina, che sarà oggetto di analisi nel corso della presente trattazione⁴⁶.

3. *Il dibattito in Assemblea Costituente*

L'Assemblea Costituente ebbe modo di occuparsi a più riprese delle tematiche attinenti alla tutela del «buon costume», nell'ambito delle discussioni sulle disposizioni in materia di libertà religiosa e di libertà di manifestazione del pensiero⁴⁷. Va detto immediatamente che la locuzione in parola emerse – come si vedrà a breve – 'in corso d'opera', essendo frutto di un emendamento *ad hoc*, mentre i progetti originari facevano riferimento piuttosto alla «moralità pubblica». La scelta dell'una o dell'altra espressione non fu casuale, e corrispose ad un ben preciso intento dei costituenti.

Di «moralità pubblica» ragiona già la *Relazione all'Assemblea Costituente* della I Sottocommissione per i problemi costituzionali della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato⁴⁸, nominata con d.m. 31 agosto 1945 dal Ministero per la Costituente. Con riguardo alla libertà di espressione del pensiero, ed in particolare ai mezzi di manifestazione dello stesso diversi dalla stampa, la Sottocommissione, in prospettiva comparatistica, rileva la tendenza di altri ordinamenti a consentire limitazioni più ampie rispetto a quelle previste per la

⁴⁶ V. *infra*, al Cap. III, par. 9.

⁴⁷ Per una rassegna dei lavori dell'Assemblea Costituente si v. la *Rassegna sul concetto di buon costume nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente* curata da S. Grassi, in E. BERARDUCCI (cur.), *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, Roma, 1972, pp. 19-44. I lavori preparatori della Assemblea Costituente sono reperibili on-line sul sito <http://banchedati.camera.it/AssembleaCostituente>. Sul punto si vedano anche P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 460, e G. DE ROBERTO, *Buon costume. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, V, 1988, pp. 1-2.

⁴⁸ V. COMMISSIONE PER GLI STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO, *Relazione all'Assemblea Costituente*, I, Roma, 1946.

stampa «soprattutto, o meglio esclusivamente, nell'interesse della pubblica moralità».⁴⁹ Tenuto conto anche di ciò, la Sottocommissione conclude affermando che

Per quanto riguarda i mezzi di espressione del pensiero diversi dalla stampa si è convenuto sulla opportunità di stabilire per la cinematografia un'eccezione al divieto della censura preventiva, soprattutto a scopo di tutela della pubblica moralità.

Uguali riserve si sono fatte per le rappresentazioni teatrali e per la radiofonia, specie se per queste ultime si dovesse ammettere il principio della libertà delle radiodiffusioni.⁵⁰

La «pubblica moralità» compare anche nelle bozze originarie di articoli all'esame dell'Assemblea costituente.

Per quanto concerne la libertà di manifestazione del pensiero, il progetto di articolo redatto dai relatori Basso e La Pira, mentre da un lato consentiva (comma 2) agli ufficiali di polizia giudiziaria il sequestro di stampati, in caso «di pubblicazioni oscene», all'ultimo comma disponeva anche che «Solo la legge può limitare le manifestazioni del pensiero compiute coi mezzi differenti dalla stampa (a tutela della pubblica moralità ed in vista specialmente della protezione della gioventù)»⁵¹. I relatori non avevano trovato accordo sull'inclusione della «moralità pubblica» nella disposizione, ritenendo l'on. Basso che il rinvio a leggi speciali fosse sufficiente allo scopo, e sottolineando invece l'on. La Pira l'importanza della protezione della «morale».

Nel corso del dibattito nella I Sottocommissione, che si svolse nelle sedute del 26 e 27 settembre e del 1 ottobre 1946, diverse voci (soprattutto di area democristiana) posero l'accento sull'importanza della repressione dell'oscenità e sulla tutela della «morale»⁵². Viva fu tuttavia la preoccupazione di alcuni deputati per la difficoltà definitoria connessa ai concetti di «oscenità» e di «moralità pubblica», difficoltà che poteva dar luogo ad abusi in sede di attuazione dei precetti costituzionali da parte delle autorità pubbliche⁵³. La replica, tuttavia, fece leva sull'esistenza di una nozione di «osceno» in campo penalistico⁵⁴, talchè «alla parola "osceno" non si può dare che il significato etico-giuridico del codice penale»⁵⁵. Il comma sull'assoggettabilità a sequestro delle

⁴⁹ COMMISSIONE PER GLI STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO, *Relazione*, cit., p. 107; la Commissione cita l'esempio della Costituzione di Weimar (art. 118) e della Costituzione greca (art. 16).

⁵⁰ COMMISSIONE PER GLI STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO, *Relazione*, cit., pp. 109-110 (corsivo aggiunto).

⁵¹ V. gli atti della seduta del 26 settembre 1946, in A.A.C., p. 129.

⁵² Si v. in particolare l'intervento dell'on. Moro nella seduta del 27 settembre 1946, il quale ritenne «che il comma sia di importanza essenziale per la repressione degli abusi della libertà di stampare che tendano intenzionalmente, come si attua oggi, alla corruzione della gioventù ed all'indebolimento della forza morale italiana» (così l'on. Moro in A.A.C., p. 149). Con tali argomentazioni concordavano anche l'on. Dossetti, l'on. Tupini e l'on. Leonilde Iotti (v. A.A.C., pp. 149-150).

⁵³ Per quanto concerneva l'«oscenità», infatti, l'on. Cevolotto e l'on. Lucifero fecero notare l'eventualità che tale formula potesse dar luogo ad abusi. L'on. Cevolotto mise in chiaro la contrarietà alla formulazione dell'articolo come proposta dal relatore La Pira «non perché sia contrario alla persecuzione di pubblicazioni oscene, ma perché ritiene che questo comma apra un altro varco agli abusi da parte della pubblica sicurezza che, ravvisando artatamente un carattere osceno in pubblicazioni che non lo hanno, potrebbe sopprimerle». Analogamente l'on. Lucifero affermò di ritenere che il giudizio sull'oscenità di una pubblicazione sia un giudizio «di grande delicatezza», giacchè «Si sono viste considerare oscene delle opere d'arte che ormai sono internazionalmente considerate dei capolavori» (entrambi gli interventi in A.A.C., p. 149). A tali argomenti si associò l'on. Mastrojanni (Ibid.). L'on. Giovanni Lombardi, dal canto suo, sottolineò come fosse arduo dare una definizione di oscenità e come a suo avviso l'autorità di pubblica sicurezza non fosse idonea a tale compito (V. l'intervento in A.A.C., pp. 149-150).

⁵⁴ V. l'intervento dell'on. Moro, in A.A.C., p. 150.

⁵⁵ Così l'on. Mancini, in A.A.C., p. 150.

pubblicazioni oscene fu pertanto approvato. Stessa sorte toccò al comma riguardante la repressione della «pubblica immoralità», superate anche in questo caso le obiezioni degli on. Lucifero e Cevolotto, basate su motivazioni non dissimili da quelle che avevano spinto i deputati ad opporsi alla disposizione precedentemente discussa⁵⁶.

Il Comitato di redazione della Commissione dei 75, peraltro, riformulava le due disposizioni approvate dalla I Sottocommissione, riunendo le previsioni contro oscenità e «moralità pubblica» in un solo comma, che così statuiva: «A tutela della moralità pubblica e contro l'oscenità, la legge può consentire misure preventive e limitazioni per le manifestazioni di pensiero compiute con la stampa e con altri mezzi di diffusione»⁵⁷. Se, da un lato, vi fu una generale condanna delle pubblicazioni pornografiche⁵⁸, vennero da più parti rinnovate le perplessità riguardo alla costituzionalizzazione di misure restrittive della libertà di manifestazione del pensiero volte alla tutela di «oscenità» e «moralità pubblica». Mentre con riguardo alla prima il *busillis* concerneva principalmente la distinzione tra «arte» e «osceno»⁵⁹, in relazione alla seconda venivano in gioco le preoccupazioni, ben più radicali, riguardanti la potenziale ampiezza del limite in esame. Fu in particolare l'on. Paolo Rossi a rammentare il caso della Svizzera, ove fu proibita la diffusione dell'ideologia marxista, perché ritenuta «immorale»⁶⁰. Fu proprio in risposta a tale obiezione che l'on. Codacci Pisanelli propose di richiamare «un vecchio concetto molto diffuso nei precedenti legislativi», vale a dire quello di «buon costume»⁶¹. Il suggerimento, peraltro, non riscosse immediatamente il consenso della Commissione, e l'on. La Rocca fece notare che la locuzione in esame «può dar luogo ad arbitrio»⁶².

Respinta la proposta dell'on. Rossi di sopprimere l'intero comma⁶³, la formulazione della disposizione fu demandata al Comitato di redazione, e poi nuovamente discussa dall'Adunanza plenaria nella seduta del 28 gennaio 1947. Mentre il testo suggerito dal Comitato ragionava di «manifestazioni pornografiche»⁶⁴, l'on. Codacci Pisanelli insisteva sull'opportunità di impiegare la formula del «buon costume» in luogo di quella adottata dal Comitato⁶⁵. Quest'ultimo aveva rigettato

⁵⁶ La formula della «moralità pubblica» era infatti ritenuta dall'on. Cevolotto «molto pericolosa» (così l'on. Cevolotto nella seduta del 1 ottobre 1946, in A.A.C., p. 156), mentre l'on. Lucifero faceva notare che «[...] i criteri discrezionali coi quali si potrebbe giudicare della moralità o meno di un dato spettacolo sono tali che, volendo, ci si può far rientrare tutto. Può accadere, ad esempio, che un'opera sia d'arte sia sequestrata o soppressa in base a criteri molto discutibili» (così l'on. Lucifero, in A.A.C., p. 156). Alle argomentazioni dell'on. Lucifero si associava l'on. Mastrojanni (*Ibid.*).

⁵⁷ V. gli atti della seduta del 25 gennaio 1947, in A.A.C., p. 173.

⁵⁸ Si vedano gli interventi degli on. Nobile, Umberto Merlin, Moro e Tupini, in A.A.C., pp. 174-175. L'on. Giua affermò di condividere la posizione dei colleghi «dal punto di vista morale», pur facendo notare l'opportunità di circoscrivere il divieto ai giornali ed alle riviste, al fine di non colpire anche le opere letterarie di epoche passate (lvi., p. 175). Gli on. Nobile e Terracini, peraltro, avevano proposto un emendamento volto a sostituire il testo predisposto dal Comitato di redazione con il seguente: «Sono vietate la stampa e la diffusione di giornali, riviste e libri pornografici. La legge stabilirà a proposito le misure adeguate» (v. A.A.C., p. 173). L'emendamento incontrò l'opposizione dell'on. Lussu, a sua volta intenzionato a eliminare dal testo anche il riferimento all'«oscenità», in quanto riteneva inopportuna la menzione di pornografia ed oscenità in un testo costituzionale (v. l'intervento in A.A.C., p. 174).

⁵⁹ V., oltre al citato intervento dell'on. Giua (v. nota precedente), gli interventi degli on. La Rocca, Paolo Rossi e Laconi, in A.A.C., pp. 175-176.

⁶⁰ V. l'intervento in A.A.C., p. 176.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ V. gli atti della seduta del 25 gennaio 1947, in A.A.C., p. 205. Il testo del comma era così formulato: «Sono vietate le pubblicazioni di stampa, gli spettacoli e le altre forme di manifestazioni pornografiche. La legge determina a tale scopo misure adeguate».

⁶⁵ V. l'intervento dell'on. Codacci Pisanelli, *ibid.*

tale espressione perché «troppo elastica»⁶⁶, e «troppo generica» essa era ritenuta anche dall'on. Nobile⁶⁷, ma secondo il suo proponente proprio la lunga tradizione giuridica da cui tale locuzione era sorretta rappresentava, agli occhi del deputato, un possibile rimedio agli abusi, «in quanto la formula stessa consentirebbe al funzionario che deve applicare la legge di interpretarla secondo l'esperienza»⁶⁸. L'approvazione dell'emendamento Codacci Pisanelli portò il testo dell'articolo ad una formulazione quasi coincidente con quella attuale⁶⁹.

In Assemblea, il limite del «buon costume» non incontrò serie obiezioni⁷⁰: la necessità che la libertà di manifestazione del pensiero trovasse un argine nella tutela di determinati valori morali sembrò godere dell'appoggio di diverse forze politiche, non solo di area conservatrice⁷¹. Proprio nell'ambito della discussione sul limite in parola, invero, costanti furono le censure nei confronti del fenomeno pornografico, ritenuto pericoloso specialmente per la gioventù⁷². A tal proposito, peraltro, l'on. Schiavetti manifestò rammarico per la scomparsa del riferimento alla protezione dei giovani (presente, come si ricorderà, nel testo originario all'esame della I Sottocommissione) quale ragione giustificativa dell'intervento repressivo sulla stampa. Gli stampati osceni, per vero, non esaurivano le preoccupazioni del deputato, tanto che egli denunciò il pericolo proveniente non soltanto – e, nelle sue parole, non principalmente – dalla pornografia, quanto da pubblicazioni volte all'esaltazione della violenza e della brutalità⁷³. Il collegamento tra «moralità pubblica» e tutela

⁶⁶ V. *ibid.*, nella relazione del Presidente Ruini al testo proposto dal Comitato.

⁶⁷ V. l'intervento dell'on. Nobile, *ibid.*

⁶⁸ Così l'on. Codacci Pisanelli, *ibid.*

⁶⁹ V. A.A.C., p. 206. Il testo approvato dalla Commissione così recitava: «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni che siano contrarie al buon costume. La legge determina a tale scopo misure adeguate».

⁷⁰ Solo l'on. Fusco, di area liberale, ripropose le perplessità, già emerse nella I Sottocommissione e nella Commissione dei 75, relative ai possibili abusi da parte delle pubbliche autorità, che avrebbero potuto condurre alla censura di opere artistiche e non oscene. Il deputato ci tenne tuttavia a precisare che egli non intendeva difendere la stampa oscena e che era favorevole alla prevenzione della sua diffusione. Si veda l'intervento nella seduta del 28 marzo 1947, in A.A.C., p. 2626.

⁷¹ Si vedano gli interventi degli on. Trimarchi e Nobile nella seduta pomeridiana del 27 marzo 1947, in A.A.C., rispettivamente pp. 2572-2573 e 2575-2576; dell'on. Schiavetti nella seduta del 28 marzo 1947, in A.A.C., p. 2619 ss.; degli on. Cavallari, Calosso e Moro nella seduta del 14 aprile 1947, in A.A.C., rispettivamente alle pp. 2808-2809, 2818-2819 e 2820-2821.

⁷² V. in particolar modo i già richiamati interventi Trimarchi, Schiavetti e Moro, *supra* alla nota precedente. L'on. Calosso propose un emendamento, poi ritirato, volto ad introdurre una tutela della libertà di stampa «dallo Stato, dal capitale, dalla diffamazione e dalla pornografia» (v. l'emendamento negli atti della seduta del 14 aprile 1947, in A.A.C., p. 2816). Tra l'altro, l'on. Calosso affermava di non temere la possibile repressione dell'arte mediante il richiamo al limite della pornografia, in quanto «è meglio in questo campo l'eccesso che il difetto, perché - ripeto - non c'è il fatto politico di mezzo. E non bisogna aver paura degli inconvenienti, che ci sono dappertutto, come, ad esempio, che domani un giudice filisteo abolisca il *Decamerone* o *Madame Bovary* di Flaubert. Insomma, corriamo questo rischio, qualche *Decamerone*, qualche *Madame Bovary* sarà abolito, ma troverà poi lo stesso il modo di farsi la sua strada. Io correrei quindi questo rischio senza paura. Mi pare meglio quello che si guadagna che non quello che si perde» (in A.A.C., p. 2819).

⁷³ Nelle parole dell'on. Schiavetti: «Orbene, noi vogliamo considerare un aspetto della libertà di stampa che deve trovarci tutti consenzienti: l'aspetto per cui questa libertà di stampa ci preoccupa dal punto di vista della morale pubblica e soprattutto dal punto di vista della difesa e della protezione della gioventù. Ho visto che questa preoccupazione è apparsa nelle discussioni della Commissione; ma poi, nell'ultimo capoverso di questo articolo 16, non si è voluto parlare di protezione della gioventù. Badate, onorevoli colleghi, che questo è uno dei problemi più gravi del nostro tempo: questa gioventù è insidiata o, per meglio dire, la rinascita, la risurrezione morale di questa gioventù è insidiata non soltanto - e credo, in un certo senso, in minima parte - dalle pubblicazioni di carattere pornografico, ma anche da altre pubblicazioni. Quando vedo dei settimanali i quali hanno per unico scopo della loro pubblicazione l'illustrazione e lo sfruttamento dei fatti di cronaca nera per presentarli dinanzi ai giovani, e in generale dinanzi ai loro lettori, in modo affascinante e tale da esercitare una specie di suggestione sullo spirito, quando penso che, nella stessa letteratura dedicata ai ragazzi, vi sono dei periodici, dei piccoli giornali, i quali esaltano continuamente gli istinti di violenza, gli istinti della forza cieca e brutale, l'istinto in una parola, e cercano di suscitare il bisogno di eroismo nei ragazzi, facendo appello a imprese che non hanno nulla di eroico e nulla di morale, quando penso a tutto questo, e vedo che nel nostro Paese si consentono simili pubblicazioni, credo che fatti di questo genere debbano interessare e preoccupare profondamente l'Assemblea Costituente italiana» (in A.A.C., p. 2620)

della gioventù si manifesta in maniera evidente anche nella proposta emendativa dell'on. Andreotti⁷⁴, il quale prese posizione espressamente sull'importanza della salvaguardia dei due beni⁷⁵. Da notare anche le parole dell'on. Moro, il quale – rifacendosi peraltro all'intervento dell'on. Schiavetti – sottolineò una significativa connessione tra tutela della «moralità pubblica» e tutela della «libertà e dignità della persona», le quali «potrebbero essere turbate gravissimamente da abusi licenziosi della libertà di stampa e di espressione del pensiero»⁷⁶.

Infine, da più parti si propose, senza successo, di affiancare al «buon costume» la «moralità pubblica»⁷⁷, segno peraltro che i due concetti erano distinti agli occhi di molti deputati, e che il primo era considerato, in qualche modo, meno ampio del secondo⁷⁸. In cosa consistesse tale maggiore estensione della «moralità pubblica», tuttavia, non venne precisato in maniera compiuta dai costituenti. Il tema era emerso anche durante il dibattito, più conciso ma per certi aspetti più acceso, in materia di libertà religiosa, di opinione e di culto.

La I sottocommissione della Commissione per la Costituzione, nella seduta del 18 dicembre 1946, si trovò a deliberare sulle proposte di articolo avanzate dai relatori on. Dossetti e Cevolotto. Forti perplessità sollevò la formulazione dell'articolo sulla libertà di opinione suggerita dall'on. Dossetti, ai sensi della quale risultava che «Ogni uomo ha diritto alla libera professione delle proprie idee e convinzioni, purché non contrastino *con le supreme norme morali*, con la libertà e i diritti garantiti dalla presente Costituzione, con i principî dell'ordine pubblico»⁷⁹. Il riferimento alle «supreme norme morali» fu contestato da coloro, tra i deputati, i quali facevano notare come tale

⁷⁴ L'emendamento Andreotti mirava a sostituire il testo della disposizione col seguente: «Tutti i cittadini hanno diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto ed ogni altro mezzo di diffusione – La stampa non può essere sottoposta ad autorizzazioni, né ad altre misure preventive, salvo le eccezioni stabilite dalla legge per la censura delle notizie militari in tempo di guerra – Non si può procedere al sequestro dei giornali e di ogni altra pubblicazione o stampato se non per sentenza irrevocabile dell'Autorità giudiziaria, *salve le disposizioni di legge sul sequestro della stampa contraria alla morale o al buon costume*, della stampa periodica non registrata e degli stampati clandestini. – Tuttavia, con atto dell'Autorità giudiziaria, può essere disposto il sequestro di non oltre tre esemplari dei giornali od altri stampati, in cui si ravvisi una violazione della legge penale. – La legge punisce severamente i reati commessi mediante la stampa periodica. In caso di recidiva, può disporre anche la sospensione o la soppressione delle testate. – *Sono vietati, a tutela della pubblica moralità e per la protezione della gioventù, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni che siano contrari alla morale o al buon costume. La legge determina misure adeguate*» (v. gli atti della seduta antimeridiana del 14 aprile 1947, in A.A.C., p. 2809, corsivi aggiunti)

⁷⁵ V. l'intervento dell'on. Andreotti, in A.A.C., p. 2812: «[...] Nell'ultimo comma, infine, ho introdotto quello che a me pare sia stato fatto presente anche da altri Deputati, cioè il concetto che la legge può introdurre certe misure di garanzia collettiva di fronte alla produzione cinematografica, alla produzione teatrale e ad altre manifestazioni di pensiero del genere, a tutela della morale o del buon costume. – E dico esplicitamente che a ciò si è mossi dalle guarentigie della pubblica moralità e della protezione della gioventù. Mi pare che questo sia veramente da sancirsi e che cioè *vi è un bene, che è quello della moralità pubblica, vi è un bene che è quello dell'educazione della gioventù, che noi costituenti sentiamo in modo particolare. Questo rappresenta, credo, una conquista che rivaluta la protezione della gioventù elevandola però da come era concepita nel passato, di una protezione, cioè, fatta perché questa gioventù rendesse di più per lo Stato*» (corsivo aggiunto).

⁷⁶ Così l'on. Moro, in A.A.C., p. 2821. L'intervento così si concludeva: «La realtà delle cose è in questo momento questa, che la pornografia non è occasionale, non è incidentale, ma è intenzionalmente diretta ad infirmare la coscienza morale del popolo italiano. Io credo che l'Assemblea tutta si troverà concorde in questa difesa, la quale, essendo difesa della nostra gioventù, che è veramente la nostra speranza, essendo difesa della moralità del nostro popolo, è anche la più piena e la più sana affermazione che noi possiamo fare del nostro amor di Patria».

⁷⁷ Espliciti in tal senso gli emendamenti Trimarchi e Vittoria Titomanlio (in A.A.C., p. 2819), identici, ai sensi dei quali, alla locuzione «buon costume», andava anteposto il riferimento alla «morale». L'emendamento Trimarchi, tuttavia, decadde per assenza del proponente, mentre il secondo fu ritirato dall'on. Titomanlio. Nello stesso senso l'emendamento dell'on. Andreotti, cit., in A.A.C., p. 2809.

⁷⁸ Cfr. ad es. l'intervento dell'on. Andreotti (in A.A.C., pp. 2809-2812), il quale fece ripetutamente riferimento alla «moralità pubblica e al buon costume» (come del resto avveniva nel testo dell'emendamento che egli proponeva) il che porta a ritenere che egli li reputasse concetti distinti. Negli stessi termini anche l'on. Moro (in A.A.C., p. 2820), il quale per tre volte menzionava entrambe le nozioni, giustapponendole nel suo discorso.

⁷⁹ V. gli atti della seduta del 18 dicembre 1946, in A.A.C., p. 485.

formulazione da un lato portasse a costituzionalizzare, in sostanza, i principi della religione cattolica, a dispetto del carattere laico che la Costituzione repubblicana avrebbe dovuto rivestire⁸⁰; dall'altro lato come le «supreme norme morali» fossero principi «vaghi ed inafferrabili»⁸¹, ed il loro richiamo fosse, nel migliore dei casi, inutile⁸² e, nel peggiore, pericoloso in quanto suscettibile di dar luogo ad abusi in sede di interpretazione⁸³. In assenza di una più precisa specificazione dell'identità delle «supreme norme morali»⁸⁴, si rilevò come l'inserimento di tale limite potesse in ultima analisi condurre ad un'indebita soppressione della libertà di opinione dell'individuo, qualora egli si trovasse a professare idee in contrasto con la morale dominante (*id est*: la morale cattolica). Secondo l'on. Togliatti, «[l]a verità è che qui si nasconde il tranello della soppressione della libertà di pensiero, di convinzione, e di ogni altro principio di libertà»⁸⁵.

Di rilievo è lo scambio che, a seguito di tali osservazioni, venne ad instaurarsi tra l'on. Dossetti e gli altri componenti la Sottocommissione. Il relatore replicò infatti alle obiezioni facendo notare che meno critiche aveva sollevato il riferimento, nel progetto di articolo sulla libertà religiosa proposto dall'on. Cevolotto, alla «morale» (oltre che al «buon costume»), mentre il richiamo alle «supreme norme morali» da lui proposto doveva intendersi effettuato a «quei supremi principi morali che non riguardano questa o quella forma di organizzazione della società o di disciplina dell'economia, perché questo non ha niente a che vedere con essi. Supremo principio morale è, ad esempio, quello che proibisce le persecuzioni razziali»⁸⁶. L'on. Cevolotto replicò sostenendo che la «morale» di cui faceva menzione nella sua proposta si riferiva ad altro campo, quale ad esempio

⁸⁰ V. gli interventi degli on. Marchesi, Cevolotto, Togliatti e Basso nella seduta del 18 dicembre 1946, in A.A.C., rispettivamente pp. 486-487, 486, 488 e 489. Secondo l'on. Marchesi, mediante il richiamo alle «supreme norme morali», che non potevano essere se non le norme della morale cattolica, «si viene a distruggere il principio della libertà di pensiero, il quale pensiero può anche esigere la libertà di concepire e di formulare norme che siano in disaccordo con quelle della morale cattolica» (A.A.C., p. 486). L'on. Cevolotto dichiarò che il riferimento al concetto in esame «rafforza(va) in lui l'impressione che si stia facendo una Costituzione paolotta, mentre le formule dovrebbero essere, per dir così, un poco laicizzate» (*ibid.*). L'on. Basso fece notare che «L'onorevole Mastrojanni ha detto che per lui è molto chiaro che le «supreme norme morali» non sono che quelle della religione cattolica. Ora, per la religione cattolica, il Santo Padre è infallibile quando parla ex cathedra, in materia di morale. Accogliendo l'articolo dell'onorevole Dossetti ci si verrebbe quindi a sottoporre all'interpretazione autentica del Santo Padre in materia di morale» (A.A.C., p. 489).

⁸¹ Così l'on. De Vita, in A.A.C., p. 487.

⁸² V. l'intervento dell'on. Lucifero, in A.A.C., p. 486, il quale osservava «[...] che una buona Costituzione è tutta un dettame morale, e che il richiamo alle supreme norme della morale è nelle norme stesse che la Costituzione detta, e non come richiamo a sé stante. Quindi, pur dichiarando di consentire con le intenzioni dell'onorevole Dossetti, si domanda se è necessario il suo riferimento alle norme morali, e se non sia più pratico e più costituzionale l'accenno al buon costume e all'ordine pubblico».

⁸³ In questo senso gli on. De Vita, Togliatti, Basso, in A.A.C., rispettivamente alle pp. 486, 487-488, 489. L'on. Lucifero, pur dichiarando di accettare le supreme norme morali di ispirazione cattolica in quanto «supreme leggi morali di tutti» (A.A.C., p. 489), rilevò che «La morale produce la legge, ma la legge non è che il precipitato storico della morale, non è «la morale». Nella legge si fa l'applicazione della morale vigente nell'epoca. La legge è quindi un'applicazione della morale, ma non la richiama. Questo articolo pone di fronte ad una serie di problemi che un interprete di cattiva volontà può torcere come vuole» (*ibid.*). Lo stesso on. Moro, affermando la lealtà di spirito e la morale comune che univa le forze politiche democristiane, riconobbe che «A chi ha affermato che una norma come quella proposta può essere pericolosa, fa osservare che essa può essere pericolosa non perché la sostengono i democristiani, ma perché domani potrebbe rappresentare, nelle mani di chi non ha eguale lealtà ed apertura di spirito, un pericolo per la libertà. I democristiani possono sinceramente affermare che nelle loro mani non sarebbe pericolosa, perché essi sono uomini non soltanto cristiani, ma dotati di una spiritualità ricca ed aperta» (A.A.C., p. 490).

⁸⁴ Cfr. l'intervento Basso, in A.A.C., p. 489: «Rileva [l'on Basso] che si potrebbe, eventualmente, comprendere la portata ed il significato dell'articolo proposto dall'onorevole Dossetti, qualora esistesse un testo che fissasse tassativamente le norme della morale. Si potrebbe discutere l'opportunità o meno di richiamarle nella Costituzione, ma almeno si saprebbe a che cosa ci si vuol riferire. Invece, così come è formulato l'articolo, non può essere accolto e pertanto ne propone la soppressione».

⁸⁵ Così l'on. Togliatti, in A.A.C., p. 487.

⁸⁶ Così l'on. Dossetti, in A.A.C., p. 488, rispondendo in particolar modo alle critiche dell'on. Togliatti, il quale temeva che dottrine politiche quali l'anarchismo ed il comunismo potessero, in ultima istanza, essere repute contrastanti con le «supreme norme morali».

quello dei culti «che hanno professato il principio che bisogna peccare molto per poi pentirsi e salvarsi. Un tale principio sarebbe contrario alla morale»⁸⁷; l'on. Dossetti, tuttavia, ribattè che tale fattispecie poteva essere agevolmente ricompresa nel concetto di «buon costume», laddove «Quando si fa un richiamo alla morale senza limitazioni, si richiama qualche cosa di ancor più estensivo delle supreme norme morali»⁸⁸. Da tale discussione emerge ancora una volta l'idea di una minore ampiezza del «buon costume» rispetto all'idea della «morale» in sé e per sé.

L'on. Dossetti, invitato dalla I Sottocommissione a trovare assieme all'altro relatore, on. Cevolotto, una formulazione condivisa della disposizione, ritenne di rinunciare al riferimento ai «supremi principi morali». L'articolo, nella versione approvata dalla Sottocommissione, arrivò a contenere soltanto la menzione dell'«ordine pubblico» e del «buon costume»⁸⁹, essendo stata rigettato anche il richiamo alla «morale» nel testo suggerito dall'on. Cevolotto. A nulla valse la (timida) obiezione dell'on. Basso, secondo cui un'interpretazione estensiva di tali limiti poteva condurre al divieto di adesione e propaganda di talune religioni, il cui credo contrastava col «buon costume»⁹⁰. L'on. Dossetti replicò facendo notare che la formula della non contrarietà all'«ordine pubblico» e al «buon costume» riproduceva quella della legge sui culti ammessi nello Stato⁹¹. Il testo proposto dall'on. Dossetti fu in ultima istanza approvato dalla Sottocommissione.

Approdato il progetto di Costituzione in Assemblea, da alcuni furono sollevate obiezioni circa la clausola del «buon costume», in quanto essa – secondo queste opinioni – risultava «offensiva nei confronti di un culto religioso»⁹², ed avrebbe potuto essere facilmente invocata a danno delle confessioni minoritarie⁹³. Da parte di altri, tuttavia, si pose l'accento su alcune credenze e riti considerati particolarmente riprovevoli («stravaganti», secondo una proposta emendativa dell'on. Nobile, poi ritirata)⁹⁴, al fine di giustificare la permanenza del limite del «buon costume». L'on. Nobile, ad esempio, fece riferimento ad un non meglio precisato culto americano, praticato nel Texas, ove gli adepti cingevano al collo dei serpenti⁹⁵, mentre l'on. Ruini accennò «ai

⁸⁷ Così l'on. Cevolotto, *ibid.*

⁸⁸ Così l'on. Dossetti, *ibid.* L'on. Cevolotto fece notare (A.A.C., pp. 488-489) che la formula «contrario all'ordine pubblico, alla morale e al buon costume» era una formula tradizionale della legislazione italiana, e che egli aveva inteso impiegarela «con quel significato e quel valore». Con l'interpretazione 'autentica' dell'on. Cevolotto sembrò concordare anche l'on. Marchesi, secondo cui «la "morale" richiamata dall'onorevole Cevolotto è la morale del regolamento di polizia» (A.A.C., p. 488).

⁸⁹ V. gli atti della seduta della I Sottocommissione del 19 dicembre 1947, in A.A.C., p. 498.

⁹⁰ V. gli interventi dell'on. Basso nella seduta del 19 dicembre 1947, in A.A.C., p. 500. L'on. Basso fece l'esempio della religione musulmana, che professava la poligamia, ritenuta in contrasto col «buon costume».

⁹¹ V. la replica dell'on. Dossetti, *ibid.*

⁹² Così l'on. Preti, nel suo intervento nella seduta del 26 marzo 1947, in A.A.C., p. 2515. Con riferimento alla formula della contrarietà all'«ordine pubblico» e al «buon costume», l'on. Preti affermò che «in genere, questa clausola o la si trova nelle costituzioni vecchie del secolo scorso, oppure, salvo rare eccezioni, in quelle recenti a tinta conservatrice o addirittura totalitaria. Certo è che né gli Stati Uniti, né l'Inghilterra, né la Francia, né la Russia conoscono clausole limitative di questo genere» (*ibid.*). Sul punto dell'irrispettosità della formula del «buon costume» nei confronti delle confessioni religiose si espresse anche l'on. Binni, nel corso della seduta antimeridiana del 12 aprile 1947, in A.A.C., p. 2773, il quale fece anche notare l'inopportunità di adottare una terminologia propria di testi di polizia in un testo costituzionale (*ibid.*).

⁹³ V. l'intervento dell'on. La Seta, nella seduta del 28 marzo 1947, in A.A.C., p. 2622.

⁹⁴ L'emendamento era volto ad aggiungere l'aggettivo «stravaganti» dopo la parola «riti», per indicare le pratiche culturali che non godessero di protezione costituzionale (v. gli atti della seduta antimeridiana del 12 aprile 1947, in A.A.C., p. 2775). L'on. Nobili dichiarò tuttavia di concordare coi colleghi che erano intervenuti prima di lui sull'inopportunità di aggiungere tale qualifica.

⁹⁵ Affermò l'on. Nobile: «lo potrei mostrare proprio qui, in una rivista che è giunta qualche settimana fa dall'America, delle fotografie dove si vedono delle giovani donne che sono ministri di questo culto, che già da molti anni si osserva nello Stato del Texas, e che portano recinti al collo dei serpenti. Questo Stato, soltanto in questi giorni, ha sentito la necessità di reprimere l'uso dei serpenti; ma ricordo di avere assistito in America ad altre manifestazioni più stravaganti di

nudisti, ai tremolanti, alla setta russa degli eviratori, che predica il sacrificio di Origene»⁹⁶, affermando la necessità che lo Stato verificasse di volta in volta la contrarietà al «buon costume» delle pratiche religiose e l'impossibilità, per l'ordinamento, di dar senz'altro via libera a tutti i culti⁹⁷. Alla fine questa seconda linea prevalse e l'articolo (provvisoriamente numerato 14) fu approvato in quella che sarebbe poi diventata la sua definitiva formulazione.

4. Considerazioni di sintesi

Come si è visto nella breve ricostruzione che si è tentata nel corso del presente capitolo, il «buon costume» è concetto che gode di una tradizione molto radicata nella storia del diritto degli ordinamenti succedutisi nella penisola italiana, oltre che, più in generale, nell'Europa continentale. Si è messo in evidenza come proprio questa secolare tradizione abbia costituito un elemento rilevante nella scelta dell'espressione in esame da parte dei redattori della Costituzione del 1948.

Va detto che i lavori preparatori della Carta fondamentale si prestano a diverse e talora contrastanti letture. Si è da taluno sostenuto che gli atti della Costituente siano chiari nel senso di limitare l'ambito operativo del «buon costume» all'area del pudore sessuale e della decenza⁹⁸, ma tale assunto si rivela a nostro avviso non condivisibile, in quanto diversi indizi paiono orientare l'interprete verso una conclusione di segno differente.

Innanzitutto, se è vero che, come si è detto, la repressione della pornografia fu un *leitmotiv* nei lavori preparatori sulla libertà di manifestazione del pensiero, lo fu assai meno in quello relativo alla libertà religiosa, ove la preoccupazione dei deputati sembrò ricomprendere anche fenomeni non direttamente legati alla sessualità (come i riti coinvolgenti i serpenti menzionati dall'on. Nobile⁹⁹, le sette dei tremolanti e degli eviratori citate dall'on. Ruini¹⁰⁰, i culti che «hanno professato

queste» (A.A.C., p. 2775). Ma l'on. Nobile aveva già fatto esempi di culti «stravaganti» praticati negli U.S.A., durante il suo intervento nella seduta pomeridiana del 27 marzo 1947, in A.A.C., p. 2575, nel quale menzionava, oltre al rito che coinvolgeva i serpenti, anche «una cerimonia religiosa in cui gli adepti si contorcevano, come fra convulsioni, sul pavimento della cosiddetta chiesa fra le alte grida dei fedeli», nonché un rito chiamato «*Father Divine*» (*ibid.*). In realtà l'on. Nobile aveva precisato che le ragioni della sua contrarietà a tali riti non risiedevano nella loro offesa al «buon costume», quanto piuttosto nel loro carattere «ridicolo», non degno di un «paese di antica civiltà» come l'Italia. Dopo il ritiro del suo emendamento volto a vietare i culti «stravaganti», la proscrizione di tali pratiche religiose doveva rientrare, nelle intenzioni del deputato, nella clausola del «buon costume».

⁹⁶ Così l'on. Ruini, nella seduta pomeridiana del 12 aprile 1947, in A.A.C., p. 2783.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ V. in particolare G. MOSCON, *Il buon costume nell'art. 21 della Costituzione*, in *Rass. dir. cinem.*, 1962, p. 38; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La legittimità costituzionale della censura*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo. Atti Il Convegno di studi E. De Nicola, Como-Bellagio 1962*, Milano, 1963, p. 19; F. FLEURY, *È costituzionalmente illegittimo il divieto di propaganda a pratiche anticoncezionali?*, in *Giust. pen.*, 1964, I, p. 254; P. DE CARLI, *Problemi costituzionali in tema di libertà dell'espressione cinematografica*, in *Jus*, 1966, p. 432; P. BARILE, *Introduzione a E. BERARDUCCI, Orientamenti giurisprudenziali*, cit., pp. 4 e 7; con posizione ripresa in *Id.*, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 459-460; E. GRASSI, *Premessa a Rassegna di dottrina sul concetto di buon costume nell'art. 21, ultimo comma, Cost.*, *ivi*, p. 116; R. CORTESE, *Moralità pubblica e buon costume (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1977, pp. 43-44; e G. DE ROBERTO, *Buon costume*, cit., p. 2; più di recente v. A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, cit., p. 2246 ss., con posizione sostenuta già in *Id.*, *Il «buon costume» tra morale e diritto: alcune osservazioni a margine di una pronuncia della Cassazione in tema di pubblica decenza*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1156; S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»: interpretazione o libertà?*, in *Dir. inf.*, 2005, p. 995. In senso contrario, tuttavia, si vedano ad es. G. ARCABASSO, *La censura*, in *Rass. parl.*, 1961, pp. 16-17; F. CHIAROTTI, *Revisione dei films e tutela del buon costume*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 370; D. FOLIGNO, *Legittimità costituzionale degli artt. 553 c.p. e 113 l.p.s.*, in *Riv. pen.*, II, 1965, p. 605; più di recente cfr. anche M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, in *Commentario della Costituzione. Art. 21*, a cura di G. Branca-A. Pizzorusso, Bologna, 2006, pp. 213-214. In considerazione del fatto che dai lavori preparatori la dottrina giunge a conclusioni di segno opposto, vi è chi considera inutilizzabili i documenti in esame: v. E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 549, nota 75; conclusione, questa, cui non ci sentiamo di aderire, ritenendo significativi gli spunti ricavabili dalla lettura del dibattito in Assemblea Costituente.

⁹⁹ V. *supra*, in questo Capitolo, alla nota 95.

il principio che bisogna peccare molto per poi pentirsi e salvarsi» di cui faceva parola l'on. Cevolotto¹⁰¹).

In secondo luogo, deve rammentarsi che i costituenti rifiutarono i riferimenti testuali all'«oscenità» ed alla «pornografia», che meglio avrebbero circoscritto l'ambito operativo del limite in esame alla materia sessuale. Al contrario, nelle parole dei costituenti compaiono anche altre espressioni, che sembrano suggerire un respiro più ampio della clausola generale in esame: particolarmente significativo pare, al riguardo, il richiamo effettuato dall'on. Moro alla «dignità» dell'uomo, quale aspetto dominante nella protezione del «buon costume»¹⁰².

Infine, non può fare a meno di notarsi che la stessa Assemblea Costituente approvò la l. 47/1948, che deve ritenersi attuativa del precetto costituzionale relativo ai provvedimenti volti a reprimere le pubblicazioni contrarie al «buon costume»¹⁰³. L'art. 15 della l. 47 ha portata applicativa più estesa rispetto alla categoria dell'«oscenità»: mentre questa ricomprende soltanto ciò che ha contenuto erotico, la disposizione in esame – come si è visto¹⁰⁴ – prende in considerazione materiali che non hanno a vedere con la sfera della sessualità, riferendosi agli stampati «i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti». Per tale ragione, come è stato correttamente osservato, a meno di voler considerare l'ipotesi di una scelta in qualche modo schizofrenica dell'Assemblea Costituente, l'approvazione dell'articolo in parola sembra un chiaro indizio della volontà di assegnare al «buon costume» un significato non limitato alla sfera sessuale¹⁰⁵, senza peraltro che ciò comporti l'attribuzione alla l. 47/1948 di un rango superprimario¹⁰⁶, o di valenza di 'interpretazione autentica' della Costituzione¹⁰⁷.

Riguardo alla 'costituzionalizzazione' del «buon costume», ciò che ci sembra emergere piuttosto dall'esame dei lavori preparatori della Carta fondamentale è il tentativo, da parte dei costituenti, di raggiungere un equilibrio tra due opposte esigenze. Da un lato, è avvertita la

¹⁰⁰ V. *supra*, in questo Capitolo, alla nota 96.

¹⁰¹ V. *supra*, in questo Capitolo, alla nota 87.

¹⁰² V. l'intervento dell'on. Moro, cit. *supra*, in questo Capitolo, alla nota 76.

¹⁰³ Cfr. S. GALEOTTI, *Intervento*, in *Problemi giuridici della prevenzione*, cit., p. 250.

¹⁰⁴ V. *supra*, al par. 2 del presente Capitolo.

¹⁰⁵ Cfr. S. GALEOTTI, *Intervento*, cit., p. 250: «Se la costituente avesse presupposto una coincidenza tra "contrarietà al buon costume" ed "oscenità" non avrebbe dettato quella norma; essa ha invece stabilito che "le disposizioni dell'art. 528 del Codice penale si applicano anche nel caso di stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti"; se ne deve necessariamente concludere che la fattispecie dello stampato contrario al buon costume si identifica in base a criteri assai più ampi e diversi da quelli della pubblicazione oscena». *Contra* espressamente P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 461-462.

¹⁰⁶ Come pure è stato sostenuto: v. ad es. A. JANNITTI PIROMALLO, *La legge sulla stampa*, Roma, 1957, pp. 109-110.

¹⁰⁷ Non vi è dubbio, in effetti, che la l. 47/1948 abbia il rango di legge ordinaria, non rinforzata né per procedimento né per contenuto, e sia pienamente sindacabile dalla Corte costituzionale, la quale, del resto, non ha ricusato di decidere nel merito q.l.c. che avessero ad oggetto la fonte in parola (si v., da ultimo, Corte cost., sent. 293/2000, cit.; nonché Corte cost., ord. 27 marzo 2002, n. 92). L'impostazione in parola, peraltro, non pretende di assegnare alla l. 47/1948 una posizione di preminenza rispetto alle altre leggi ordinarie in virtù della sua provenienza dall'Assemblea Costituente, né ritiene di poter interpretare il precetto costituzionale sulla base di quella che è, a tutti gli effetti, una fonte di rango inferiore (ciò che sarebbe in contrasto con il principio di rigidità costituzionale). Essa valorizza, invece, la circostanza dell'identità soggettiva del collegio deliberante le due disposizioni che vengono in rilievo (art. 21 c. 6 Cost. e art. 15 l.

necessità di garantire quanto più efficacemente possibile la libertà dell'individuo, specie in due ambiti fondamentali quali la manifestazione del proprio pensiero e l'esercizio del culto religioso. Dall'altro, sembra chiaro l'intento di esigere il rispetto di alcuni valori morali condivisi, che costituissero un *humus* etico nel quale le forze sociali e politiche, *tutte* le forze sociali e politiche, potessero riconoscersi. Dalle parole dei costituenti sembra in effetti trasparire la base per un accordo, un "patto sociale originario" volto alla salvaguardia di quello che avrebbe dovuto essere un patrimonio etico comune della neonata Repubblica, di cui la clausola del «buon costume» avrebbe rappresentato la manifestazione più evidente¹⁰⁸. È in questo senso, ci pare, che si parlò, ad esempio, di «moralizzazione della stampa»¹⁰⁹, che si ragionò di una Costituzione che fosse «l'espressione di una profonda sanità morale e costituis[se] la felice sintesi delle forze sociali e politiche operanti in questo momento nel nostro Paese con pieno riconoscimento di tutti i diritti che spettano alle minoranze»¹¹⁰, che si affermò: «[l]a Costituzione della Repubblica deve con le sue disposizioni proclamare la necessità di un profondo rinnovamento anche nel campo morale»¹¹¹.

La stessa condanna della pornografia non era animata da una mera *pruderie*, da un cieco perbenismo volto a confinare nell'ombra le attività più imbarazzanti dei consociati, ma dal desiderio di prevenire gli effetti degradanti dell'uomo e della società che tale fenomeno era ritenuto suscettibile di produrre. In questa prospettiva dev'essere a nostro avviso inquadrato il ripetuto appello, effettuato dai costituenti, all'importanza della tutela della gioventù¹¹². L'obiettivo, insomma, pare più alto della semplice repressione dell'osceno e dell'indecente (ed a parte ogni considerazione circa la difficoltà di definire a loro volta questi concetti), e le disposizioni costituzionali contenenti richiami al «buon costume» si presentano atte al collegamento con la

47/1948) e il ristretto lasso di tempo intercorrente tra l'approvazione di esse, ai fini di cogliere un indizio circa la *voluntas legislatoris*, vale a dire circa la reale latitudine assegnata dai costituenti al concetto di «buon costume».

¹⁰⁸ Come riconobbe l'on. Moro, nel suo intervento nella seduta del 14 aprile 1947, in A.A.C., p. 2819. Discutendo dell'ultimo comma dell'articolo 16 (oggi 21) sulla libertà di manifestazione del pensiero, egli affermò: «Mi piace innanzitutto ricordare che questa disposizione dell'ultimo comma è stata concordamente presentata, in sede di Commissione, da noi e dai colleghi comunisti, in particolare, dai colleghi onorevoli Terracini e Nobile. Noi desideravamo infatti, che fosse data una precisa disposizione, per richiamare la legge futura ad una rigorosa repressione di tutte le manifestazioni del pensiero che si concretino in un attacco al buon costume. Mi pare quindi che su questo punto vi sia concordia in tutta l'Assemblea; tutti quanti noi desideriamo infatti che la libertà di pensiero, in ogni sua forma, non si risolva in un'offesa al buon costume e alla morale».

¹⁰⁹ Così l'on. Cavallari, nella seduta antimeridiana del 14 aprile 1947, in A.A.C., p. 2808.

¹¹⁰ Così l'on. Bettiol nella seduta del 26 marzo 1947, in A.A.C., p. 2494.

¹¹¹ Così l'on. Nobile, nella seduta pomeridiana del 27 marzo 1947, p. 2575.

¹¹² V. i riferimenti *supra*, alle note 70, 91, 92, 93 e 94.

salvaguardia di altri valori di rilievo costituzionale, primo fra tutti – come non ha mancato di rilevare in tempi recenti la giurisprudenza costituzionale¹¹³ – la «dignità umana». La tutela della *persona*, che pervade tutta la Costituzione¹¹⁴, sembra pertanto rivestire un ruolo fondamentale anche nell'interpretazione della clausola generale in esame.

¹¹³ V. *amplius infra*, al Cap. II.

¹¹⁴ Sul principio personalista nella Costituzione si v. per tutti A. BARBERA, *Art. 2*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, vol. *Principi fondamentali. Artt. 1-12*, Bologna, 1975, p. 50 ss.

CAPITOLO II

IL «BUON COSTUME»

NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive; 2. Immoralità, sanità e sicurezza pubblica: le sentt. 2/1956 e 23/1964; 3. Un confine tra «moralità pubblica» e «morale privata»: la sent. 9/1965; 4. La dimensione *pubblica* del «buon costume»: la sent. 368/1992; 5. Verso un minimo comune denominatore etico: la sent. 293/2000.

1. Considerazioni introduttive.

Nella presente Sezione si prenderanno in esame le pronunce della Corte costituzionale in tema di «buon costume».

Come è stato rilevato, la giurisprudenza costituzionale sul punto «è molto articolata, e non si presta ad una lettura univoca»¹. A fronte del numero non esiguo di sentenze concernenti il limite in esame², le indicazioni circa l'esatta delimitazione di questo concetto sono tutt'altro che cristalline. Il giudice delle leggi, infatti, pur avendo sempre escluso che le nozioni di «buon costume» e similari fossero indeterminate ed avendo ritenuto l'interprete in grado di cogliere, in ciascun momento storico, la loro effettiva portata³, non ha tuttavia mai provveduto a fornire un'esatta definizione giuridica del «buon costume»⁴. In effetti, deve notarsi che, nelle decisioni in questione la terminologia adottata dalla Corte è spesso confusa ed imprecisa, e quasi mai le espressioni utilizzate vengono specificate con sufficiente chiarezza. Accanto al «buon costume», infatti, il giudice delle leggi menziona talora altri concetti, prima fra tutte la «moralità pubblica»⁵, il «comune sentimento della morale» (secondo la formula di cui all'art. 15 l. 47/1948)⁶, o la «morale» *sic et simpliciter*⁷. Talora le diverse nozioni sono giustapposte, quasi a suggerirne un diverso contenuto⁸, talora invece sembra esserne presupposta l'identità⁹, o quantomeno la contiguità¹⁰.

¹ Così M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, cit., 2006, p. 220.

² Possono ricordarsi, in particolare, Corte cost., sent. 2/1956, cit.; sent. 23/1964, cit.; sent. 4 febbraio 1965, n. 9; sent. 6 aprile 1965, n. 25; sent. 21 novembre 1968, n. 120; sent. 14 febbraio 1969, n. 28; sent. 10 dicembre 1970, n. 191; sent. 10 maggio 1972, n. 93; sent. 24 novembre 1988, n. 1063; sent. 27 luglio 1992, n. 368; sent. 23 marzo 1995, n. 115; sent. 18 ottobre 1995, n. 440; sent. 11 luglio 2000, n. 293; Corte cost., ord. 27 marzo 2002, n. 92.

³ V. in particolare sent. 23/1964, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*; sent. 191/1970, cit.; sent. 293/2000, cit., ai §§ 3 e 4 del *Considerato in diritto*; ord. 92/2002, cit.

⁴ In un caso, anzi, la Corte ha ritenuto i concetti di «buon costume» e «moralità pubblica» «non suscettibili di una categorica definizione»: così nella sent. 191/1970, cit., al *Considerato in diritto*.

⁵ V. ad es. sent. 23/1964, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*; sent. 9/1956, cit., al § 5 del *Considerato in diritto*; sent. 113/1972, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*.

⁶ V. sent. 293/2000, cit., ai §§ 3 e 4 del *Considerato in diritto*; nonché ord. 92/2002, secondo *Considerato*.

⁷ Sent. 191/1970, cit., nel *Considerato in diritto*.

⁸ V. ad es. sent. 113/1972, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*, ove la Corte, nel vagliare il concetto di «pubblico interesse» di cui all'art. 100 TULPS, ricorda che esso comprende «l'ordine pubblico, la moralità pubblica, il buon costume e la sicurezza dei cittadini».

Sulla base di tale atteggiamento, taluno ha concluso che il tentativo della Consulta di stabilire con precisione i confini di tale figura sia «sostanzialmente fallito»¹¹.

Sempre in un'ottica di insieme, va detto che la Corte ha mantenuto una posizione ambivalente anche con riguardo all'estensione operativa della tutela del «buon costume». Se è stata, da un lato, sufficientemente chiara nel ricomprendervi la repressione dell'«oscenità», affermando che essa rappresenta un'attuazione del precetto costituzionale di cui all'art. 21 c. 6 Cost.¹², dall'altro lato non ha mancato di includervi anche fattispecie non attinenti alla sfera sessuale, quali ad esempio la «bestemmia»¹³ e le pubblicazioni comprensive di dettagli «impressionanti o raccapriccianti»¹⁴. Sotto altra prospettiva, essa ha sostenuto che il «buon costume» è volto, tra l'altro, a tutelare il «naturale riserbo o pudore» che circonda «le cose del sesso» e l'«intimità dei rapporti sessuali»¹⁵, ma ha altresì stabilito che non ogni offesa al «pudore» ed alla «riservatezza» si traduce in una lesione del «buon costume», ma soltanto quelle che vengano perpetrate con particolari modalità, pur avendo poi mancato di specificare nel dettaglio quali siano queste modalità¹⁶.

Quanto più in generale alla posizione del «buon costume» come interesse costituzionalmente protetto, la Corte, oltre ad affermarne la sicura spettanza allo Stato nell'ambito del riparto di competenze Stato-regioni (sia pure sotto la vigenza della normativa precedente la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione)¹⁷, lo ha annoverato tra i «principi fondamentali della civile convivenza»¹⁸ e ne ha sottolineato la «particolare rilevanza»¹⁹, benchè destinata a

⁹ V. ad es. sent. 23/1964, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*, laddove la Corte fornisce un'unica descrizione per le attività «contrarie alla morale pubblica e al buon costume» di cui all'abrogato art. 1 n. 5) l. 1423/1956, cit., affermando che la disposizione in esame fa riferimenti a «quei comportamenti abituali che offendono quelle norme del costume, proprie della comunità, la cui violazione costituisce un indice di pericolosità sociale, indipendentemente dal carattere delittuoso o non dei singoli fatti in cui essi si concretano».

¹⁰ V. ad es. sent. 25/1965, cit., al § 6 del *Considerato in diritto*, ove la Corte, nell'elencare gli interessi costituzionalmente rilevanti tutelati dagli artt. 423 e 425 c.p.p. (1930), menziona «la morale che va collegata al concetto di buon costume, limite espressamente dichiarato dall'art. 21».

¹¹ In questi termini M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, cit., pp. 221-222, la quale richiama l'analisi di C. CHIOLA, *Informazione pensiero radiotelevisione. problemi concreti. Commenti*, Napoli, 1984, p. 51 ss.

¹² V. sent. 93/1972, cit., al n. 1) del *Considerato in diritto*; sent. 1063/1988, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*; ord. 13 dicembre 1989, n. 589; sent. 368/1992, cit., al § 2 del *Considerato in diritto*.

¹³ È il caso della condotta di «bestemmia» prevista dall'art. 724 c.p., sul quale la Corte si è pronunciata con sent. 440/1995, cit., ai §§ 3.2, 3.3 e 3.4 del *Considerato in diritto*, affermando che, tra i beni protetti da tale disposizione, è incluso il «buon costume» (la sent. è pubblicata anche in *Giur. cost.*, 1995, p. 3475 ss., con osservazioni di F. RAMACCI, *La bestemmia contro la Divinità: una contravvenzione delittuosa?*, ivi, p. 3484 ss.; e M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la «Divinità»*, ivi, p. 3487 ss.). Non è chiaro se tale posizione fosse già stata anticipata dalla Corte nella sent. 8 luglio 1988, n. 925, ove la Corte, definendo la condotta di «bestemmia», ragiona di «malcostume».

¹⁴ È il caso della fattispecie di cui all'art. 15 l. 47/1948, sulle quali la Corte si è pronunciata con la sent. 293/2000, cit., analizzata *funditus infra* nel corso del presente Capitolo, e con l'ord. 92/2002, che ribadisce gli argomenti avanzati nella sent. 293/2000.

¹⁵ Sent. 9/1956, cit., al § 4 del *Considerato in diritto*, dal quale sono tratte le espressioni riportate.

¹⁶ Corte cost., sent. 120/1968, cit., al *Considerato in diritto*, da cui sono tratte le espressioni tra virgolette. Con questa pronuncia, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 114 c. 2 T.U.L.P.S., il quale vieta(va) l'inserzione di «corrispondenze e avvisi amorosi» all'interno di periodici. Secondo la Corte, tali pubblicazioni non necessariamente ledono il «buon costume» e, pertanto, il loro divieto non risulta giustificato ex art. 21 c. 6 Cost. La motivazione del giudice delle leggi appare, tuttavia, scarsamente soddisfacente nel momento in cui vi si legge che «Le inserzioni a contenuto amoroso, benchè attinenti a rapporti ai quali la riservatezza e il pudore dovrebbero essere connaturali ed ai quali mal si ataglia la diffusione di una pubblica esternazione, non sono tuttavia contrarie di per sé al buon costume. Esse possono solo divenirlo quando, per le espressioni adoperate, i concetti espressi o i riferimenti contenuti, si rivelino atti ad offenderlo». Tale affermazione segnala la potenzialità offensiva della materia trattata dalle «corrispondenze ed avvisi amorosi» nei confronti del «buon costume», subordinandola all'impiego di particolari modalità espressive. Non è tuttavia chiarito né quali siano tali modalità, né che cosa sia di preciso il «buon costume» e come possa essere leso dalle manifestazioni di pensiero in parola.

¹⁷ V. sent. 115/1995, cit., al par. 4.3. del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Così la Corte nella sent. 28/1969, cit., nel *Considerato in diritto*.

¹⁹ Così la sent. 120/1968, cit., nel *Considerato in diritto*.

cedere di fronte ad altri principi, uno dei quali è stato individuato nell'uguaglianza delle religioni²⁰. Molto spesso la Corte ha pure suggerito (anche in questo caso quasi sempre senza circostanziare troppo le proprie dichiarazioni) il collegamento del «buon costume» con altri beni meritevoli di tutela, quali la «sanità» e la prevenzione dello «sviluppo della delinquenza comune»²¹, la «pericolosità sociale»²², il «sentimento morale dei giovani»²³ e, come si vedrà più nel dettaglio, la «dignità della persona»²⁴.

Fatte queste premesse, e nonostante le difficoltà che un'analisi della giurisprudenza costituzionale presenta, riteniamo che sia possibile cogliere, nelle sentenze della Corte, alcuni preziosi suggerimenti sul tema che qui interessa. Per tale ragione, riteniamo di procedere ad un esame delle pronunce della Consulta, soffermandoci su quelle di maggiore rilievo per l'indagine in corso.

2. Immoralità, sanità e sicurezza pubblica: le sentt. 2/1956 e 23/1964.

Nella seconda sentenza resa dopo la sua costituzione²⁵, la Corte costituzionale si occupa della q.l.c. avente ad oggetto l'art. 157 T.U.L.P.S., disposizione che prevedeva il potere del Questore di rimpatriare, con foglio di via obbligatorio o mediante traduzione, il soggetto che destasse sospetti con la propria condotta e rifiutasse di identificarsi di fronte alle Autorità, nonché – caso di maggiore interesse per l'indagine in corso – la persona pericolosa «per l'ordine e la sicurezza pubblica o per la pubblica moralità» (art. 157 c. 2).

I giudici *a quibus* lamentavano, tra l'altro, un contrasto tra l'art. 157 T.U.L.P.S. e l'art. 16 Cost., il quale attribuisce ad ogni cittadino il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio della Repubblica «salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza». I remittenti dubitavano che i motivi previsti dalla disposizione censurata quali ragioni giustificative del rimpatrio obbligatorio («ordine e sicurezza pubblica» e «pubblica

²⁰ La problematica riguarda in particolare il reato di bestemmia previsto dall'art. 724 c.p., più volte sottoposto al vaglio della Corte per violazione del principio di eguaglianza tra le confessioni religiose ex artt. 3 e 8 Cost., per il riferimento che esso effettuava alla religione dello Stato (da intendersi, dopo la revisione del Concordato, come semplice riferimento alla religione cattolica). Con la sent. 8 luglio 1988, n. 925, la Corte rigettava una q.l.c. sulla disposizione in parola, esortando il legislatore ad intervenire sulla stessa per renderla conforme al principio di uguaglianza in materia religiosa e rinvenendo un fondamento giustificativo della repressione della bestemmia nel dato che essa si presenta come un fenomeno di «malcostume» (par. 10 del *Considerato in diritto*). Con la già menzionata sent. 440/1995, infine, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 724 c. 1 c.p., nella parte in cui faceva riferimento a «i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato», per violazione degli artt. 3 e 8 Cost. In particolare, la Corte riteneva che la parte in cui l'art. 724 c.p. si riferiva alla (sola) religione cattolica si ponesse in contrasto con il dettato costituzionale ed affermava «la preminenza del principio costituzionale di uguaglianza in materia di religione su altre esigenze – come quella del buon costume tutelato dall'art. 724 pur apprezzabili ma di valore non comparabile» (par. 3.3. del *Considerato in diritto*). Il «buon costume» non era dunque considerato un interesse sufficiente per giustificare una lesione del principio di uguaglianza in materia religiosa. La Corte ribadiva tuttavia che, espunti i riferimenti alla religione cattolica, la repressione della bestemmia (riferita alla generica Divinità, comune a tutti i culti) potesse comunque giustificarsi sulla base della tutela del sentimento religioso dei credenti di tutte le fedi, benchè – si precisava – non in maniera assoluta, ma nei limiti in cui il «buon costume» trovasse a sua volta tutela negli artt. 19 e 21 c. 6 Cost. (par. 3.4 del *Considerato in diritto*).

²¹ Così nella sent. 2/1956, cit., al n. 5).

²² V. sent. 23/1964, cit., al par. 3 del *Considerato in diritto*.

²³ V. sent. 9/1956, cit., al par. 5 del *Considerato in diritto*;

²⁴ V. ancora la sent. 9/1956, cit., al § 5 del *Considerato in diritto*; nonché sent. 368/1992, cit., al § 2 del *Considerato in diritto*; sent. 293/2000, cit., ai §§ 3 e 4 del *Considerato in diritto*; ord. 92/2000, cit. V. anche Corte cost., sent. 24 marzo 1993, n. 112, al par. 7 del *Considerato in diritto*, ove la «dignità umana» è giustapposta al «buon costume» quale limite al «diritto all'informazione».

²⁵ Sent. 2/1956, cit., pubblicata anche su *Giur. cost.*, 1956, p. 561 ss.

moralità»), misura incidente sulla libertà di circolazione e soggiorno, coincidessero con quelli previsti dall'art. 16 Cost.

La Corte ritenne infondato tale profilo della q.l.c. Ripudiando la concezione di «sicurezza» quale sinonimo di «incolumità fisica»²⁶ e facendo propria una definizione ampia della clausola generale di cui all'art. 16 c. 1 Cost., identificata con una «situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza»²⁷, il giudice delle leggi ritenne che le «persone pericolose per l'ordine e la sicurezza pubblica o per la pubblica moralità» di cui all'art. 157 c. 2 T.U.L.P.S. rappresentassero anche una minaccia per la «sicurezza» di cui all'art. 16 c. 1 Cost., e le misure restrittive della loro libertà di circolazione e soggiorno potessero essere a tale disposizione riconducibili.

Per quanto qui maggiormente interessa, la Corte si soffermò, seppur brevemente, sul requisito della pericolosità per la «moralità pubblica», affermando che

Per quanto si riferisce alla moralità, non dovrà certo tenersi conto delle convinzioni intime del cittadino di per se stesse incoercibili, né delle teorie in materia di morale, la cui, manifestazione, come ogni altra del pensiero, è libera o disciplinata da altre norme di legge. Ma i cittadini hanno diritto di non essere turbati ed offesi da manifestazioni immorali, quando queste risultino pregiudizievoli anche alla sanità, indicata nell'art. 16 della Costituzione, o creino situazioni ambientali favorevoli allo sviluppo della delinquenza comune²⁸.

Questa breve statuizione è interessante sotto almeno due profili.

Innanzitutto va sottolineato come il giudice delle leggi escluda dalla portata applicativa della disposizione le «convinzioni intime del cittadino» e le «teorie in materia di morale»: si tratta, ad avviso di chi scrive, di un primo accenno di distinzione tra l'idea di una *dimensione privata* della morale, non regolabile dal diritto, ed una *dimensione pubblica* della stessa, sulla quale il legislatore è autorizzato ad intervenire per la tutela di interessi facenti capo all'ordinamento o alla collettività di riferimento. Questa strada, come si vedrà a breve, sarà più approfonditamente battuta dalla Corte nella pronuncia n. 9/1965.

In secondo luogo, nel tentativo di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, e di rendere così compatibile una fonte di provenienza illiberale quale il T.U.L.P.S. con la Costituzione repubblicana, la Corte finisce per far evaporare l'interesse originariamente protetto dall'articolo in questione. La «moralità pubblica» di cui all'art. 157 c. 2 T.U.L.P.S., infatti, lungi dall'essere tutelata quale bene in sé – quale verosimilmente era nelle intenzioni del legislatore del 1931 – viene sostanzialmente salvaguardata solo in quanto la sua violazione rechi molestie a terzi (vale a dire ai «cittadini [che] hanno diritto di non essere turbati ed offesi da manifestazioni immorali») e solo quando tali molestie concretizzino anche un pericolo per

²⁶ Tale concezione viene ritenuta infatti «inammissibilmente angusta»: così sent. 2/1956, cit., al n. 5) del *Considerato in diritto*.

²⁷ Corte cost., sent. 2/1956, al n. 5) del *Considerato in diritto*. La Corte precisa che «Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'«ordinato vivere civile», che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico».

la «sanità» ovvero producano un effetto criminogeno (danneggiando dunque la società nel suo complesso).

Nessuna legittimazione del *legal enforcement of morals*, dunque: la protezione della «moralità» è in questo caso assorbita interamente dall'idea del «danno» a terzi, in una prospettiva compatibile con l'*harm principle* milliano. Solo a queste condizioni, del resto, era possibile per la Corte, senza artifici lessicali, ricondurre la «moralità pubblica» alla «sanità» ed alla «sicurezza pubblica» di cui all'art. 16, nell'assenza, in questa disposizione, di una clausola che ricalchi quelle di cui agli artt. 19 e 21 c. 6 Cost.

Viene in rilievo fin dagli albori della giurisprudenza costituzionale, dunque, la prospettiva 'comunitaria' del «buon costume», visto come un bene pertinente alla società nel suo complesso, e che il legislatore è legittimato a salvaguardare in tale prospettiva. Sempre in quest'ottica, del resto, la Corte arriva a distanza di pochi anni a dichiarare l'infondatezza di una q.l.c. che verte sull'art. 1 l. 1423/1956, in tema di misure di sicurezza, disposizione in certo senso 'erede' dell'art. 157 T.U.L.P.S., di cui del resto riprende la terminologia²⁹. Nel respingere i dubbi di costituzionalità della normativa in esame, la Corte collega espressamente la violazione del «buon costume» e della «moralità pubblica» al fenomeno della «pericolosità sociale»³⁰, così confermando che la tutela dei beni in esame è funzionale alla difesa di interessi che fanno capo alla comunità e non rispondono ad istanze di mera moralizzazione dell'individuo.

3. Un confine tra «moralità pubblica» e «morale privata»: la sent. 9/1965.

Sempre a pochi anni di distanza dall'inizio dei suoi lavori, la Corte viene investita di una q.l.c. riguardante gli artt. 553 c.p. e 112 T.U.L.P.S., i quali sanzionano penalmente le manifestazioni di pensiero atte ad illustrare pratiche contro la procreazione, ovvero a fare propaganda delle stesse o ad incitare al loro compimento³¹. Il giudice *a quo* dubita dell'esistenza di un contrasto tra le disposizioni in parola e l'art. 21 Cost. Il remittente non ritiene, infatti, che la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero sia in questo caso giustificabile sulla base del richiamo al «buon costume» di cui all'art. 21 c. 6 Cost. Interpretando tale nozione in senso restrittivo e ritenendo che essa riguardi solo la «morale» ed il «pudore sessuale» – come al giudice pare preferibile, ricavando tale nozione dalle disposizioni del Codice penale in tema di «moralità

²⁸ Corte cost., sent. 2/1956, al n. 5) del *Considerato i diritto*.

²⁹ Si tratta della sent. 23/1964, cit., pubblicata anche su *Giur. cost.*, 1964, p. 193 ss., con osservazione di P. NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*, ivi, p. 197 ss.

³⁰ V. sent. 23/1964, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*, laddove la Corte si riferisce alla «moralità pubblica» e al «buon costume» di cui all'art. 1 n. 5 l. 1423/1956 nei termini di «quelle norme del costume, proprie della comunità, la cui violazione costituisce un indice di pericolosità sociale».

³¹ Più precisamente, l'art. 553 c.p., rubricato «Incitamento a pratiche contro la procreazione», così disponeva: «Chiunque pubblicamente incita a pratiche contro la procreazione o fa propaganda a favore di esse è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire quattrocentomila – Tali pene si applicano congiuntamente se il fatto è commesso a scopo di lucro». L'art. 112 T.U.L.P.S., invece, stabilisce che «È vietato fabbricare, introdurre nel territorio dello Stato, acquistare, detenere, esportare, allo scopo di farne commercio o distribuzione, o mettere in circolazione scritti, disegni, immagini od altri oggetti di qualsiasi specie contrari agli ordinamenti politici, sociali od economici costituiti nello Stato o lesivi del prestigio dello Stato o dell'autorità o offensivi del sentimento nazionale, del pudore o della pubblica decenza, o che divulgano, anche in modo indiretto o simulato o sotto pretesto terapeutico o scientifico, i mezzi rivolti a impedire la procreazione o a procurare l'aborto o che illustrano l'impiego dei mezzi stessi o che forniscono, comunque, indicazioni sul modo di procurarseli o di servirsene – È pure vietato far commercio, anche se clandestino, degli oggetti

pubblica e buon costume», rinvenute anche al di fuori del Titolo IX del Libro II del Codice stesso³² – deve dichiararsi l'incostituzionalità delle disposizioni censurate, nel momento in cui ammettono il divieto di «una propaganda svolta con mezzi e intenti che non attentano di per sé al buon costume»³³. Nell'opinione del giudice *a quo*, insomma, è possibile la trattazione della materia antiprocreativa con modalità tali da non ledere il bene protetto dall'art. 21 c. 6 Cost.

Sempre nelle parole del remittente, inoltre, l'illegittimità delle disposizioni censurate non verrebbe meno nemmeno adottando una nozione estensiva della clausola generale in esame. Anche definendo il «buon costume» come «la coscienza etica di un popolo in un dato momento storico»³⁴, infatti, dovrebbe rilevarsi la tolleranza dimostrata dalla società nel periodo storico di riferimento nei confronti della trattazione del fenomeno antiprocreativo. A nulla rileva, sempre nelle parole del giudice *a quo*, che la morale cattolica condanni le pratiche ad esso connesse, posto che, da un lato, l'ordinamento non effettua alcun rinvio alle convinzioni etiche della religione cattolica e, dall'altro lato, «non si potrebbe negare che quel divieto non è più sentito della coscienza collettiva in armonia coi tempi»³⁵.

La Corte ritiene la q.l.c. infondata. Con una pronuncia di rigetto interpretativa, il giudice delle leggi tenta di fugare le preoccupazioni del remittente circa l'eccessiva portata applicativa delle disposizioni impugnate, affermando in sostanza che le manifestazioni di pensiero, pur attinenti alla materia anticoncezionale, che non si traducano in una violazione del «buon costume» non rientrano nel fuoco degli artt. 553 c.p. e 112 T.U.L.P.S., e pertanto non devono ritenersi vietate³⁶. Ma cos'è dunque il «buon costume» protetto da tali disposizioni?

Benchè la Corte rifiuti espressamente di prendere posizione nel dibattito dottrinale circa il contenuto della clausola generale in parola³⁷, essa fornisce alcune indicazioni di particolare importanza per l'interprete.

Rilevato, come si è detto, che il bene protetto dagli articoli di legge censurati è il «buon costume», e che in particolare l'art. 553 c.p. (ma, si deve ritenere, anche l'art. 112 T.U.L.P.S.) concerne condotte che «pubblicamente» violano gravemente «*il naturale riserbo o pudore del quale vanno circondate le cose del sesso e non rispetta l'intimità dei rapporti sessuali, la moralità*

predetti o distribuiti o esporli pubblicamente – L'autorità locale di pubblica sicurezza ha facoltà di ordinare il sequestro in via amministrativa dei predetti scritti, disegni e oggetti figurati».

³² V. Sent. 9/1965, cit., al par. 1 n. II) del *Ritenuto in fatto*. La pronuncia in esame è pubblicata anche su *Giur. cost.*, 1965, p. 61 ss., con commenti di M.S. GIANNINI, *Per una maggior ponderazione degli interventi del Presidente del Consiglio dei Ministri*, ivi, p. 63 ss.; M. MAZZIOTTI, *Incitamento a pratiche contro la procreazione e Costituzione*, ivi, p. 67 ss.; F. SORRENTINO, *L'art. 553 nell'interpretazione «adeguata» della Corte*, ivi, p. 77 ss.

³³ *Ibid.*

³⁴ Così sent. 9/1965, cit., al par. 1 n. III) del *Ritenuto in fatto*.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ V. sent. 9/1965, cit., al § 7 del *Considerato in diritto*, ove si legge che «Discende da quanto si è detto che l'art. 553 del Codice penale non vieta la propaganda che genericamente miri a convincere dell'utilità e necessità in un determinato momento storico e in un particolare contesto economico-sociale, di limitare le nascite e di porre regole al ritmo della vita; e che propugni una politica di controllo dell'aumento della popolazione, mediante una legislazione che consenta, in determinate forme e modi, e sempre che siano tutelati fondamentali beni sociali, al di fuori di una indiscriminata pubblica propaganda, la diffusione della conoscenza di pratiche anticoncezionali – Tanto meno, poi, vuol limitare la libertà di manifestazione del pensiero scientifico la quale, lungi dal poter essere parificata all'incitamento e alla propaganda contemplati dall'art. 553 del Codice penale, gode di una tutela costituzionale rafforzata (art. 33, primo comma) rispetto a quella di cui gode la manifestazione del pensiero in generale, alla quale fa riferimento l'art. 21 della Costituzione».

³⁷ V. sent. 9/1965, cit., al § 5 del *Considerato in diritto*: «[...] ai fini della decisione non è necessario che la Corte affronti e risolva i contrasti e le divergenze d'opinione, dottrinali e giurisprudenziali, che si sono manifestati a questo proposito, né che dia una definizione puntuale ed esauriente del buon costume».

giovanile e la dignità della persona umana, per la parte che si collega a questi rapporti»³⁸, la Corte passa a tracciare una linea di confine ben precisa, quella tra «buon costume» e «morale». Secondo la Consulta, invero,

[...] il buon costume non può essere fatto coincidere, come è stato adombrato dall'Avvocatura dello Stato, con la morale o con la coscienza etica, concetti che non tollerano determinazioni quantitative del genere di quelle espresse dal termine "morale media" di un popolo, "etica comune" di un gruppo e altre analoghe. *La legge morale vive nella coscienza individuale e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo*³⁹.

Da ciò discende che

Quando la legge parla di morale, vuole riferirsi alla moralità pubblica, a regole, cioè, di convivenza e di comportamento che devono essere osservate in una società civile. Non diversamente il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti⁴⁰.

Le affermazioni della Corte, benchè a tratti oscure e di difficile interpretazione, sembrano rilevanti almeno sotto due aspetti.

Innanzitutto viene ripresa, ed ulteriormente elaborata, l'idea di una netta distinzione tra «morale privata» e «morale pubblica», che già la Corte aveva accennato nella sent. 2/1956. L'assunto secondo cui «La legge morale vive nella coscienza individuale e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo» appare particolarmente significativo, in quanto esso sembra contenere un rigetto delle forme più estreme di «moralismo giuridico», vale a dire di quelle impostazioni secondo cui compito della legge è di plasmare le coscienze dei cittadini e di vigilare sul rispetto di determinati precetti morali da parte degli stessi, sanzionando la violazione degli stessi anche a prescindere dal prodursi di effetti negativi per i terzi o per la società⁴¹. Al contrario,

³⁸ Sent. 9/1965, cit., al § 4 del *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti).

³⁹ Sent. 9/1965, cit., al § 5 del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

⁴⁰ *Ibid.* (corsivi aggiunti). Il riferimento alla «perversione dei costumi» è verosimilmente un richiamo alla posizione di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 42, che impiega la medesima espressione.

⁴¹ Utilizzando la terminologia del filosofo americano Joel Feinberg, dovrebbero dirsi qui esclusi i fenomeni di «moralismo giuridico puro in senso stretto» («*pure legal moralism in the strict sense*») e di «paternalismo giuridico moralista» («*moralistic legal paternalism*»). Secondo Feinberg siamo in presenza di «moralismo giuridico puro in senso stretto» se ammettiamo che «*It can be morally legitimate to prohibit conduct on the ground that it is inherently immoral, even though it causes neither harm nor offense to the actor or to others*», mentre abbiamo «moralismo giuridico puro in senso lato» se ammettiamo il divieto di alcune condotte «*on the grounds that such actions constitute or cause evils of other ('free-floating') kinds*» (così J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, Oxford, 1984, p. 27). Si ha invece «paternalismo giuridico moralista» laddove si ammette che «*It is always a good reason in support of a proposed prohibition that it is probably necessary to prevent moral harm (as opposed to physical, psychological, or economic harm) to the actor himself. (Moral harm is "harm to one's character," "becoming a worse person", as opposed to harm to one's body, psyche, or purse)*» (*Ibid.*, corsivo testuale).

la Corte sottolinea la valenza «sociale» della «moralità pubblica» e del «buon costume», concetti da cui sono tratte norme che regolano la vita degli individui in un consesso civile, e sono valide solo e fintanto che operano in tale dimensione⁴². Non è dunque per punire l'immoralità in quanto tale che può intervenire lo Stato, ma per sanzionare quelle violazioni delle norme di condotta riassunte sotto le espressioni «moralità pubblica» e «buon costume» che interessano in qualche modo la comunità nel suo complesso⁴³. Si tratta di un ragionamento ulteriormente sviluppato, e portato alle sue logiche conseguenze, nella successiva sent. 368/1992.

In secondo luogo, dalla lettura attenta delle parole della Corte si intuisce che la sfera della sessualità non esaurisce la portata operativa della clausola del «buon costume»⁴⁴. Nel trattare della violazione dello stesso, infatti, il giudice delle leggi afferma che esso conduce non solo alla lesione del «pudore sessuale», ma anche a quella della «dignità umana» e del «sentimento morale dei giovani», interessi connessi al primo, ma da esso distinti. Questa apertura del «buon costume» alla protezione di altri valori, ugualmente di rilievo costituzionale, si pone nel solco – come si è visto – del dibattito svoltosi in Assemblea Costituente, e costituisce le premesse per l'ulteriore elaborazione che la Corte compirà con la sent. 293/2000, dopo alcuni ulteriori arresti di interesse.

Per quanto poi riguarda il merito della vicenda all'esame della Corte, sul base delle considerazioni esposte questa ritiene che le norme ricavabili dagli artt. 553 c.p. e 112 T.U.L.P.S. non producano un'eccessiva compressione della libertà di manifestazione del pensiero, in quanto esse risultano funzionali alla tutela del «buon costume» definito nei termini sovraesposti.

A distanza di appena sei anni, tuttavia, la Corte riforma il proprio giudizio sull'art. 553 c.p. ed arriva a dichiararlo incostituzionale per violazione dell'art. 21 c.1 Cost.⁴⁵ Deve tuttavia notarsi che il diverso risultato del giudizio costituzionale non è basato su una diversa connotazione del «buon costume» da parte del giudice delle leggi, che non fornisce alcun nuovo elemento di definizione di tale concetto⁴⁶. La pronuncia di illegittimità della disposizione codicistica, invero, si fonda piuttosto su un differente apprezzamento delle condotte incriminate dall'art. 553 c.p., ritenute non più in grado di ledere l'interesse di cui all'art. 21 c. 6 Cost., stanti i cambiamenti (che la Corte sostiene essere) intervenuti nella coscienza collettiva, i quali rendono di particolare rilevanza la tematica del controllo delle nascite ed il relativo dibattito⁴⁷. Ciò che muta, insomma, non è la

⁴² L'aspetto comunitario del «buon costume» era già stato evidenziato, come si è avuto modo di notare, nelle sent. 2/1956 e 23/1964. Più tardi la Corte annovererà il «buon costume» tra i «principi fondamentali della civile convivenza» (sent. 28/1969, cit., nel *Considerato in diritto*).

⁴³ Cfr. M. CUNIBERTI, *Limite del buon costume*, in M. CUNIBERTI ET AL., *Percorsi di Diritto dell'Informazione*, Torino, 2003, p. 53, secondo cui la Corte «[...] sin dalla sentenza n. 9 del 1965, afferma con nettezza la pertinenza all'esclusiva sfera interiore delle scelte morali e l'impossibilità di imporre una concezione etica con strumenti giuridici».

⁴⁴ Cfr., criticamente, F. SORRENTINO, *L'art. 553*, cit., p. 80; E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume*, cit., p. 546 ss.; nonché C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 9; M. CUNIBERTI, *Limite del buon costume*, cit., p. 48.

⁴⁵ Con la sent. 49/1971, cit., pubblicata anche su *Giur. cost.*, 1971, p. 525 ss., con note di A. PIZZORUSSO, *Dalle «doppie pronunce» alle decisioni «overruling»*, ivi, p. 527 ss.; E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume*, cit., p. 531 ss.; S. BELLOMIA, *Sei anni dopo*, ivi, p. 552 ss.

⁴⁶ V. E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume*, cit., p. 548.

⁴⁷ Si legge infatti nella sentenza: «[...] il problema della limitazione delle nascite ha assunto, nel momento storico attuale, una importanza e un rilievo sociale tale, ed investe un raggio di interesse così ampio, da non potersi ritenere che, secondo la coscienza comune e tenuto anche conto del progressivo allargarsi della educazione sanitaria, sia oggi da ravvisare un'offesa al buon costume nella pubblica trattazione dei vari aspetti di quel problema, nella diffusione delle conoscenze relative, nella propaganda svolta a favore delle pratiche anticoncettive» (sent. 49/1971, cit., al par. 3 del *Considerato in diritto*).

configurazione del parametro costituzionale in quanto tale, ma piuttosto il modo con cui questo interagisce con la realtà sociale. Si afferma così un certo grado di mutevolezza dei contorni del «buon costume» al variare della comunità di riferimento.

4. *La dimensione pubblica del «buon costume»: la sent. 368/1992.*

Nel 1992, la Corte costituzionale si trova ad affrontare il tema della punibilità dei rivenditori di videocassette pornografiche ex art. 528 c.p., *vexata quaestio* sulla quale il giudice delle leggi aveva già reso una pronuncia qualche anno prima⁴⁸.

L'art. 528 c.p., com'è noto, al c. 2 sanziona il commercio, la distribuzione e la pubblica esposizione di «scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie», con previsione normativa che la Corte considerò direttamente attuativa del precetto di cui all'art. 21 c. 6 Cost.⁴⁹. Il legislatore ordinario, peraltro, aveva ritenuto, per ragioni di opportunità, di esimere dalla pena i librai e gli edicolanti che, nell'esercizio normale della loro attività, detenessero, rivendessero o esponessero pubblicazioni oscene, salvo il caso in cui queste fossero esposte in modo tale da renderne visibile il contenuto osceno, ovvero fossero vendute ad un minore degli anni sedici⁵⁰. Chiamata a valutare se potesse considerarsi legittimo, sulla base del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., escludere dall'applicazione della l. 355/1975 alcuni rivenditori di materiali non espressamente menzionati dall'articolo unico di tale legge (più precisamente: i rivenditori di cassette audiovisive pornografiche), la Corte affermò il carattere eccezionale della causa di esclusione della punibilità⁵¹ in essa contemplata. Tale eccezionalità, se da un lato impediva al giudice di applicare analogicamente le previsioni della l. 355/1975 ai soggetti in questione, dall'altro lato ostava ad una estensione della portata operativa delle stesse da parte della Consulta per mezzo di una sua pronuncia, in quanto ciò avrebbe comportato l'invasione di un campo riservato alla discrezionalità del legislatore.

Nel 1991, la Corte viene nuovamente investita di una q.l.c. riguardante l'art. 528 c.p. e la circolazione di audiovisivi pornografici. Il giudice remittente, *id est* il pretore di Macerata, denuncia il contrasto dell'art. 528 c.p. con il combinato disposto degli artt. 2, 3, 13, 25 c. 2 Cost., per violazione del principio di offensività, nonché con l'art. 21 Cost., per l'eccessiva compressione della libertà di

⁴⁸ Si tratta della sent. 1063/1988, cit., pubblicata anche in *Giur. cost.*, 1988, p. 5199 ss., con osservazione di F. RAMACCI, *Disuguaglianza dei simili: a proposito della vendita di pubblicazioni oscene o di pornocassette*, ivi, p. 5204 ss.

⁴⁹ V. sent. 1063/1988, cit., al par. 3 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ L'art. unico della l. 17 luglio 1975, n. 355, dispone infatti: «1. Non sono punibili per i reati previsti dagli articoli 528 e 725 del codice penale e dagli articoli 14 e 15 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, i titolari e gli addetti a rivendita di giornali e di riviste per il solo fatto di detenere, rivendere, o esporre, nell'esercizio normale della loro attività, pubblicazioni ricevute dagli editori e distributori autorizzati ai sensi delle vigenti disposizioni – 2. La stessa disposizione si applica ai titolari ed agli addetti a negozi di vendita di libri e pubblicazioni non periodiche, salvo il caso che essi operino di concerto con gli editori ovvero con i distributori al fine specifico di diffondere stampa oscena – 3. Le disposizioni di esonero di responsabilità di cui ai commi precedenti non si applicano quando siano esposte, in modo da renderle immediatamente visibili al pubblico, parti palesemente oscene delle pubblicazioni o quando dette pubblicazioni siano vendute ai minori di anni sedici. In tale caso la pena è della reclusione sino ad un anno. – 4. Nei casi in cui il reato previsto dall'articolo 528 del codice penale sia commesso da un editore di libri o stampa periodica si applica la pena della reclusione da uno a tre anni e della multa non inferiore a lire 800.000».

⁵¹ La Corte precisò che la l. 355/1975 stabiliva una «causa di esclusione della punibilità» e non una «causa di giustificazione» (sent. 1063/1988, cit., al par. 1 del *Considerato in diritto*). Una qualificazione nei termini di «causa di giustificazione» avrebbe infatti comportato un giudizio di liceità delle condotte commesse dai soggetti indicati dalla legge in questione, mentre, secondo la Corte, ragioni di mera opportunità avevano spinto il legislatore a rinunciare alla punibilità di comportamenti comunque caratterizzati dall'illiceità. V. *amplius* F. RAMACCI, *Disuguaglianza dei simili*, cit., pp. 5206-5207.

manifestazione del pensiero, e con l'art. 27 c. 3 Cost., per violazione del principio rieducativo della pena, conseguente all'incriminazione per un fatto non chiaramente lesivo di beni giuridici di rilievo. Con maggior precisione, il giudice *a quo*, circoscritta la portata operativa del «buon costume» di cui all'art. 21 c. 6 Cost. ai soli fatti riguardanti la sfera della sessualità, rileva che uno Stato democratico non annovera, tra i propri compiti, quello di tutela di un'etica rigidamente preconstituita, ostandovi l'obbligo di rispetto del carattere pluralista della società⁵². Il modo corretto di intendere il «buon costume», nell'opinione del remittente (che afferma di seguire un emergente orientamento giurisprudenziale e dottrinale)⁵³, si basa pertanto sulla riconduzione dello stesso ad un'ottica di prevenzione di concreti «danni sociali», in particolare alla tutela della libertà sessuale del singolo, lesa da ogni intrusione non autorizzata nella sua sfera, quale ad esempio la visione di materiale erotico sgradito⁵⁴. Non ritenendo tuttavia il giudice che la fattispecie di cui all'art. 528 c.p. si presti ad una reinterpretazione costituzionalmente orientata in tale prospettiva, egli impugna la disposizione codicistica di fronte alla Corte.

La q.l.c. viene dichiarata infondata dalla Corte, con pronuncia interpretativa di rigetto che non manca di fornire preziose indicazioni sulla natura del «buon costume» quale interesse costituzionalmente tutelato.

In primo luogo, la Corte disattende la lettura 'individualizzante' del «buon costume» data dal giudice *a quo*, affermando che

Considerato che si tratta di un limite che l'art. 21 della Costituzione contrappone alla libertà dei singoli individui, il «buon costume», contrariamente a quel che sembra supporre il giudice *a quo*, non è diretto ad esprimere semplicemente un valore di libertà individuale o, più precisamente, *non è soltanto rivolto a connotare un'esigenza di mera convivenza fra le libertà di più individui, ma è, piuttosto, diretto a significare un valore riferibile alla collettività in generale*, nel senso che denota le condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, *una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)*⁵⁵.

⁵² V. l'ordinanza di rimessione Pret. Macerata – Sez. distaccata di Civitanova Marche, ord. 5 novembre 1991, in *G.U.*, 1^a Ser. spec., 29 gennaio 1992, n. 5.

⁵³ Il remittente cita, come esempi, Pret. Sampierdarena, sent. 22 settembre 1988, in *Foro it.*, 1989, II, c. 366 ss.; Cass. pen., Sez. Un., 01 ottobre 1991, Vercelli, in *Cass. pen.*, 1992, p. 931 ss., con nota di F. DE PALO, *ivi*, p. 937 ss.; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume: profili penali, costituzionali e politico criminali*, Padova, 1984.

⁵⁴ Ordinanza di rimessione Pret. Macerata – Sez. distaccata di Civitanova Marche, ord. 5 novembre 1991, *cit.*, ove si legge: «In tema di protezione del pudore si sta consolidando un orientamento che configura il «comune sentimento» come tutela della libertà da intromissioni in assenza di un preventivo consenso del destinatario dell'atto o dell'oggetto a contenuto erotico. In tal modo – come è stato acutamente sostenuto – si verifica una sorta di attrazione della tutela del pudore nell'ottica della protezione di un bene tradizionale: il bene della libertà personale, in una delle sue tante sfaccettature, «cioè come diritto ad essere protetti dalle molestie provocate dal dover assistere, contro la propria volontà, ad atti o rappresentazioni di contenuto sessuale» (la citazione è di G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, *cit.*, p. 160).

⁵⁵ Sent. 368/1992, *cit.*, al par. 2 del *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti). La pronuncia è pubblicata anche su *Giur. cost.*, 1992, p. 2935 ss., con nota di F. RAMACCI, *Libertà «reale» e «svalutazione» del buon costume*, *ivi*, p. 3563 ss.; e osservazione di R. ORRÙ, *La «pubblicità» della condotta come «requisito essenziale» della nozione di buon costume ex art. 21 Cost. e come «vincolo» all'attività interpretativa dei giudici*, *ivi*, p. 3566 ss.; nonché su *Foro it.*, I, 1993, c. 1160 ss., con nota di L. CASSETTI, *ivi*, c. 1159 ss., e commento di J. LUTHER, *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette a contenuto pornografico*, *ivi*, c. 1162 ss.

Il giudice delle leggi chiarisce così che il «buon costume» è un bene dotato di un proprio contenuto sostanziale ed è protetto per il rilievo autonomo che esso ha all'interno dell'ordinamento, e non a causa degli effetti indiretti che la sua violazione produce su altre, diverse situazioni giuridiche. Vi è un interesse *pubblico* denominato «buon costume», e la sua lesione o messa in pericolo è un disvalore non semplicemente perché essa pregiudica la posizione dei singoli, ma perché va a detrimento della comunità intera, minando le basi della «convivenza sociale».

I giudici costituzionali, tuttavia, si premurano di chiarire fino a che punto possa spingersi la tutela di tale interesse pubblico. Facendo propria la posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità, la Corte statuisce infatti:

Ciò significa, come ha precisato la più recente giurisprudenza di legittimità, che «l'osceno attinge il limite dell'antigiuridicità penale, quindi della sua stessa punibilità, solo quando sia destinato a raggiungere la percezione della collettività, il cui sentimento del pudore può solo in tal modo essere posto in pericolo o subire offesa»⁵⁶. In altri termini, per riprendere ancora i concetti espressi dallo stesso giudice, *la contrarietà al sentimento del pudore non dipende dall'oscenità di atti o di oggetti in sé considerata, ma dall'offesa che può derivarne al pudore sessuale, considerato il contesto e le modalità in cui quegli atti e quegli oggetti sono compiuti o esposti*: sicché non può riconoscersi tale capacità offensiva ad atti o ad oggetti che, pur avendo in sé un significato osceno, si esauriscono nella sfera privata e non costituiscono oggetto di comunicazione verso un numero indeterminato di persone ovvero sono destinati a raggiungere gli altri soggetti con modalità e cautele particolari, tali da assicurare la necessaria riservatezza e da prevenire ragionevolmente il pericolo di offesa al sentimento del pudore dei terzi non consenzienti o della collettività in generale⁵⁷.

In questo passaggio, ci sembra che la Corte affermi che, data la natura *pubblica* del bene «buon costume», le condotte che ledono tale interesse devono essere parimenti dotate di un carattere di *pubblicità*, non rilevando invece quei comportamenti che esauriscono i propri effetti (deletero o no) nella sfera privata⁵⁸. Sottolineando infatti che «la contrarietà al pudore non dipende

⁵⁶ La citazione è tratta dalla sentenza Vercelli della Cassazione (sent. 01 ottobre 1991, cit., p. 934).

⁵⁷ Sent. 368/1992, par. 2 del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

⁵⁸ La presente analisi si incentra sugli indizi forniti dalla giurisprudenza costituzionale circa il *bene* del «buon costume» e non riguarda quindi direttamente la soluzione del caso concreto ed i rilievi di incostituzionalità mossi all'art. 528 c.p. Non possono tuttavia ignorarsi le critiche mosse dalla dottrina alla pronuncia della Corte, nel momento in cui, pur reinterpretando il bene protetto come comprensivo dell'elemento della *pubblicità* (posizione che condividiamo), arriva a 'salvare' la disposizione in esame da una pronuncia di incostituzionalità, limitandosi all'adozione di una semplice sentenza interpretativa di rigetto. Deve infatti notarsi che l'art. 528 c.p. elenca una serie di condotte che si presentano contrastanti col requisito della pubblicità (c. 2: «Alla stessa pena soggiace chi fa commercio, *anche clandestino* [...]») ovvero meramente preparatorie – e comunque non rivelatrici – rispetto all'intento di dare pubblicità ai materiali osceni (c. 1 «Chiunque [...] fabbrica, introduce nel territorio dello Stato, acquista, detiene, esporta [...]»). Se il bene protetto dalla disposizione codicistica è il «buon costume», ed esso è legato ad una dimensione essenzialmente *pubblica*, l'incriminazione delle attività in questione deve ritenersi viziata per violazione del principio di offensività (cfr. ad es. S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»*, cit., pp. 992-993), mentre la rilettura della Corte, ponendosi in contrasto insuperabile con la lettera della disposizione, violerebbe il principio di tassatività della legge penale (così ad es. R. ORRÙ, *La «pubblicità» della condotta*, cit., p. 3576 ss.; ma già prima della pronuncia della Corte esprimeva perplessità sulla compatibilità del dato letterale con una reinterpretazione in chiave 'pubblicitaria' del bene G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 111-112. In realtà, la sopravvivenza dell'incriminazione delle condotte esaminate si presenta in grado di frustrare gli effetti della pronuncia della Corte, come del resto il riaffiorare di orientamenti giurisprudenziali ostili all'incorporazione del requisito della pubblicità nell'art. 528 c.p. ha dimostrato (v. *infra*, Cap. III, par. 2). Nell'opinione di chi scrive, si rientra in uno di quei casi che, secondo una posizione dottrinale (peraltro, lo si ammette, isolata) avrebbero legittimato la Corte ad adottare una dichiarazione consequenziale di illegittimità pur a seguito di decisione interpretativa di rigetto: la Consulta avrebbe potuto, cioè, espungere direttamente dal testo dell'art. 528 c.p. quelle condotte che risultano incompatibili con la *norma* che essa ha

dall'oscenità di atti o oggetti in sé considerata», la Consulta pare confermare il proprio rigetto del «moralismo giuridico puro in senso stretto»⁵⁹.

Si badi, tuttavia, che la Corte non si spinge fino al punto di ripudiare il «moralismo giuridico» *tout court*, vale a dire la tutela apprestata dal diritto statale a valori di natura etica, rifugiandosi così nell'*harm principle* e dichiarando che la protezione del «buon costume» è funzionale alla sola prevenzione di danni dotati di un substrato, per così dire, materiale. L'accento sui pericoli per la «sanità», per la «sicurezza pubblica», e l'accento alla «pericolosità sociale», contenuti nelle prime sentenze della Corte⁶⁰, non sembrano esaurire la gamma degli interessi connessi al «buon costume». Il giudice delle leggi chiarisce infatti ulteriormente i connotati di tale bene, specificandone meglio il contenuto mediante il riferimento all'art. 2 Cost. ed ai principi della «dignità umana» e del «rispetto reciproco delle persone».

Questa precisazione appare di estremo rilievo. Da un lato, infatti, essa mette in evidenza il contenuto etico della clausola del «buon costume», evidenziando la protezione garantita a valori di indiscussa indole morale prima che giuridica; dall'altro essa indica anche *quali* siano questi valori ed in quale direzione l'interprete debba rivolgere la propria indagine. Non qualunque *morale sociale*, infatti, può essere salvaguardata mediante il richiamo al «buon costume», non qualsivoglia concezione etica dell'uomo e della società può essere presidiata dal diritto a discapito delle libertà individuali, ma solo una che sia finalizzata ad assicurare – e dunque sia pienamente compatibile con – «una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone». Il richiamo ai beni in questione, già presente nella sent. 9/1965 e successivamente ripreso dalla sent. 293/2000, tempera i possibili rischi connessi ad una lettura in chiave esclusivamente storico-statistica del «buon costume», quale «morale maggioritaria», stabilendo dei parametri oggettivi cui l'interprete deve attenersi. Non è dunque ai sentimenti di «intolleranza, indignazione e disgusto» dell'uomo comune⁶¹ che questi deve guardare se vuole dare un significato alla clausola del «buon costume», ma alla Costituzione ed al principio personalista che la pervade interamente. Si tratta, come si vedrà, di uno spunto alquanto fecondo, suscettibile di ulteriori elaborazioni.

5. Verso un minimo comune denominatore etico: la sent. 293/2000.

ricavato, in via principale, dalla disposizione censurata, e che rendono inoperante la decisione interpretativa di rigetto. Per la tesi in esame si v. R. PERRONE, *Sentenze interpretative di rigetto e illegittimità consequenziale*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 939 ss.

⁵⁹ Per tale concetto v. *supra*, in questo Capitolo, alla nota 41.

⁶⁰ V. l'analisi delle sentt. 2/1956 e 23/196, *supra*, al n. 1) del presente paragrafo.

⁶¹ V. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Indianapolis, 2009, p. 17, da cui è tratta la citazione (traduzione mia). Com'è noto, lord Devlin sostiene che lo *standard* di moralità pubblica che può essere imposto mediante la legge debba essere fissato prendendo a modello «l'uomo ragionevole» («*the reasonable man*») (ivi, p. 15), vale a dire l'individuo comune, non dotato di particolari qualifiche o di qualità eccezionali (Devlin usa l'espressione «*the man in Clapham omnibus*», in italiano si direbbe «l'uomo della strada»). La moralità che interessa il giurista non è ancorata a parametri immutabili, ma è stabilita dal giudizio di questo agente-modello («*Immorality, thus, for the purpose of the law, is what every right-minded person is presumed to consider to be immoral*», *ibid.*). L'Autore ammette che questo soggetto ideale, nella maggior parte dei casi, non emetterà giudizi morali in base a scelte ragionate, ma semplicemente in base ai propri sentimenti («*He is not expected to reason about anything and his judgement may be largely a matter of feeling*», *ibid.*). Si comprende dunque come, per Devlin, sia ammissibile che gli *standard* di moralità possano basarsi – e, in effetti, spesso si basino – sui sentimenti di «*intolerance, indignation, and disgust*», su un'aprioristica e non giustificabile, ma sincera e

La più recente⁶² presa di posizione della Corte costituzionale sul tema qui in esame si ha all'alba del nuovo millennio, quando i giudici di Palazzo della Consulta si trovano a decidere una q.l.c. riguardante l'art. 15 l. 47/1948⁶³.

La vicenda originava dall'incriminazione di tre individui per violazione (tra l'altro) della disposizione citata, avendo essi pubblicato su un settimanale le fotografie scattate dalla polizia giudiziaria in occasione del ritrovamento di un cadavere. Giunto il processo al grado di legittimità, la Corte di cassazione riteneva di sollevare q.l.c. avente ad oggetto l'art. 15 l. 47/1948, sospettata di incostituzionalità in relazione agli artt. 25, 3 e 21 Cost.

Con riferimento al primo dei parametri citati, il giudice *a quo* lamentava l'eccessiva genericità ed indeterminazione del concetto di «comune senso della morale» contenuto nella disposizione di legge impugnata, come tale in contrasto con il principio di tassatività della legge penale espresso dall'art. 25 Cost.⁶⁴

L'applicazione dell'art. 15 l. 47/1948, inoltre, avrebbe comportato – nell'opinione della Corte di cassazione – una disparità di trattamento tra coloro che pubblicano notizie o materiale visivo a mezzo stampa, perché risulterebbero soggetti a sanzione solo coloro che si rendono responsabili della diffusione di immagini «impressionanti o raccapriccianti»⁶⁵.

Infine, il giudice *a quo* censurava «l'indebita estensione del divieto costituzionale concernente le sole pubblicazioni contrarie al buon costume, fino a ricomprendere – con la norma incriminatrice – le pubblicazioni contrarie alla morale comune»⁶⁶: secondo il remittente, infatti, la legge sulla stampa introdurrebbe un limite alla libertà di manifestazione del pensiero più ampio di quello consentito dall'art. 21 c. 6 Cost., non essendo le due nozioni di «buon costume» e di «comune senso della morale» coincidenti sotto l'aspetto della loro portata operativa⁶⁷.

La Corte costituzionale rigetta la q.l.c.

I giudici costituzionali iniziano prendendo in considerazione la legittimità dell'impiego dell'espressione «comune senso della morale» da parte del legislatore del 1948. Invece di richiamarsi al proprio precedente in materia di ammissibilità di clausole generali di tal fatta nell'ambito delle fattispecie penali (e rispondere così alla censura di indeterminazione della norma

profonda («*deeply and not manufactured*», *ivi*, p. 17) antipatia verso taluni comportamenti, che è alla base della legittimazione del diritto a reprimere l'immoralità.

⁶² Se si fa eccezione per l'ord. 92/2002, *cit.*, che si limita tuttavia a ribadire i principi di diritto espressi dalla Corte nella sent. 293/2000.

⁶³ Si tratta della sent. 293/2000, *cit.*, pubblicata anche su *Giur. cost.*, 2000, p. 2239 ss., con commento di A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, *cit.*, p. 2245 ss.

⁶⁴ V. sent. 293/2000, *cit.*, al § 2 del *Ritenuto in fatto*.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Il remittente peraltro precisa (*ibid.*) che, anche se le due nozioni fossero ritenute coincidenti, rimarrebbe ferma l'indeterminatezza dell'espressione utilizzata dall'art. 15 l. 47/1948 e, quindi, dovrebbe confermarsi la censura di violazione del principio di tassatività *ex art.* 25 Cost. Si tratta tuttavia di affermazione difficilmente condivisibile sul piano logico. Se si ammette che «buon costume» e «comune sentimento della morale» risultino equivalenti sul piano dei contenuti, e se si riconosce che il richiamo al «buon costume» da parte di norme penali non può ritenersi incostituzionale per indeterminazione, come la Corte ha avuto modo di chiarire (*v. sent.* 191/1970, *cit.*) e come del resto risulta ovvio stante la menzione fatta di tale concetto dalla stessa Carta fondamentale, non si comprende come potrebbe ritenersi incostituzionale sotto i medesimi profili il rinvio al «comune sentimento della morale» da parte dell'art. 15 l. 47/1948 (in altri termini, se A è identico a B, e A non è incostituzionale sotto il profilo X, anche B non può ritenersi incostituzionale sotto il profilo X). La censura di violazione del principio di tassatività delle fattispecie penali può pertanto sostenersi soltanto ove si dia, in premessa, una differenza di contenuto tra le locuzioni in esame.

incriminatrice, rinviando al contempo all'interprete per la specificazione del contenuto delle locuzioni in parola)⁶⁸, la Corte ritiene opportuno prendere posizione sui confini del «buon costume» di cui all'art. 21 c. 6 Cost.

Dopo aver ricordato che la disposizione costituzionale da ultimo citata demanda alla legge la predisposizione degli strumenti atti alla prevenzione e repressione delle violazioni del «buon costume», la Consulta afferma che

L'art. 15 della legge sulla stampa del 1948, esteso anche al sistema radiotelevisivo pubblico e privato dall'art. 30, comma 2, della legge 6 agosto 1990, n. 223, non intende andare al di là del tenore letterale della formula [del «buon costume», n.d.r.] quando vieta gli stampati idonei a «turbare il comune sentimento della morale». *Vale a dire, non soltanto ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata*⁶⁹.

Per tale ragione, continuano i giudici

Solo quando la soglia dell'attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, *lesivi della dignità di ogni essere umano*, e perciò avvertibili dall'intera collettività, scatta la reazione dell'ordinamento. [...] Non per questo la libertà di pensiero è tale da inficiare la norma sotto il profilo della legittimità costituzionale, *poiché essa [scil: la norma, n.d.r.] è qui concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana*⁷⁰.

Non può pertanto postularsi, secondo la Corte, un'eccessiva ampiezza della formula di cui all'art. 15 l. 47/1948 rispetto al limite del «buon costume» stabilito dalla Costituzione, né può muoversi alla disposizione una censura di indeterminatezza, in quanto è possibile rinvenire nella Carta fondamentale i criteri interpretativi idonei a fornire alla clausola generale impiegata dalla legge un contenuto positivo. I giudici evidenziano infatti che

Quello della dignità della persona umana è, infatti, valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale. Nella stessa chiave interpretativa si dissolvono i dubbi sul

⁶⁸ Sent. 191/1970, cit. Nel *Considerato in diritto* di tale decisione si legge infatti: «Per quanto attiene, in particolare, alla difesa del pudore, il rinvio alla morale, al buon costume, e nominativamente al «comune sentimento» (art. 529 c.p.) è legittimo, trattandosi di concetti diffusi e generalmente compresi, sebbene non suscettibili di una categorica definizione – La Costituzione stessa usa locuzioni come «senso di umanità», «buon costume», «dignità sociale», né si può dire che le relative norme manchino di un identificabile valore positivo – Il costume varia notevolmente secondo le condizioni storiche d'ambiente e di cultura, ma non vi è momento in cui il cittadino, e tanto più il giudice, non siano in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune senso del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano».

⁶⁹ Sent. 293/2000, cit., al § 3 del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

⁷⁰ *Ibid.*

fondamento della previsione incriminatrice. Onde non v'è lesione degli artt. 3, 21 e 25 della Costituzione⁷¹.

Si tratta, come appare evidente, di precisazioni di grande importanza per l'indagine in corso.

Taluno ha criticato la pronuncia in commento perché essa avrebbe «riesumato» una nozione eccessivamente ampia di «buon costume», abbandonando il riferimento esclusivo alla morale sessuale in favore di una nozione dai confini evanescenti, legata a un concetto difficilmente definibile quale la «dignità umana»⁷². Il tutto, si sottolinea, in contrasto con i canoni dell'ermeneutica costituzionale, che impongono un'interpretazione restrittiva dei limiti ai diritti di libertà, e con i lavori preparatori della Costituzione, che avrebbero relegato la portata operativa della clausola di cui all'art. 21 c. 6 alla sfera della sessualità⁷³.

In realtà, nel corso del Capitolo precedente si è tentato di dimostrare come i lavori preparatori della Costituente siano meno univoci nell'escludere l'apertura a contenuti ulteriori della clausola generale in parola di quanto parte della dottrina sembra ritenere. Inoltre si è anche messo in luce come il richiamo a valori etici non attinenti al campo erotico non sia un fattore nuovo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, nella quale il riferimento alla «dignità umana» si rinviene già dalle prime pronunce in materia di «buon costume». Sarebbe dunque probabilmente scorretto ritenere che, dalle decisioni della Corte, emerga senza ombra di dubbio la volontà di identificare tale concetto con la morale sessuale⁷⁴. Senza contare che – anche si volesse accedere a tale impostazione – l'effetto di semplificazione ermeneutica sarebbe probabilmente più apparente che reale, dal momento che definire la «morale sessuale» di una società non sembra certo un compito facile, come l'analisi delle incertezze della giurisprudenza ordinaria non mancherà di dimostrare⁷⁵.

La sentenza è invece stata positivamente accolta da quella parte della dottrina che ha rilevato un tentativo della Corte di fornire un referente quanto più possibile oggettivo al «buon

⁷¹ Sent. 293/2000, cit., al § 4 del *Considerato in diritto*.

⁷² V. A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, cit., pp. 2246-2247 (e *passim*); e S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»*, cit., p. 1001, riprendendo censure mosse anche alla sent. 368/1992 per le medesime ragioni.

⁷³ V. S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»*, cit., p. 1001; nonché, più approfonditamente, A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, cit., p. 2246. Le osservazioni di quest'ultimo Autore sono maggiormente articolate di quanto da noi brevemente accennato nel testo, in quanto egli rinviene quattro profili di criticità della sentenza: a) il contrasto con il canone ermeneutico che impone un'interpretazione restrittiva dei limiti costituzionali; b) il contrasto coi lavori preparatori della Costituente; c) la violazione della *ratio* garantistica dell'art. 21 Cost., «il quale, ove si aderisse all'anzidetta interpretazione estensiva, verrebbe sostanzialmente svuotato di contenuto»; d) il contrasto con la circostanza che altre disposizioni costituzionali danno rilievo a valori di natura etica, ciò che varrebbe ad escludere gli stessi dalla portata operativa del «buon costume». Il profilo *sub c)*, tuttavia, ci sembra in buona sostanza coincidente con quello *sub a)*, in quanto l'eccessiva espansione dei limiti costituzionali ai diritti rileva semplicemente in quanto essa è in grado di privare questi ultimi del loro contenuto; in altre parole, l'erosione della portata della libertà di manifestazione del pensiero non è che l'effetto di quella che, nell'opinione dell'Autore, è un'errata applicazione del criterio interpretativo della Costituzione. Il rilievo *sub d)*, invece, non sembra probante, in quanto il dato che un valore di natura etica sia tutelato espressamente in un *locus* della Costituzione non toglie che anche altre e differenti disposizioni possano concorrere alla sua protezione: si può affermare, ad esempio, che gran parte dei diritti di libertà sono funzionali alla salvaguardia della «dignità umana»; non sembra esservi ostacolo ad ammettere che anche un *limite* ai diritti possa avere la stessa funzione.

⁷⁴ Come del resto ammette anche A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, cit., p. 2247. Dopo aver rilevato che la giurisprudenza costituzionale sembrava aver rigettato una concezione ampia di «buon costume» ed identificato la stessa «con l'insieme dei precetti che attengono alla sola morale sessuale», l'Autore concede che «[...] accanto a sentenze (numericamente prevalenti) nelle quali si nega – in maniera più o meno esplicita – che il «buon costume» costituzionale possa essere fatto coincidere con la morale o con la coscienza etica, se ne rinvengono altre in cui tale affermazione di principio sembra trovare sostanziale smentita».

⁷⁵ V. *infra*, in questo Capitolo, al § 2.

costume», evitando i due estremi del riparo nella concezione etica della maggioranza, da un lato, o nell'arbitrio giudiziario, dall'altro⁷⁶. In realtà il dato più importante – e solo in parte innovativo, se si tiene presente il *trend* giurisprudenziale che si è tentato di mettere in evidenza nelle pagine che precedono⁷⁷ – risulta essere proprio la volontà di rinvenire un *minimo comune denominatore etico*⁷⁸ di una società democratica e pluralista, un *humus* di convinzioni morali comuni cui il legislatore possa legittimamente fare riferimento mediante il richiamo al «buon costume» ed alle clausole equivalenti. Minimo comune denominatore etico i cui parametri di riferimento sono correttamente individuati in valori *interni* alla Costituzione, e non semplicemente mutuati da questa o quella corrente di pensiero presente all'interno della comunità di riferimento. Pluralismo sociale e rispetto dei valori di fondo dell'ordinamento sono così conciliati nell'interpretazione del «buon costume» e la Costituzione assume una funzione di selezione nei confronti di quelle concezioni etiche incompatibili con i principi di una società liberaldemocratica, che non possono quindi sperare, nemmeno se ampiamente diffuse tra i consociati, in un *legal enforcement* da parte dello Stato.

Il dato ci pare di estrema importanza e sarà ripreso nell'ultima parte della presente indagine⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. M. CUNIBERTI, *Il limite del buon costume*, cit., pp. 53-54; M. MANETTI, *Art. 21*, cit., pp. 222-223.

⁷⁷ V. infatti le osservazioni di E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume*, cit., p. 546 ss.

⁷⁸ Cfr. M. CUNIBERTI, *Il limite del buon costume*, cit., p. 53, il quale ragiona di «una sorta di minimo comune denominatore, che sarebbe condiviso da qualsiasi possibile concezione etica, che viene ravvisato nel valore supremo della dignità della persona umana di cui all'art. 2 della Costituzione».

⁷⁹ V. *infra*, Cap. VII, par. 2 e 3.

CAPITOLO III

IL «BUON COSTUME»

NELLA GIURISPRUDENZA ORDINARIA CIVILE E PENALE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive; 2. La giurisprudenza penale in materia di osceno; 3. «Pubblica decenza» e «costume sociale»: gli artt. 725 e 726 c.p.; 4. La (scarsa) applicazione giurisprudenziale degli artt. 14 e 15 l. 47/1948.; 5. «Buon costume» e libertà di culto: le prese di posizione della giurisprudenza penale; 6. Il «buon costume» nella giurisprudenza civile; 7. Il fenomeno delle ordinanze anti-prostituzione; 8. Le pronunce delle Commissioni per la revisione cinematografica; 9. La 'giurisprudenza' del Giurì di autodisciplina pubblicitaria; 10. Considerazioni di sintesi.

1. *Considerazioni introduttive.*

Nella trattazione di un istituto quale il «buon costume», il quale impone un confronto costante con la realtà sociale sottostante l'ordinamento, sembra fondamentale dedicare adeguato spazio all'esame del diritto giurisprudenziale in materia, al fine di verificare come il concetto in discorso è percepito e 'vive' nella quotidianità del diritto, oltre le speculazioni accademiche circa il suo *dover essere*. Si tratta, ovviamente, di un'indagine da compiersi con spirito critico, senza abdicare ad una necessaria valutazione delle soluzioni adottate dagli organi di volta in volta presi in considerazione, alla luce del parametro costituzionale e delle conclusioni fin qui raggiunte, ma è in ogni caso operazione dalla quale possono emergere utili spunti di riflessione in una prospettiva di ricerca di un significato accettabile del «buon costume» costituzionale.

Nel presente capitolo si prenderanno dunque in esame le pronunce dei principali organi giurisdizionali (o para-giurisdizionali) che, per la materia trattata, hanno avuto modo di affrontare problematiche coinvolgenti il «buon costume» e possono pertanto fornire indicazioni sui contenuti di tale nozione. Più di preciso saranno oggetto di analisi le decisioni della giurisprudenza ordinaria penale e civile, sia in relazione alla libertà di manifestazione del pensiero, sia (per quanto riguarda le Corti penali) in relazione alla libertà religiosa. Destano interesse, inoltre, le recenti vicende relative alle c.d. ordinanze antiprostituzione, sulle quali si sono pronunciati i giudici amministrativi. Al di fuori della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, un certo rilievo potrebbero poi avere i pareri resi dalle Commissioni per la revisione cinematografica, cui sarà dedicato un apposito paragrafo. Infine si volgerà l'attenzione ad un organo che opera all'interno di un ordinamento diverso da quello statale, ma che è comunque destinato ad avere una notevole influenza nella società contemporanea, vale a dire il Giurì di autodisciplina pubblicitaria, nelle decisioni sulle violazioni degli artt. 9 e 10 del Codice di autodisciplina pubblicitaria.

2. La giurisprudenza penale in materia di osceno.

Non è mai stato messo seriamente in discussione che la tematica dell'*osceno*¹ sia strettamente connessa con la tutela del «buon costume» menzionato dalla Costituzione². La pornografia, si è visto, era una preoccupazione costante dei Costituenti durante le discussioni in tema di libertà di manifestazione del pensiero³, e la Corte costituzionale – come si è visto⁴ – ha riconosciuto che la disciplina dettata dal Codice penale per la repressione dell'oscenità risulta attuativa del precetto di cui all'art. 21 c. 6 Cost.

Dubbi non sembrano esservi mai stati nemmeno sul fatto che il bene del «pudore» di cui fa parola il Capo II del Titolo IX, Libro II, del Codice penale, e che è leso appunto dalle condotte di atti osceni e di pubblicazioni oscene (artt. 527 e 528 c.p.), riguardi precipuamente la materia sessuale e non concerna fattispecie estranee all'*eros* ed alle sue implicazioni sulla vita dell'uomo⁵. Si è così detto che l'oscenità «offende quel senso di riserbo da cui sono normalmente circondate le manifestazioni del sesso»⁶; che il pudore «(dal latino "*pudere*", aver vergogna) non è altro che il senso di riservatezza, di riserbo, di ombratilità, che è proprio dell'animo umano per tutto quanto concerne la funzione sessuale»⁷, ovvero, con maggiore dettaglio, che

è osceno ciò che, avendo connotazione sessuale [...] suscita nell'osservatore rappresentazioni e desideri erotici ovvero cagiona una reazione emotiva immediata di disagio, turbamento e repulsione in ordine ad organi del corpo o comportamenti sessuali, i quali, per ancestrale istintività, continuità pedagogica e stratificazione di costumi ed esigenze morali, tendono a svolgersi nell'intimità e nel riserbo⁸.

¹ La letteratura in materia di osceno è ovviamente molto vasta e, nonostante il presente Capitolo si concentri sulla giurisprudenza, può essere opportuno fornire qualche indicazione di base. Nella dottrina più risalente si possono rammentare: V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930. 7. Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe, delitti contro la famiglia*, Torino, 1936, p. 370 ss.; F. GRISPIGNI, *Offese al pudore e all'onore sessuale*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, pp. 26-27. Nel periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione si vedano ad es. R. LATAGLIATA, *Atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 49 ss.; R. PANNAIN, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, Torino, 1952; R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, Milano, 1962, e Id. *La pornografia*, cit., p. 147 ss.; F.P. GABRIELI-R. DOLCE, *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, in *Novissimo dig. it.*, X, 1964, p. 913 ss.; M. MAZZANTI, *Osceno*, in *Novissimo dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 241 ss.; M. PETRONE, *Moralità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 60 ss. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., e Id., *Buon costume: III) Moralità pubblica e buon costume – diritto penale*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. MONTANARA, *Pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 949 ss.; A. CADOPPI, *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la) (diritto anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 187 ss.; G. MARINI, *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, ivi, p. 180 ss.; M.G. GALLISAI PILO, *Oscenità e offese alla decenza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 204 ss. In anni più recenti si vedano G. CAMPAGNOLI, *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 905 ss.; S. CRIMI, *Le offese al pudore o all'onore sessuale*, in A. CADOPPI ET AL., *Trattato di diritto penale*, cit., p. 21 ss.; B. ROMANO, *I delitti contro la sfera sessuale*, Padova, 2009, p. 293 ss. *Adde* le indicazioni fornite nelle pagine seguenti.

² Come riconosce espressamente, tra gli altri, S. CRIMI, *Le offese al pudore*, cit., p. 36: «[...] la tutela penale del pudore certamente trova fondamento nella dimensione costituzionale del bene giuridico buon costume».

³ V. *supra*, al Cap. I, par. 3.

⁴ V. *supra*, al Cap. II, par. 4.

⁵ Tale certezza interpretativa non sembra sussistere, invece, al momento di definire il concetto di *indecenza*, il quale si presta maggiormente, nell'opinione di parte della dottrina e della giurisprudenza, ad includere fattispecie non legate alla morale sessuale: v. *amplius* infra, al par. 3.

⁶ Così Trib. Venezia, sent. 23 novembre 1968, riportata in E. PROTETTI-A. SODANO, *Offesa al pudore e all'onore sessuale nella giurisprudenza*, Padova, 1972, p. 2.

⁷ Così Pret. Bologna, sent. 19 dicembre 1961, in *Giur. it.*, 1962, II, c. 172 ss.

⁸ Così Cass. pen., Sez. III, sent. 02 giugno 2004, n. 37395, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1189 ss. In termini ancora più espliciti Cass. pen., Sez. III, sent. 03 febbraio 1984, Rossellini, in *Cass. pen.*, 1985, p. 2023 ss., secondo cui «Un'opera cinematografica riveste carattere di oscenità non solo per la sua attitudine ad eccitare la concupiscenza, ma anche quando, rappresentando scoperte carnalità e violenze sessuali riposte nel fondo degenerativo degli istinti primordiali della specie,

Il problema principale, per gli interpreti, è stato tuttavia di circoscrivere con sufficiente certezza quali aspetti della condotta umana in ambito sessuale ricadano nella sfera dell'*oscenità* e siano così assoggettabili alle norme penali incriminatrici di cui al Codice del 1930. Gli artt. 527 e 528 c.p., infatti, fanno menzione di «atti» (art. 527 c. 1 c.p.) e di «scritti, disegni, immagini od altri oggetti» (art. 528 c. 1 c.p.) che siano «*osceni*»; nonché di «pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano *carattere di oscenità*» (art. 528 c. 3, n. 2, c.p.). Ma che cosa si considera *osceno* ai fini dell'applicazione della legge penale?

Una risposta è fornita dallo stesso legislatore mediante il disposto di cui all'art. 529 c. 1 c.p., ai sensi del quale «Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore». In realtà la definizione in parola è tutt'altro che risolutiva⁹, trattandosi di un richiamo ad un altro concetto elastico, bisognoso anch'esso di precisazione, quale il «pudore», da valutarsi secondo il parametro del «comune sentimento». L'interprete si trova così di fronte ad una singolare catena di rinvii concettuali, che parte dal «buon costume», passa per l'«osceno», e termina con il «comune sentimento del pudore».

La giurisprudenza ha dibattuto a lungo su cosa debba intendersi per «comune sentimento del pudore» e vi è abbondanza di pronunce sul tema¹⁰, benchè debba rilevarsi fin d'ora che gli argomenti utilizzati dai giudici non sono sempre esplicitati in maniera chiara e, molto spesso, l'adozione di una prospettiva invece di un'altra sembra basata più su apodittiche affermazioni di principio che su ragionamenti giustificabili in base a rigorosi criteri logico-giuridici. In sintesi, comunque, può rilevarsi la presenza di differenti orientamenti giurisprudenziali, che abbiamo ritenuto qui di riunire schematicamente in quattro posizioni principali (benchè siano presenti, com'è ovvio, numerose sfumature all'interno di ciascuna di esse, agevolate anche dall'impiego di una terminologia ambivalente: si pensi all'impiego di locuzioni quali «sensibilità media», «uomo normale» *et similia*). Ancora, deve osservarsi che l'attenzione per l'aspetto definitorio, elevata in epoca più risalente, è venuta grandemente scemando a partire dalla fine degli anni '80, quando un mutamento di prospettiva fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità (sentenza Vercelli) ed avallato dalla Corte costituzionale (sent. 368/1992) ha spostato l'attenzione degli interpreti sulle *modalità* di offesa al «buon costume», piuttosto che sulla ricerca dei confini concettuali di quest'ultimo. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui caratteri dell'*oscenità*, ed in particolare sul requisito della «pubblicità» delle condotte di attentato al «comune senso del pudore», ha

violò il pudore, e cioè la verecondia attraverso la quale l'uomo, nel suo lungo cammino di civiltà, ha sempre cercato di nascondere i suoi istinti sessuali oltreché le turpitudini della propria ed altrui lussuria. Tutto ciò, invero, mettendo in particolare evidenza fatti censurati dal riserbo e dalla pudicizia che circondano gli strati elevati della coscienza umana, può indurre anche un profondo senso di disgusto, tale da prevalere sulle pulsioni erotizzanti e annullarle».

⁹ A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Dei delitti contro la moralità pubblica*, cit., p. 15, fanno icasticamente notare che «[l]a definizione non definisce poi un gran che».

¹⁰ Per rassegne giurisprudenziali, in tempi meno recenti, si vedano D. PULITANÒ, *Buon costume*, in R. ODORISIO ET AL., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, p. 167 ss.; E. PROTETTI-A. SODANO, *Offesa al pudore*, cit.; *Decisioni della Corte Suprema di Cassazione in tema di offese al buon costume*, a cura di M. Petrone, in *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 539 ss.; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 33 ss. Per la giurisprudenza più recente si vedano le pronunce riportate in S. CRIMI, *Le offese al pudore*, cit., p. 21 ss.

sostanzialmente assorbito la *querelle* circa la necessità di individuare gli *standards* sulla base dei quali individuare la nozione di *osceno* ai sensi della legge penale, pur residuando spazi di incertezza.

Volendo passare in rassegna i vari criteri seguiti dai giudici penali, si possono enucleare i seguenti orientamenti giurisprudenziali.

a) *Criterio storico-statistico*. Per «criterio storico-statistico» si intende quel paradigma definitorio dell'oscenità che individua i confini della stessa sulla base degli atteggiamenti e delle convinzioni maggiormente diffusi all'interno della società in un dato periodo storico. In sostanza, il «comune sentimento del pudore» varierebbe a seconda dell'evoluzione dei costumi e delle convenzioni sociali e, pertanto, il suo accertamento sarebbe legato a «parametri variabili nel tempo e nello spazio»¹¹. Tale concezione – facente leva sull'osservazione dell'esistente, quindi su un approccio di tipo *descrittivo* – troverebbe conforto nei lavori preparatori del Codice penale¹², oltre che nell'opinione tradizionale della dottrina¹³, e sarebbe giustificabile sul presupposto della intrinseca mutevolezza ed adattabilità del concetto di «pudore» e, più in generale, di quello di «buon costume».

La giurisprudenza, specie la più risalente, ha fatto proprio questo criterio in numerose pronunce¹⁴. I riferimenti abbondano sia nelle decisioni di merito¹⁵, sia in quelle di legittimità¹⁶, e ritornano fino ai giorni recenti¹⁷. Anche all'interno di questo orientamento, comunque, permangono

¹¹ Così G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 34.

¹² Nei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, II, Roma, 1929, p. 317, si legge: «Il carattere di oscenità di un atto o di un oggetto si deve desumere dalla sua attitudine, secondo il comune sentimento, a offendere il pudore. Il concetto di oscenità importa quindi un criterio di relatività, dovendo mettersi in rapporto con la morale di un determinato popolo in un determinato momento storico». Il Guardasigilli esprime la preoccupazione di non cadere «nell'eccesso di una persecuzione ispirantesi alla *pruderie* piuttosto che alla normale sensibilità etica ed alla serena ed equilibrata concezione della vita umana e sociale». Per tale ragione, egli continua, «[...] nel testo definitivo ho accolto il concetto di *pudore medio*, riscontrando il carattere di oscenità di quegli atti ed oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore. In base a tale concetto, anche quando l'offesa sia diretta al privato, il pudore di costui, ai fini della repressione penale dell'offesa, deve sempre adeguarsi al pudore medio» (*ibid.*).

¹³ V. per tutti V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 370 ss.

¹⁴ Per l'analisi dell'orientamento in questione si vedano R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 15 ss.; D. PULITANO, *Buon costume*, cit., p. 170 ss.; M. PETRONE, *Modelli giurisprudenziali in tema di offese al buon costume*, in E. BERARDUCCI (cur.), *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, cit., p. 512 ss.; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 9 ss. e 34 ss.

¹⁵ *Ex plurimis* si vedano Trib. Roma, sent. 17 novembre 1959, in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 265; Trib. Brescia, 4 maggio 1965, in *Arch. pen.*, II, 1966, p. 215 ss.; Trib. Lodi, sent. 21 luglio 1964, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 470 ss.; G.I. Bologna, decreto 28 dicembre 1966, in *Foro it.*, II, c. 377 ss.; Trib. Bologna, sent. 2 febbraio 1973, in *Quale giustizia*, 1973, p. 447 ss.

¹⁶ *Ex plurimis* si vedano Cass. pen., Sez. III, sent. 20 gennaio 1955, in *Giust. pen.*, 1956, II, c. 255; Cass. pen., Sez. III; 21 gennaio 1956, in *Giust. pen.*, 1957, II, cc. 110-111; Cass. pen., Sez. III, sent. 20 aprile 1959, in *Arch. pen.*, 1961, II, cc. 292-293; Cass. pen., Sez. III, 07 giugno 1976, in *Cass. pen.*, 1979, p. 793 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 10 ottobre 1978, Dal Punta, in *Giust. pen.*, 1979, II, c. 662 ss.; Cass. pen., sent. 03 febbraio 1984, cit.

¹⁷ V. ad es. Cass. pen., Sez. Un, sent. 24 marzo 1995, n. 5606, Gasparato, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2109 ss., ove si legge: «La tutela del pudore non può essere disancorata dalla riconoscibilità della sua necessità da parte della collettività, in un dato momento storico, ed in questo senso il pudore da valore assoluto e trascendentale finisce per assumere, ai fini della tutela penale, una dimensione storicistica che privilegia alla sua astratta ed immutabile esistenza, la contingente percepibilità del suo essenziale contenuto. L'art. 529 c.p., infatti, attribuisce al «comune sentimento» il compito di individuare i limiti della stessa tutela penale del pudore: quel termine, nel fare riferimento ad una diffusa sensibilità morale, evoca un criterio numerico e statistico che non recepisce né le concezioni propugnate da minoranze inclini ad una spregiudicata cultura di affrancazione dai limiti della morale, né quelle ad esse contrapposte, le quali, partendo da una visione ipertrofica del pudore, finiscono per depauperarlo del suo essenziale contenuto e per valorizzarne gli aspetti formalistici e convenzionali» (p. 2112). Sempre a titolo esemplificativo v. Cass. pen., Sez. Un., sent. 01 ottobre 1991, Vercelli, cit., pp. 934-935; Cass. pen., Sez. III, 30 ottobre 1996, n. 9865, Bertaccini, in *Giur. cost.*, 1997, 1149 ss., con osservazioni di A. ODDI, *Il «buon costume» tra morale e diritto*, cit., p. 1155 ss.

differenze riguardo al parametro di accertamento del «comune sentimento del pudore». Se infatti l'adozione di un criterio «storico-statistico» rigetta espressamente il carattere *valutativo* dell'indagine del giudice, che deve limitarsi a verificare le convinzioni diffuse nella società¹⁸ e non imporre proprie convinzioni o *standards* assoluti al momento della valutazione del «comune sentimento»¹⁹, diversi sono i punti di riferimento adottati dai giudici per verificare la consistenza di quest'ultimo²⁰. Mentre un primo gruppo di sentenze (per vero minoritario) fa leva sulle opinioni della maggioranza dei consociati²¹, un secondo gruppo, cui parte della dottrina riserva la specifica denominazione di indirizzo «storico-relativistico»²², si basa sul «senso medio del pudore»²³, o «sentimento medio della popolazione nel momento storico dato»²⁴. La critica all'adozione di un criterio maggioritario di accertamento del «pudore» si basa invero sulla scarsa compatibilità dello stesso con il carattere democratico e pluralista della società²⁵; lungi dal poter ricomprendere soltanto le posizioni della maggioranza, il «comune sentimento» deve dunque confrontarsi con *tutte* le convinzioni diffuse all'interno della società²⁶.

L'orientamento in esame presenta diversi profili di criticità, puntualmente rilevati dalla dottrina.

Innanzitutto balza agli occhi la difficoltà pratica cui va incontro l'interprete al momento di accertare quale sia, in concreto, il reale sentimento della collettività in un dato periodo²⁷. Anche ammettendo che esistano indagini demoscopiche e statistiche in materia²⁸, si pone ovviamente il

¹⁸ V. al riguardo Cass. pen., sent. 10 ottobre 1978, cit., c. 664: «Dire che l'evoluzione dei costumi non può alterare il senso del pudore e della decenza significa distruggere proprio quel parametro di valori che è affidato al giudice per riempire la norma lasciata appositamente in bianco per essere riempita del contenuto che solo la valutazione del sentimento medio del momento può dare; significa distruggere il valore storico-sociale che tale giudizio comporta cristallizzando, in forme delimitate e insuscettibili di mutamento, ciò che il legislatore ha voluto fosse mutevole; significa, in altre parole, pretendere di eliminare il giudizio del caso concreto, del momento storico-evolutivo che è espressamente richiamato con riferimento al senso del pudore medio dei cittadini, nel momento in cui l'opera è rappresentata e il giudice chiamato a giudicare».

¹⁹ Ciò si coglie nelle parole di Trib. Brescia, sent. 4 maggio 1965, cit., p. 227, ove traspare chiaramente la rassegnazione del collegio giudicante di fronte alle valutazioni sociali imperanti, laddove esse sembrano tollerare un romanzo (*Malinteso da cento dollari*, di R. Gover) ritenuto invece privo di valore dai giudici. Si legge nella motivazione: «Tristemente il collegio conclude che tale libro, *Malinteso da cento dollari* di Gover, sebbene privo di valori umani, sebbene privo di dignità letteraria, carico di frasi oscene, misero nella concezione e nella forma, non è tale da offendere il comune senso del pudore della società in cui viviamo».

²⁰ Come nota anche G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 33-34.

²¹ V. ad es. Cass. pen., Sez. III, 7 luglio 1949, in *Giust. pen.*, 1950, II, cc. 232-233; Cass. pen., Sez. III, sent. 03 febbraio 1977, n. 1809, in *Raccolta decennale completa e coordinata della giurisprudenza penale della Corte di Cassazione dal gennaio 1971 al dicembre 1980*, a cura di V. De Martino et al., Roma, 1982, p. 254; Cass. pen., Sez. III, 14 novembre 1980, Fabiani, in *Cass. pen.*, 1982, p. 964 ss. Cfr. anche, ma con diverse sfumature, Trib. Lodi, sent. 21 luglio 1964, cit.

²² Alcuni Autori utilizzano le due espressioni in maniera fungibile (così ad es. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 34 ss.), mentre da parte di altri il criterio euristico «storico-statistico» farebbe coincidere il «comune sentimento del pudore» con «quello dei più», laddove il criterio «storico-relativistico» terrebbe conto «delle valutazioni sociali di un dato momento storico» (così ad es. S. CRIMI, *Le offese al pudore*, cit., p. 33).

²³ Così ad es. Cass. pen., sent. 20 gennaio 1955, cit., p. 255; Cass. pen., sent. 20 aprile 1959, cit., p. 292.

²⁴ Così Cass. pen., sent. 30 ottobre 1996, cit., p. 1152.

²⁵ V. Trib. Milano, sent. 10 aprile 1968, riportata da D. PULITANÒ, *Il buon costume*, cit., p. 172: «Il sentimento comune, cui commisurare la libertà o illiceità di manifestazioni espressive, non potrà certamente essere quello di gruppi sociali particolari, nemmeno maggioritari: a manifestazioni spregiudicate, rientranti *optimo jure* in quell'ambito di libertà d'espressione che era necessario garantire (anche e soprattutto) alle minoranze e alle posizioni non conformiste, non possono logicamente opporsi, quali oggetti di tutela privilegiata, le concezioni o i sentimenti (o i pregiudizi) di altri gruppi sia pure maggioritari».

²⁶ V., *inter alia*, Cass. pen., sent. 21 gennaio 1956, cit.; Cass. pen., Sez. I, sent. 13 marzo 1967, in *Giust. pen.*, 1968, II, p. 13 ss.

²⁷ Critiche in questa direzione, oltre che dalla dottrina citata alle note immediatamente successive, provengono anche dalla stessa giurisprudenza: si v. ad es. Pret. Bologna, sent. 19 dicembre 1961, cit.

²⁸ Ipotesi negata da R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 17: «Come si fa a stabilire la media dei sentimenti singoli? Occorrerebbe, evidentemente, una seria indagine statistica, condotta con i sistemi rigorosi di ricerca che la scienza statistica ha appunto elaborato all'uopo. Ma un'indagine del genere non è mai stata fatta: e, d'altra parte,

problema della loro attendibilità e rappresentatività rispetto all'intera comunità di riferimento, e dei parametri utilizzabili dal giudice per scegliere a quale dare credito in caso di più sondaggi dai risultati contrastanti²⁹.

In assenza di dati obiettivi cui affidarsi, il rischio è pertanto che il giudice finisca per dar voce alle proprie personali convinzioni ovvero a quelli che, sulla base di accertamenti superficiali o immotivati, ritiene essere gli orientamenti accettati dalla collettività³⁰. Si è del resto notato che la giurisprudenza, pur avendo formalmente abbracciato l'impostazione *de qua* nella sua più raffinata variante «storico-relativistica», ha oscillato tra un approccio «spregiudicato», volto a restringere oltremodo l'applicazione delle norme in tema di osceno³¹, ed un atteggiamento di chiusura rispetto a comportamenti eterodossi in materia sessuale, legittimando invece una funzione di tutela penale delle convinzioni etiche tradizionali³², a quanto pare maggiormente note agli interpreti e di più facile condivisione da parte di questi ultimi.

Il problema più grave del criterio «storico-statistico», tuttavia, sembra risiedere nel punto di vista meramente *descrittivo* da cui esso si pone, che lo rende inidoneo ad effettuare una selezione del dato esistente ed un confronto dello stesso con altri principi cui pure l'interprete deve fare i conti³³. L'apparenza maggiormente democratica e pluralista dell'impostazione in esame, infatti, cela la possibilità che essa sia impiegata per dare voce ad istanze irrazionali ed incontrollate, volte a restringere eccessivamente, o – più di frequente – ad eccessivamente dilatare l'ambito delle condotte non punibili, solo perché *di fatto* la bussola della comunità, in una certa temperie, si trova a puntare verso il rigorismo morale o, all'opposto, verso il lassismo³⁴. Nell'attuale periodo storico sembra soprattutto questo secondo polo quello maggiormente problematico³⁵.

nessuno dei sostenitori della teoria del sentimento medio ha mai pensato di proporla, stanti le difficoltà pratiche che si frapporterebbero all'attuazione della proposta». Ma si v. ad es. G.V. PISAPIA, *L'osceno nel diritto penale. Una ricerca sull'opinione del pubblico*, in *Sociol. dir.*, 1975, p. 319 ss.

²⁹ Particolarmente critico sul punto R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 17 ss. Più possibilista appare G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 38 ss., il quale, pur rilevando i verosimili problemi legati all'impiego di indagini demoscopiche, rileva il loro interesse in sede processuale, in quanto esse fornirebbero comunque una base di valutazione del comune sentimento, pur se limitata alla popolazione presa come campione e potenzialmente inficiata dagli errori che affliggono ogni tentativo di campionamento.

³⁰ Cfr. R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 17; M. PETRONE, *Modelli giurisprudenziali*, cit., p. 512; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 38 ss., il quale ragiona di «[...] rischio che il criterio storico-statistico funzioni – come peraltro è avvenuto – da comoda etichetta utilizzata per mascherare il personale orientamento del giudice».

³¹ V. D. PULITANÒ, *Il buon costume*, cit., p. 177, che cita G.I. Bologna, decreto 28 dicembre 1966, in *Foro it.*, 1967, II, c. 377; e G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 36 ss., che cita il caso di Trib. Bologna, sent. 2 febbraio 1973, cit. Entrambe le pronunce restringono la nozione di osceno fino a ricomprendervi soltanto gli atti sessuali in senso stretto.

³² V. D. PULITANÒ, *Il buon costume*, cit., p. 173 ss.; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 35 ss.

³³ Cfr. D. PULITANÒ, *Il buon costume*, cit., p. 177: «La tendenza logica immanente ai criteri relativistici, in ogni modo, è appunto questa di dare la prevalenza, rispetto alle esigenze di una qualsiasi morale predefinita, ai mutamenti del costume che bene o male siano riusciti ad imporsi, anche fuori del "buon costume" preesistente».

³⁴ Cfr. Pret. Bologna, sent. 19 dicembre 1961, cit., pp. 173-174: «Un tale criterio, che vorrebbe agganciare la nozione di comune sentimento a metodi di valutazione meramente statistici, si dimostra, a parere del giudicante, insufficiente ed inadeguato a comprendere appieno la *ratio* della norma. Anzitutto si affiderebbe al giudice un compito impossibile, quale quello di accertare l'opinione della maggioranza dei consociati; in secondo luogo, *anche nel caso in cui tale opinione potesse essere determinata, la stessa non avrebbe giuridica rilevanza, in quanto si potrebbe spaziare, secondo il possibile variare del sentimento dei più, da una totale assenza di pudore a un pudore tutelato in maniera eccessiva*» (corsivo aggiunto).

³⁵ Non è detto, tuttavia, che rigorismo morale e lassismo non possano coesistere all'interno della medesima società in un dato momento storico. Non è da infatti da escludersi che, in un contesto caratterizzato in generale da un atteggiamento di rilassatezza verso il fenomeno della sessualità, possano emergere al contempo istanze repressive di singoli fenomeni percepiti come intollerabili in base a valutazioni emotive estemporanee, talora rinfocolate dall'atteggiamento dei *mass media*. Per fare un esempio, è noto che l'aumento della sensibilità verso la tutela dei fanciulli ha risvegliato sempre maggiore interesse, anche mediatico, nei confronti dei fatti di violenza e abuso nei confronti dei minori (emblematiche al riguardo le recenti vicende riguardanti l'omicidio di Sarah Scazzi e la scomparsa di Yara Gambirasio). Non

Da più parti si è lamentato come il criterio in questione, pur nella sua variante «storico-relativista», sia suscettibile di condurre ad una «vanificazione della norma penale», a seguito della progressiva rilassatezza del costume sociale, desunta proprio dalla sempre maggior diffusione incontrastata di quei fenomeni (pubblicazioni e spettacoli osceni) che le disposizioni in materia di osceno avrebbero la funzione di prevenire³⁶. Senza voler per forza aderire ad una concezione «propulsiva» del diritto penale³⁷, ed attribuire in sostanza un ruolo di *custos morum* al giudice, deve convenirsi che, se la tutela del «buon costume» è legata a doppio filo ad altri valori costituzionali – come la Corte costituzionale ha messo in evidenza con le sue pronunce, con posizione che condividiamo – la recezione *sic et simpliciter* delle convenzioni sociali può condurre ad una lesione di tali valori, qualora queste ultime professino principi nettamente contrastanti con gli stessi. Nel momento in cui si ammetta che le norme in materia di osceno siano funzionali anche alla salvaguardia della dignità umana, connessa al «buon costume»³⁸, l'accettazione di *qualunque* forma di pornografia, solo perché si ritiene che la comunità sia ormai 'assuefatta' a tale fenomeno, risulta stridente con l'idea di una Costituzione volta alla piena ed efficace protezione della persona umana. L'assenza di un *filtro* delle posizioni che vanno a costituire il «comune sentimento del pudore» si presenta così come il principale punto di criticità del criterio «storico-statistico».

b) *Criterio «assolutistico»*. All'estremo opposto dell'orientamento «storico-statistiche» si pone il criterio «assolutistico» di accertamento dell'oscenità. Tale concezione si basa sull'assunto che vi siano parametri oggettivi di accertamento di ciò che è osceno e ciò che non lo è, e che tali parametri – conoscibili dal giudice – vadano ad integrare il concetto di «comune sentimento del pudore» di cui all'art. 529 c.p.

Il filone di pronunce in questione si sviluppa attorno agli anni '60, soprattutto quale reazione al progressivo emergere di materiali (specialmente cinematografici) sempre più in

è azzardato pensare che, come conseguenza di tale accresciuta attenzione, la tolleranza di manifestazioni di pensiero coinvolgenti i minori e sospette di oscenità sia destinata a decrescere vertiginosamente, talora sino a colpire fenomeni di dubbia offensività. Si pensi ad es. all'incriminazione ex art. 528 c.p., nel 2004, dei manifesti pubblicitari ritraenti una bambina nuda, di profilo (senza cioè alcuna esposizione delle zone erogene del corpo), con una farfalla sulla spalla; la Terza Sezione della Corte di Cassazione, con sent. 13 ottobre 2005-20 gennaio 2006, n. 2635, in *C.E.D. Cass. pen.*, n. 232918, ritenne non oscena l'immagine in questione, facendo però leva sul criterio «dell'uomo normale» e non su quello relativistico fin qui esaminato, dichiarando che «Poiché la nozione di osceno fa riferimento al sentimento di una comunità storicamente determinata, non ha rilievo la sensibilità eterodossa di alcuni individui, spesso caratterizzati da una psicologia non equilibrata o addirittura patologica»: viene da chiedersi se una pedissequa applicazione del criterio «storico-statistico», specie all'indomani – mettiamo – di fatti di cronaca simili a quelli riportati, avrebbe condotto i giudici ad una soluzione differente.

³⁶ Così M. PETRONE, *Modelli giurisprudenziali*, cit., p. 512, da cui è tratta l'espressione tra virgolette. In senso conforme già R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 17 ss., che sottolinea anche come la «tolleranza» mostrata dai più verso le molteplici forme di oscenità diffuse nella società non implichi necessariamente un'approvazione – o una mancanza di riprovazione – delle stesse (meglio sarebbe allora parlare di «sopportazione», n.d.r.): «E quanto a quelli che tollerano, occorre tener presente che tollerare non vuol dire non sentirsi offeso» (p. 17); D. PULITANÒ, *Il buon costume*, cit., p. 177, il quale rileva la tendenza del criterio «storico-relativistico» a ridurre l'ambito applicativo delle norme sul pudore a «casi limite»; nonché S. CRIMI, *Le offese al pudore*, cit., p. 33.

³⁷ V. in particolare R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 19 ss.

³⁸ V. *supra*, al Cap. II, par. 3 e 4. Si rammentino in particolare le parole della Corte costituzionale nella sent. 9/1965, cit., al § 5 del *Considerato in diritto*: «Non diversamente il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti» (corsivo aggiunto).

contrasto con gli *standards* etici tradizionali in materia di sessualità³⁹. Nonostante non manchino prese di posizione della giurisprudenza di merito⁴⁰, è soprattutto quella di legittimità che fa uso del criterio in esame⁴¹. Il linguaggio impiegato è variegato, ma comune a questo *trend* decisionale è il rifiuto di un approccio relativistico ed evolucionista, ritenendo i giudici di dover tutelare valori non suscettibili di modifiche da parte della comunità, di natura sostanzialmente obiettiva⁴². In sostanza, si attribuisce al giudice, in accordo questa volta più con lo spirito originario del Codice che con la sua lettera⁴³, il ruolo di prevenire la corruzione dei costumi mediante lo strumento del diritto penale. Esplicita, in tal senso, è la sentenza della Cassazione del 31 ottobre 1960, ove si legge che

Il rilievo che il concetto di pubblica decenza, come del resto quello di osceno, è correlativo al comune sentimento, corrente in un determinato tempo ed in un determinato luogo, non può mai condurre all'affermazione che l'evoluzione naturale dei costumi possa alterare, modificandolo, il senso del pudore e della decenza. Una volta riconosciuta la natura morale di determinati precetti, la modifica che il senso della moralità può subire per effetto di fattori di natura varia non può giocare pericolosamente nell'interpretazione della norma. Non è il concetto che della moralità può essersi formata la società a costituire guida al legislatore e più ancora al giudice. Ciò che è decisivo è la ricerca obiettiva di quei valori che trovansi alla radice stessa della norma, *che non possono che essere fissi e immutabili in quanto espressione della natura razionale dell'uomo, e frutto della coincidenza che in queste figure di reato esiste tra norme giuridiche e precetti morali*; perché è irresistibile che una volta affermata la natura morale di determinati precetti giuridici essi debbono conservare quel carattere di certezza e di stabilità⁴⁴.

L'impostazione «assolutistica», pur essendo di segno nettamente opposto a quella «storico-statistica», presenta problematiche in certo senso affini, ove si ponga mente al fatto che, anche in questo caso, rimangono del tutto nell'ombra gli *standards* di giudizio che l'interprete dovrebbe adottare per verificare i connotati del «comune sentimento del pudore». La concezione in parola afferma l'esistenza di punti di riferimento oggettivi cui ancorare la clausola generale di cui all'art. 529 c.p., ma rimane da chiedersi *quali* siano questi punti di riferimento. Il linguaggio di molte

³⁹ V. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 41-42. Per l'analisi dell'orientamento in questione si vedano D. PULITANO, *Buon costume*, cit., p. 180 ss.; G. FIANDACA, *op. cit.*, pp. 12 ss. e 42 ss.; brevemente anche M. PETRONE, *Modelli giurisprudenziali*, cit., p. 513; e S. CRIMI, *Le offese al pudore*, cit., p. 34.

⁴⁰ Si v. ad es. la già menzionata Pret. Bologna, sent. 19 dicembre 1961, cit.; nonché Trib. Bologna, sent. 5 novembre 1965, in *Giur. it.*, 1966, II, c. 164 ss.

⁴¹ Si vedano, *inter alia*, Cass. pen., Sez. III, sent. 31 ottobre 1960, in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 387 ss., con commento di N. AMATO, *In tema di reati contro il pudore e la decenza pubblica*, *ibid.*; Cass. pen., Sez. III, sent. 31 ottobre 1960, *ivi*, c. 398 ss.; Cass. pen., sent. 29 gennaio 1962, in *Giust. pen.*, 1962, II, c. 803 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 11 marzo 1963, in *Giur. it.*, 1964, II, c. 157 ss., con commento di R. VENDITTI, *Manifesti pubblicitari e particolare sensibilità dei minori*, *ibid.*; Cass. pen., Sez. III, sent. 15 giugno 1966, in *Giur. it.*, 1967, II, c. 377 ss., con commento di R. VENDITTI, *Sui rapporti tra prevenzione e repressione in materia di spettacoli cinematografici*, *ivi*, c. 378 ss.

⁴² V. a questo riguardo Pret. Bologna, sent. 19 dicembre 1961, cit., c. 174, la quale – rigettando espressamente il criterio «storico-statistico», afferma: «Appare pertanto necessario un altro criterio interpretativo del termine “comune sentimento”, che non si basi soltanto su dati quantitativi e numerici, ma tenga conto soprattutto di elementi di valore e di qualità dando alle nozioni di pudore e di comune sentimento un contenuto oggettivo».

⁴³ Si rammenti l'atteggiamento paternalista e moralizzatore assunto dal legislatore fascista, già richiamato al Cap. I, par. 1. Non manca comunque chi trova appigli letterali per una concezione deontologica del «comune sentimento del pudore» all'interno del testo della disposizione: v. ad es. R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 26 ss.

⁴⁴ Cass. pen., sent. 31 ottobre 1960, cit., c. 405 ss.; in senso conforme, ad es., Cass. pen., sent. 29 gennaio 1962, cit., c. 804.

delle pronunce (tra cui quella riportata), di sapore schiettamente giusnaturalistico⁴⁵, richiama le obiezioni che contro una tal filosofia giuridica possono sollevarsi, prima fra tutte quella di fare leva su fondamenti (i precetti del *diritto naturale*) indimostrati⁴⁶. Né miglior fortuna avrebbe il tentativo di agganciare il pudore ai «valori fissi e immutabili» espressi dal patrimonio etico appartenente ad una particolare organizzazione di tendenza o scuola di pensiero (es. la Chiesa cattolica, o la religione cristiana in generale): è evidente che, per quanto debitrice possa essere la civiltà occidentale rispetto a una data tradizione filosofica, il carattere pluralista dell'attuale società, accolto e protetto dalla Costituzione repubblicana, non tollera la recezione *de plano* di un determinato codice etico a discapito di quelli proposti dalle altre formazioni sociali.

Maggiore interesse riveste il tentativo effettuato dalla Cassazione di fondare nella Costituzione il carattere oggettivo dei valori tutelati dalle norme in tema di osceno. In una sentenza del 1966, la Corte afferma che l'impiego dell'espressione «comune sentimento del pudore» da parte dell'art. 529 c.p.

[...] non implica la necessità di agganciare tutta la normativa dell'art. 529 cod. pen. a criteri variabili, subiettivi ed insicuri come quello storico-statistico, oppure cronologico-ambientale, quello del sentimento medio, oppure della normalità individuale, *perché il sistema più saldo è certamente quello di riportarsi al fondamento sociale del comune sentimento della comunità, in relazione alla natura dell'interesse derivante dall'art. 21 Cost.*⁴⁷

Il richiamo alla Carta fondamentale quale parametro ermeneutico del «comune senso del pudore» appare in linea di principio apprezzabile, giacché sembra mettere al riparo l'interprete dal pericolo di basare il proprio operato sulle sue personali preferenze ovvero su criteri arbitrari o partigiani. Sfortunatamente la Corte non elabora ulteriormente il proprio ragionamento e non approfondisce la ricerca di quegli *standards* obiettivi che consentirebbero di delineare in maniera più precisa i confini del «comune sentimento del pudore» in una prospettiva costituzionalmente orientata⁴⁸. Al contrario, il riferimento all'art. 21 Cost. serve ai giudici per affermare che la libertà di espressione è tutelata dall'ordinamento fino a che essa non pregiudica la «formazione morale» e la «elevazione spirituale» del popolo, che rientrano tra le finalità dello Stato, così resolvendo il bilanciamento di interessi tra il diritto individuale e gli interessi pubblici in senso marcatamente paternalista, attribuendo all'ordinamento civile una funzione moralizzante di dubbia compatibilità con i principi di fondo ricavabili dalla Costituzione repubblicana⁴⁹.

⁴⁵ Si pensi al richiamo, nella sentenza citata alla nota precedente, alla «natura razionale dell'uomo», fondamento dei valori «fissi ed immutabili» che animano il pudore, ed alla «coincidenza [...] tra norma giuridica e precetto morale».

⁴⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 12 e 42.

⁴⁷ Così Cass. pen., sent. 15 giugno 1966, cit., c. 384 (corsivo aggiunto).

⁴⁸ Cfr. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 43, il quale, commentando la pronuncia in esame, afferma che: «[...] per quanto sia apprezzabile il riferimento alla Costituzione, è pur vero che il richiamo all'art. 21 è compiuto in modo, oltre che generico, apodittico; per cui risulta soltanto affermata, e non dimostrata, la deducibilità della concezione oggettiva del pudore da una presunta "oggettività" del buon costume, quale bene dotato di dignità costituzionale».

⁴⁹ Si legge nella sentenza: «Il giudizio di valore che esprime la società, e quindi il comune sentimento del pudore, non può non essere minimamente negativo di fronte a prodotti che sotto il pretesto di finalità più o meno lecite e normali contrabbandano il veleno dell'autentica pornografia e pongono in essere elementi deleteri alla formazione morale ed alla elevazione spirituale di un popolo che non intenda confondere la libertà con il libertinaggio e la democrazia con

In sostanza, la breve rassegna effettuata nelle pagine precedenti ci sembra dimostrare che, in mancanza di un'individuazione di solidi punti di riferimento e di criteri interpretativi condivisi e compatibili con il carattere laico e pluralista dell'ordinamento italiano (individuazione che la giurisprudenza tenderà con risultati apprezzabili solo in tempi recenti), le impostazioni «assolutistiche», al pari di quelle «storico-relativistiche», non sembrano in grado di fornire al giurista soluzioni ermeneutiche prive di inconvenienti di notevole portata.

c) *Criterio «dell'uomo normale»*. Il criterio più seguito dalla giurisprudenza nel corso degli anni, in ogni caso, sembra essere quello «dell'uomo normale»⁵⁰. Esso ha avuto spazio sia nelle pronunce di merito⁵¹ che in quelle di legittimità⁵². In buona sostanza si tratterebbe della combinazione di un approccio empirico con un'impostazione assiologicamente orientata, il cui risultato sarebbe l'enucleazione di un *modello* di individuo idoneo a fungere da parametro del «comune sentimento del pudore». La differenza rispetto al criterio «storico-statistico» risiederebbe nell'aspetto *deontologico* connotato alla figura dell'«uomo normale», idoneo a filtrare gli eccessi derivanti dalla mera accettazione del dato sociale effettivo (e ad evitare, così, gli estremi della *pruderie* e del lassismo morale), mentre la differenza rispetto alla concezione «assolutistica» si rivelerebbe essere la maggiore aderenza alla realtà, non essendo gli *standards* dell'«uomo normale» ricavati da un astratto codice comportamentale, o da speculazioni circa la natura razionale dell'uomo, ma dall'osservazione del carattere degli individui nel contesto storico-sociale in cui si trovano ad operare⁵³.

Significativo il tentativo di alcune pronunce di dare un fondamento positivo al concetto di «uomo normale» e di rinvenire nella Costituzione la legittimazione di questo orientamento. Si legge ad esempio in una sentenza del Tribunale di Roma:

Se si esamina la Carta costituzionale, sarà facile notare come la tutela del buon costume sia collocata proprio nel titolo relativo ai Rapporti civili, in quell'articolo 21 che è presidio della libertà individuale e che viene troppo spesso letto e interpretato parzialmente. *La tutela del pudore è quindi difesa della democrazia: la libertà individuale è difesa, nella Costituzione, anche attraverso il divieto*

l'esamazione indiscriminata del materialismo e della più sfrenata sensualità» (Cass. pen., sent. 15 giugno 1966, cit., c. 385). Sul passaggio cfr. D. PULITANÒ, *Il buon costume*, cit., pp. 183-184; e G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 43-44.

⁵⁰ Per l'analisi di tale criterio si vedano R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 113 ss.; D. PULITANÒ, *Il buon costume*, cit., p. 184 ss.; M. PETRONE, *Modelli giurisprudenziali*, cit., p. 513 ss.; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 13 ss. (per le tesi dottrinali ispirate a criteri di «normalità») e 44 ss.; S. CRIMI, *Le offese al pudore*, cit., p. 35 ss.

⁵¹ V. ad es. Trib. Roma, sent. 15 marzo 1967, in *Arch. pen.*, 1967, II, p. 236 ss.; App. Bologna, sent. 4 giugno 1973, in *Quale giustizia*, 1973, p. 447 ss.; Pret. Palermo, sent. 17 ottobre 1980, Bernardi, in *Giur. merito*, 1982, p. 640 ss.; Trib. Roma, sent. 06 aprile 1988, in *Giur. merito*, 1987, p. 1259; Trib. Roma, sent. 06 aprile 1988, Leonardi et al., in *Foro it.*, 1988, II, c. 622 ss.

⁵² V. *ex plurimis* Cass. pen., Sez. I, sent. 16 febbraio 1966, in *Giust. pen.*, 1968, II, c. 242 ss., con commento di G.P. LATINI, *Lo spogliarello come spettacolo osceno*, ivi, c. 243 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 15 gennaio 1986, Dargasso, in *Riv. pen.*, 1986, p. 1053 ss.; Cass. pen., Sez. III, 17 ottobre 1997, n. 10657, Francini, in *Studium Juris*, 1998, p. 837 ss.; più di recente v. Cass. pen., Sez. III, sent. 02 giugno 2004, n. 37395, cit.; Cass. pen., Sez. III, sent. 13 ottobre 2005, n. 2635, cit.;

⁵³ Cfr. ad es. Trib. Roma, sent. 10 aprile 1968, cit., p. 194, che ragiona di «[...] criterio dell'uomo normale, che lontano da ogni eccesso di moralismo o di lassismo vive con sano equilibrio *nella società del suo tempo*» (corsivo aggiunto). Negli stessi termini già Trib. Milano, sent. 13 aprile 1966, in *Foro it.*, 1966, II, c. 265, sia pure in relazione alla fattispecie di cui all'art. 14 l. 47/1948.

delle pubblicazioni oscene. E la ragione è evidente, poiché lo Stato ha interesse che il cittadino sviluppi, in sano equilibrio, la propria personalità e possa esercitare in piena libertà i propri diritti civili. Ciò non avviene quando l'individuo diviene vittima della speculazione editoriale pornografica (cioè della stampa contraria al pudore e alla decenza) che antepone l'interesse commerciale ai fini fondamentali della democrazia. Ciò non avviene quando il disordine sessuale mina le basi stesse della democrazia. [...] Il Tribunale [...] ritiene che il comune sentire debba essere riferito all'uomo normale, a colui che vive, con sano equilibrio, in una società civile, nel rispetto dell'ordinamento. // parametro dell'uomo normale si rinviene appunto nella Costituzione, alla quale non può negarsi una funzione propulsiva nella vita sociale⁵⁴.

La radice deontologica connaturata al criterio dell'«uomo medio» viene qui ricollegata espressamente alla Costituzione, con un'operazione che, in astratto, non appare priva di pregio, poiché evita di rinvenire i caratteri distintivi della figura in discorso, e dunque del «comune senso del pudore», in codici etici di parte ovvero in impianti filosofici di impronta giusnaturalista difficilmente condivisibili a livello di diritto positivo. L'idea della Costituzione come *locus* di valori meritevoli di tutela e di promozione (di cui si trova traccia, ci pare, laddove la Corte ragiona di «funzione propulsiva nella vita sociale») si rivela una prospettiva maggiormente feconda nella ricerca di contenuti condivisi – o almeno condivisibili – dalle varie componenti di una società pluralista. Le disposizioni in materia di osceno, dice la Cassazione, hanno a che vedere con questi valori in quanto funzionali a garantire il corretto sviluppo della persona e il libero esercizio dei suoi diritti: esse sono dunque connesse alle libertà individuali, ma non nel senso che tali disposizioni si risolvano interamente in precetti posti a salvaguardia di situazioni giuridiche di pertinenza del singolo – come sarà sostenuto dopo pochi decenni da una certa giurisprudenza – ma, al contrario, nel senso che tali norme hanno alla base un interesse *pubblico*, dotato di rilevanza costituzionale e meritevole di autonoma tutela da parte dell'ordinamento.

Nonostante il carattere significativo di questi suggerimenti, va detto che anche in questa pronuncia, similmente a quanto era avvenuto con la sentenza della Cassazione dell'anno precedente e di cui si è fatto cenno poc'anzi⁵⁵, i giudici non si premurano di approfondire i riferimenti alla Costituzione e di precisare con chiarezza i contorni della figura dell'«uomo normale» da essa ricavabile. Al contrario, si limitano all'affermazione, che taluno ritiene «generic[a] quanto banale»⁵⁶, secondo cui «normale» è «colui che vive, con sano equilibrio, in una società civile, nel rispetto dell'ordinamento». Si tratta, come si vede di un assunto dall'efficacia euristica alquanto limitata, né sono messe dal Tribunale in alcun modo in evidenza le ragioni che consentono di ricavare questo modello di agente dall'interpretazione del testo costituzionale⁵⁷.

⁵⁴ Trib. Roma, sent. 15 marzo 1967, cit., p. 237.

⁵⁵ V. Cass. pen., sent. 15 giugno 1966, cit.

⁵⁶ G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 46.

⁵⁷ Cfr. D. PULITANÒ, *Il buon costume*, cit., pp. 187-188, secondo il quale la mancanza di specificazioni circa le indicazioni costituzionali che consentono di ricavare un modello di «normalità» conduce a risultati non dissimili da quelli che si otterrebbero mediante l'applicazione del criterio «storico-statistico», giacché il Tribunale arriva a legittimare una morale tradizionale in ragione della sua diffusione nella società; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 46.

Ancora di interesse una sentenza del Tribunale di Milano, il quale, preso atto dell'impossibilità, in una società pluralista, di individuare un «sentimento medio» del pudore, nonché del contrasto con i principi costituzionali di ogni soluzione volta ad identificare il «comune sentimento» di cui all'art. 529 c.p. con le convinzioni etiche di determinati gruppi sociali⁵⁸, così conclude:

Più corretto è invece riferirsi [...] al criterio dell'uomo normale, che lontano da ogni eccesso di moralismo o di lassismo vive con sano equilibrio nella società del suo tempo. Anche questo criterio abbisogna però di precisazioni, essendo di per sé ambiguo. In un ordinamento che democraticamente ammette ed ugualmente rispetta un' indefinita pluralità di atteggiamenti ideali [...] la mancanza di una morale di Stato e di indicazioni in proposito (incompatibili coi principi democratici) impediscono di individuare un tipo ideale unico di costume e di sentimento del pudore, e a maggior ragione di porlo come vincolante rispetto ad atteggiamenti difformi (comportando ciò non un semplice limite, ma una negazione dell'altrui libertà). La normalità di un atteggiamento e di un sentimento morale, quale il pudore sessuale, va piuttosto desunta dal concreto e vario divenire storico-sociale, nel senso che non un modello ideale e unitario di atteggiamento, bensì la totalità degli atteggiamenti spirituali di cui la normale (*id est* concreta e positiva) vita sociale è intessuta, concorrano e debbano concorrere nel determinare il contenuto del sentimento e del valore da tutelare, se è vero che deve trattarsi di un valore e un sentimento comuni. Dove «comune» va inteso nel più spontaneo e letterale significato della parola: un sentimento che ciascun consociato, a qualunque gruppo sociale appartenga, a qualunque orientamento ideale (purchè non perverso) si ispiri, deve poter sentire come proprio, poter riferire agli altri, e poter pretendere tutelato senza con ciò porsi in contrasto con altri atteggiamenti socialmente significativi⁵⁹.

La sentenza richiamata contiene spunti di indubbia importanza per la presente indagine. Di grande rilevanza, invero, appare il richiamo alla necessità di un concetto di pudore che sia condiviso dalle forze sociali – da *tutte* le forze sociali⁶⁰ – presenti in un ordinamento democratico e

⁵⁸ Trib. Milano, sent. 10 aprile 1968, cit., p. 193, ove si legge: «Il buon costume – come valore tutelato anche nei confronti di manifestazioni espressive altrimenti libere – deve essere determinato in modo da non svuotare, nemmeno in materia sessuale, il significato e la portata che nella presente società «non omogenea» la Costituzione democratica ha voluto attribuire alla libertà di manifestazione del pensiero [...]. L'interpretazione dell'art. 529 c.p. deve oggi essere adeguata al bilanciamento di interessi operato dalla Costituzione [...]. Il sentimento comune del pudore, cui commisurare la libertà o illiceità di manifestazioni espressive, non potrà certamente essere quello di gruppi sociali particolari, nemmeno maggioritari: a manifestazioni spregiudicate, rientranti *optimo jure* in quell'ambito di libertà d'espressione che era necessario garantire soprattutto alle minoranze e alle posizioni non conformiste, non possono logicamente opporsi, quali oggetti di tutela privilegiata, le concezioni o i sentimenti (o i pregiudizi) di altri gruppi sia pure maggioritari. Nemmeno è possibile fare appello, con la forse prevalente giurisprudenza, a un sentimento medio, o dell'uomo medio, che non è dato razionalmente individuare [...] oppure si finisce per individuare con il sentimento di gruppi particolari».

⁵⁹ Trib. Milano, sent. 10 aprile 1968, cit., p. 194.

⁶⁰ Qualche perplessità, invero, suscita il *caveat* dei giudici riguardo agli «orientamenti ideali perversi», che – stando alle parole della Corte – dovrebbero essere esclusi dal computo degli orientamenti idonei a determinare i criteri di «normalità» da prendere in considerazione per l'interpretazione dell'art. 529 c.p. L'affermazione in questione si rivela problematica. La *perversione* è infatti un attributo relazionale, che presuppone un termine di paragone, un modello che sia considerato *non perverso*, *id est*: sano, retto, giusto. Si ripropone quindi l'interrogativo circa i parametri che possono guidare il giudice nello stabilire quali orientamenti ideali siano «perversi» e quali no. Se si ritiene che anche in questo caso si tratti di una valutazione circa la «normalità» degli atteggiamenti morali dei consociati (la «normalità» essendo spesso ritenuta il contrario della perversione), il problema diventa di carattere logico prima ancora che giuridico, giacché l'individuazione di ciò che sia tollerato in quanto «normale» all'interno della società avviene proprio, nelle parole della Corte, attraverso il confronto dei molteplici «orientamenti ideali» presenti in una comunità pluralista. Per poter espungere da tale panorama uno o più orientamenti, tuttavia, l'interprete deve aver già elaborato, o comunque acquisito, un modello di «normalità» tale da consentire di attribuire la qualifica di «perversi» a quegli atteggiamenti che a tale modello non siano conformi. Insomma, per

pluralistico come quello italiano: sembra di poter scorgere, almeno in uno stato embrionale, quell'idea di *consenso* in materia di valori morali della società che sarà poi elaborata dalla Corte costituzionale, come si è visto, nella sua sent. 293/2000.

La condivisibilità di questa prospettiva non può lasciare in ombra, tuttavia, l'aspetto problematico della sentenza in esame, che in realtà si rivela essere un difetto generale dell'impostazione dell'«uomo normale». Si è visto che il Tribunale, ricusando l'idea di una «morale di Stato», ritiene che la «normalità» vada desunta «dal concreto e vario divenire storico-sociale», con ciò abbandonando ogni pretesa interpretativa di matrice «assolutistica». Come è stato correttamente notato, tuttavia, un tale metodo di indagine presuppone che la «normalità» sia un dato di fatto, preesistente all'opera dell'interprete e più o meno facilmente ricavabile dall'osservazione della realtà⁶¹. Così, tuttavia, non è: in una società pluralista, *diversa*, in cui coesistono profonde differenze tra le concezioni di vita, il riferimento ad un concetto di «normalità» presuppone un atteggiamento valutativo dell'interprete, volto a selezionare i comportamenti che soddisfino (pre)determinati requisiti, altrimenti tale «normalità» si riduce ancora una volta alla mera constatazione di quello che è il comportamento della maggioranza dei consociati, ovvero alla scelta di quelle componenti dello stesso che l'interprete ritenga, a suo personale giudizio, preferibili. Dalla semplice osservazione della realtà non può emergere un modello di «normalità» che sia comune alla «totalità degli atteggiamenti spirituali di cui la normale (*id est* concreta e positiva) vita sociale è intessuta», poiché è di tutta evidenza che la distanza tra le varie concezioni etiche presenti in una comunità è spesso molto elevata e, per tale ragione, i risultati di un'operazione di *reductio ad unum* volta ad elaborare un agente-tipo si presentano inevitabilmente alquanto artificiosi⁶².

Dal pur sommario esame delle sentenze riportate, si colgono appieno, a nostro avviso, i punti critici del criterio dell'«uomo normale». Nato per ovviare agli inconvenienti dell'orientamento «storico-statistico» e di quello «assolutistico», l'approccio qui in discorso sembra in realtà assorbire puntualmente anche i difetti ora dell'uno ora dell'altro, a seconda che il pendolo dell'interpretazione giudiziaria oscilli rispettivamente verso una dimensione di impronta *ontologica* o verso una di impronta *deontologica* nel determinare cosa sia l'«uomo normale», o meglio cosa debba intendersi per «normalità».

Qualora infatti il giudice dia la prevalenza all'aspetto storico e ricerchi la «normalità» nell'atteggiamento dei consociati suoi contemporanei, si ripropongono le censure che si possono sollevare nei confronti della concezione «storico-statistica» circa la difficoltà di apprezzare effettivamente – specie con i limitati mezzi a disposizione dell'autorità giudiziaria nel corso di un

definire cos'è la «normalità» occorrerebbe rifarsi agli orientamenti presenti nella società, ma bisognerebbe non tenere conto di quelli «perversi», vale a dire proprio a quelli contrari ai parametri di... «normalità». Come si vede, si tratta di un gatto che tenta di mordersi la coda.

⁶¹ V. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 49.

⁶² Sempre G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 50-51: «Identificare ancora la normalità – come inclina a ritenere la sentenza esaminata – con la totalità degli atteggiamenti riscontrabili nel contesto sociale, (*sic*) è un paralogismo: e ciò per la ragione evidente che un modello unitario di individuo, per quanto ideale, non può logicamente abbracciare in sé i diversi, e talora financo contraddittori orientamenti che si registrano nel campo della morale sessuale. Insomma, questo modello di uomo normale non è una realtà, ma rappresenta, piuttosto, l'ideale riflesso personificato della società democratico-pluralistica: anche questa volta, dunque, un modello «deontologico», seppure tendenzialmente orientato verso la realtà sociale».

processo – la *morale sociale* di un popolo in una determinata epoca. Certo, il criterio dell'«uomo normale», a differenza di quello «storico-statistico», non ricerca *direttamente* il «comune sentimento» della popolazione, ma tenta di ricavare dal comportamento di quest'ultima i parametri di quella «normalità» che consente di elaborare un preciso modello di agente. Anche questo distinguo, tuttavia, non vale a salvare l'impostazione in parola dalle critiche che le sono mosse, giacchè questa «normalità» sembra esistere, come si è appena detto, più nella mente dell'interprete che nella realtà di fatto.

Qualora l'accento sia posto sull'aspetto deontologico del criterio, invece, l'assenza di parametri di riferimento precisi e predeterminati circa il concetto di «normalità» (non bastando a tal fine neppure i generici richiami alla Carta costituzionale) riporta invece alle critiche che possono essere mosse alle impostazioni «assolutistiche» ed alla potenziale arbitrarietà dei risultati cui essa perviene, laddove l'immagine dell'«uomo normale» si riduca ad un comodo schermo dietro il quale mascherare le personali scelte dell'interprete.

d) *Criterio individualistico*. A partire dagli anni '80, ai tre criteri fin qui esaminati si va affiancando un ulteriore orientamento giurisprudenziale, volto a reinterpretare il bene del «comune senso del pudore» in senso marcatamente individualistico, come presidio di diritti facenti capo ai singoli e non alla società nel suo complesso⁶³. Secondo questa opinione, le fattispecie incriminatrici dell'osceno non sarebbero funzionali alla protezione di un fantomatico interesse collettivo alla salvaguardia di una «morale sessuale» dai confini difficilmente determinabili, ma esclusivamente alla tutela della libertà sessuale dell'individuo, nel suo aspetto di pretesa a non subire la percezione di materiale osceno quando egli non abbia preventivamente prestato il proprio consenso a ciò.

L'impostazione in esame ha avuto seguito nella giurisprudenza di merito⁶⁴. Volendo entrare più nel dettaglio di questo orientamento, va detto che esso si basa su una netta distinzione tra il pudore della generalità dei consociati, che non desiderano o non hanno prestato il loro consenso ad entrare in contatto con materiale pornografico, ed il pudore di coloro che, invece, non solo non si sentono offesi dall'oscenità, ma ne vanno attivamente alla ricerca⁶⁵. In questa prospettiva, e sulla base della difficoltà di stabilire un criterio di individuazione del «comune sentimento del pudore» che valga per entrambe le categorie di destinatari e che sia al contempo compatibile con i principi di fondo di una società pluralista, il bene in questione dovrebbe essere reinterpretato come posto a tutela della libertà individuale di non entrare in contatto con atti o pubblicazioni oscene senza il

⁶³ Per l'analisi di questo indirizzo v. *amplius* G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 51 ss. e 105 ss.; G. CAMPAGNOLI, *Il concetto di osceno*, cit., p. 915 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., pp. 72 ss. e 296 ss.

⁶⁴ V. ad es. Pret. Orbetello, sent. 20 giugno 1980, in *Foro it.*, 1980, II, c. 601 ss.; Trib. Torino, sent. 02 aprile 1981, in *Foro it.*, 1981, II, c. 529 ss.; Pret. Sampierdarena, sent. 13 giugno 1985, in *Foro it.*, 1986, II, c. 163 ss.; Pret. Sampierdarena, sent. 22 dicembre 1988, cit.; Pret. Siena, sent. 13 gennaio 1989, in *Foro it.*, 1989, II, cc. 365-366 (solo mass.); Pret. Nardò, sent. 18 gennaio 1991, in *Foro it.*, 1991, II, c. 549 ss.; nonché Pret. Macerata – Sez. distaccata di Civitanova Marche, ord. 5 novembre 1991, cit., con la quale il giudice rimetteva alla Corte costituzionale q.l.c. riguardante l'art. 528 c.p. e l'art. 112 T.U.L.P.S.; q.l.c. poi decisa dalla Corte con sent. 368/1992..

⁶⁵ Così Trib. Torino, sent. 02 aprile 1981, cit., c. 531: «Altra è la sensibilità di chi percepisce *invito se* delle manifestazioni esterne capaci di offendere la sua riservatezza, la sua verecondia o la sua continenza; altra è la soglia della

proprio consenso⁶⁶, tralasciandosi così la dimensione pubblicistica del bene in esame, ritenuta ardua da circoscrivere con precisione⁶⁷. Una tale prospettiva, peraltro, sembra presupporre – anche se questo aspetto non è sempre messo adeguatamente in risalto⁶⁸ – una concezione parimenti individualistica del «buon costume» di cui all'art. 21 c. 6 Cost: posto che l'oscenità non è che un aspetto di tale interesse, e che le norme dettate a repressione di tale fenomeno danno attuazione al precetto costituzionale (come precisato dalla Corte costituzionale)⁶⁹, logica vuole che i beni in questione abbiano natura omogenea.

Si noti inoltre che, ponendosi nell'ottica illustrata, la giurisprudenza ottiene anche il risultato di ridurre (benchè non di elidere completamente)⁷⁰ la portata del quesito relativo alla *definizione* dell'osceno, giacchè il problema, per l'interprete, diventa di comprendere non tanto quali fenomeni possano essere qualificati come oggettivamente osceni, ma piuttosto – tenuto conto della generale attinenza dell'osceno alla materia dell'*eros* – quali aspetti della condotta sessuale dell'uomo siano tollerati nella sfera pubblica senza bisogno di un preventivo consenso e quali, invece, debbano rimanere confinati nella sfera privata ed essere accessibili solo a coloro che desiderino assistervi. Non è l'oscenità in quanto tale che viene colpita, bensì la manifestazione pubblica della stessa, accantonandosi quindi l'idea di un compito moralizzatore della legge o del giudice, o di un *freno* giurisprudenziale alla corruzione dei costumi.

Proprio sulla scia di una tale impostazione, la giurisprudenza giungeva a rileggere le disposizioni codicistiche in tema di osceno (ed in specie l'art. 528 c.p.) in modo da includere, in sostanza, un nuovo requisito della condotta, vale a dire la «pubblicità» della stessa. Secondo questa opinione, il delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni (gli atti osceni già presuppongono la realizzazione della condotta «in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico») non sarebbe punibile qualora, per le particolari cautele adottate dall'agente, il materiale commerciato o distribuito, o lo spettacolo tenuto, siano accessibili solo ad individui informati sul carattere osceno degli stessi⁷¹.

La giurisprudenza di legittimità, seguita dalla Corte costituzionale⁷², ha avallato questo orientamento soltanto nei risultati, non accogliendo *in toto* la prospettiva di una individualizzazione

disponibilità in chi assume un'esplicita iniziativa per procurarsi emozioni di tal genere»; in senso conforme, tra le altre, Pret. Sampierdarena, sent. 13 giugno 1985, cit., cc. 168-169.

⁶⁶ Per una compiuta formulazione di questo assunto si v. per tutti G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 105 ss.

⁶⁷ Per tutti cfr. Pret. Macerata – Sez. distaccata di Civitanova Marche, ord. 5 novembre 1991, cit.

⁶⁸ Talora, anzi, le pronunce sembrerebbero orientate in senso opposto: v. ad es. Pret. Siena, sent. 13 gennaio 1989, cit., p. 366.

⁶⁹ V. la già menzionata sent. 1063/1988, cit.

⁷⁰ Come nota B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., p. 301, la questione circa la percezione del materiale osceno da parte di soggetti non consenzienti e quella relativa alla definizione dell'osceno, «sebbene limitrofe, vanno infatti tenute ben distinte».

⁷¹ Si tratta di opinione che aveva preso piede nella giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, anche prima delle pronunce delle Sezioni Unite sul punto: v. ad es. Pret. Verona, sent. 8 novembre 1988, in *Giur. merito*, 1990, p. 139 ss.; Pret. Sampierdarena, sent. 22 dicembre 1988, cit.; Trib. Milano, sent. 09 aprile 1986, in *Foro it.*, 1986, II, c. 625 ss.; Trib. Teramo, sent. 10 febbraio 1987, in *Giur. merito*, 1987, II, p. 945 ss.; Cass. pen., Sez. III, 30 settembre 1986, Benedetti, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1026 ss.; Pret. Nardò, sent. 18 gennaio 1991, cit. L'orientamento non era tuttavia incontrastato: v. *inter alia* Trib. Roma, sent. 06 aprile 1988, in *Giust. pen.*, 1989, II, c. 39 ss.; Cass. pen., Sez. 19 settembre 1988, Bruttini, in *Cass. pen.*, 1989, p. 382 ss.; Trib. Lecce, sent. 06 ottobre 1990, in *Giur. merito*, 1992, p. 443 ss.; Pret. Roma, sent. 18 aprile 1991, in *Giur. merito*, 1992, p. 643.

⁷² V. la già analizzata sent. 368/1992.

del bene protetto. Le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza Vercelli del 1991⁷³, hanno evidenziato in maniera chiara il collegamento tra il «buon costume» menzionato nella Costituzione ed il pudore protetto dalle norme codicistiche, e si sono soffermate sulla natura di tale interesse. Rigettando la tesi secondo cui il pudore non sarebbe altro che il riflesso di situazioni giuridiche facenti capo ai singoli, i giudici di legittimità affermano:

È innegabile, invero, che il buoncostume (*sic*) è recepito dalla stessa Carta costituzionale come valore proprio della collettività, la cui tutela ha rilevanza tale da porlo chiaramente come limite al libero esercizio di diritti di libertà, quali la libera professione della propria fede religiosa e l'esercizio del culto, e la libera espressione del pensiero (artt. 19 e 21 ultimo comma della Costituzione).

Tale è infatti l'insegnamento della Corte costituzionale, la quale ha anche da ultimo ribadito (cfr. la sentenza n. 1063 del 1988) il ruolo di attuazione della norma costituzionale dell'art. 21 u.c. assolto dal vigente art. 528 c.p. in relazione all'art. 529 dello stesso codice.

Va pertanto confermato che il buon costume è un bene collettivo, costituente patrimonio ideale e morale comune e, correlativamente, che il pudore – proprio perché normativamente riferito al sentimento comune e da questo definito – è assunto dalla legge nella sua accezione di valore etico proprio della collettività e non come bene individuale (quale pure è).

Cosicchè esso si pone come regola generale promanante dal modo di sentire collettivo, pur mutevole nel tempo, e sottratta alla differenziata e personale sensibilità dei singoli⁷⁴.

Il riferimento al «buon costume» quale «valore etico proprio della collettività» chiarisce che, pur nell'ottica di una lettura in chiave liberale del dettato costituzionale, una componente di *legal moralism* è comunque insita nel concetto in questione e non può essere del tutto obliterata da un'interpretazione totalmente individualizzante dell'interesse in questione. La conferma del carattere *pubblico* del bene «buon costume» (e del bene pudore, ad esso intimamente collegato) non porta tuttavia i giudici ad ammettere una repressione dell'osceno in sé e per sé, come era stato sostenuto fino a pochi anni addietro da una parte della giurisprudenza⁷⁵. Secondo le Sezioni Unite, anzi, è proprio tale natura del bene a rendere necessaria una dimensione parimenti *pubblica* delle condotte incriminate, dovendo la legge arrestarsi sulla soglia della sfera privata dei singoli individui⁷⁶. Nell'opinione dei giudici, dunque, il requisito della *pubblicità* della condotta risulta implicito nelle fattispecie in tema di osceno, arrivandosi alla importante conclusione secondo cui

⁷³ Cass. Sez. Un., sent. 01 ottobre 1991, cit.

⁷⁴ Cass. pen. Sez. Un., sent. 01 ottobre 1991, cit., p. 933 (corsivo aggiunto).

⁷⁵ V. ad es. Trib. Lecce, sent. 06 ottobre 1990, cit., secondo cui il carattere osceno è «connaturato all'oggetto in sé e per sé considerato e prescind[e] dal modo con cui questo viene offerto».

⁷⁶ V. Cass. pen., Sez. Un., sent. 01 ottobre 1991, cit., p. 934: «[...] appare evidente che la norma [l'art. 528 c.p., n.d.r.], avendo di mira la tutela di un bene che ha natura comune, incrimina innanzitutto comportamenti ritenuti lesivi che, o sono di per sé naturalmente pubblici (il fare commercio ovviamente costituisce un'attività che si rivolge a una serie di persone indeterminate, ancorchè avvenga in luogo privato) ovvero assumono carattere pubblico se rivolti alla generalità (distribuzione ed esposizioni pubbliche). Consapevoli del fatto che le condotte incriminate ai sensi dell'art. 528 c.p. non sono tutte caratterizzate dal requisito della pubblicità immediata, e che alcune mal si prestano ad una rilettura che tale elemento ricomprenda, i giudici rammentano che in tali casi l'anticipazione della soglia punitiva è funzionale alla successiva 'pubblicizzazione' del materiale osceno attraverso il commercio, apprezzabile in sede di accertamento dell'elemento soggettivo (dolo specifico), e giustificabile in base al disposto dell'art. 21 c. 6 Cost., ove si stabilisce che il legislatore ha il compito di «prevenire», oltre che di «reprimere», le violazioni del «buon costume». Concludono i giudici: «Da ciò discende che il requisito della pubblicità [...] o è richiamato come elemento proprio della condotta in quanto tale, ovvero è qualificante della condotta ulteriore alla quale il comportamento dell'agente è finalizzato (dolo specifico)».

[...] l'osceno attinge il limite dell'antigiuridicità penale, quindi della sua stessa punibilità, solo quando sia destinato a raggiungere la percezione della collettività, il cui sentimento del pudore solo in tal modo può essere posto in pericolo o subire offesa. In altri termini, ciò che si compie ed è destinato ad esaurirsi nella sfera privata, senza essere diretto (magari per colpa: art. 527 cpv.) alla comunicazione verso un numero indeterminato di persone, non è giuridicamente qualificabile come osceno⁷⁷.

Si tratta di un'impostazione accolta – come si è visto⁷⁸ – anche dalla Corte costituzionale, con la già esaminata sent. 368/1992. Nonostante le autorevoli prese di posizione delle Sezioni Unite e del giudice delle leggi, si registra qualche resistenza nella giurisprudenza ordinaria, sia di merito che di legittimità⁷⁹, all'accoglimento di tale punto di vista, sotto l'aspetto dell'inclusione di un requisito di *pubblicità* nella fattispecie di pubblicazioni e spettacoli osceni. Si rende pertanto necessario un nuovo intervento delle Sezioni Unite, che ribadiscono l'orientamento espresso nella sentenza Vercelli con due pronunce, adottate lo stesso giorno⁸⁰.

Le decisioni in esame raggiungono, dal punto di vista dei risultati, gli stessi approdi della sentenza Vercelli quanto alla necessità del carattere *pubblico* delle condotte incriminate⁸¹ e dell'irrelevanza penale di comportamenti che esauriscano i propri effetti nella sfera privata degli agenti⁸². Nella sentenza Gasparato, tuttavia, viene posto maggiormente l'accento sulla funzionalizzazione del «buon costume» alla protezione (anche) delle libertà individuali (aspetto non negato dalla pronuncia del 1991, ma messo in certo modo ombra dall'affermazione della natura *pubblica* del bene in questione), senza per ciò rigettarsi l'assunto circa la valenza pubblicistica dell'interesse in esame. Si legge infatti nelle motivazioni:

Neppure può fondatamente contestarsi che la tutela del pudore, pur se dalla legge riferita alla diffusa percezione della sua offesa, non esaurisce la sua "ratio" nella protezione di un interesse collettivo, ma ha anche una sua rilevante ragion d'essere in funzione dell'inviolabilità personale del singolo.

Tale principio, pur esso affermato nella sentenza pronunciata dalla Sezioni Unite il 1.10.1991, dev'essere pienamente condiviso, in quanto l'esigenza di proteggere l'interesse collettivo del pudore non solo non è incompatibile con l'avvertita necessità di rispettare la riservatezza sessuale dei

⁷⁷ Cass. pen., Sez. Un., sent. 01 ottobre 1991, cit., p. 934.

⁷⁸ V. *supra*, Cap. II, par. 3.

⁷⁹ V. Pret. Salerno, sent. 06 febbraio 1992, in *Riv. pen.*, 1992, p. 976 ss.; Pret. Catania, sent. 10 aprile 1992, in *Giur. merito*, 1993, p. 1051 ss.; Cass. pen, Sez. III, sent. 10 giugno 1993, Teso, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1532 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 21 gennaio 1994, Cannata, in *Giust. pen.*, 1995, II, c. 71 ss.

⁸⁰ Si tratta di Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 marzo 1995, n. 5, Barbuto, in *Giust. pen.*, 1995, II, c. 453 ss.; e Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 marzo 1995, n. 5606, cit.

⁸¹ V. Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 marzo 1995, n. 5606, cit., p. 2112: «Nell'ambito della tutela del pudore ciò che delimita il lecito dall'illecito penale è la sola possibilità di una diffusa percepibilità dell'osceno, tant'è vero che l'art. 529 c.p. raccorda il "comune sentimento" non già al pudore, bensì alla sua possibile offesa e tale offesa può essere realizzata attraverso una lesione o esposizione in pericolo dell'altrui riservatezza [...]. Ne consegue che la "pubblicità", intesa come possibilità di percepire l'osceno da parte di un numero indeterminato di persone, prima ancora di essere un elemento costitutivo della fattispecie penale, è un presupposto della stessa tutela del pudore, nei limiti in cui questa è stata voluta ed attuata dal legislatore».

⁸² V. Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 marzo 1995, n. 5606, cit., p. 2112: «In altri termini, la stessa rilevanza penale dell'osceno si esaurisce nell'ambito della sua intrinseca capacità ad offendere il pubblico pudore, sicché, come ha esattamente rilevato la Corte costituzionale nella sentenza interpretativa di rigetto della prospettata questione di legittimità costituzionale dell'art. 528 c.p. (cfr. sentenza n. 368 del 27.7.1992), la contrarietà al sentimento del pudore non potrà mai

*singoli, ma questa stessa esigenza presuppone e comprende: in realtà trattasi più che di una "trasposizione" di diversi interessi, di una concorrente esistenza di interessi omogenei, meritevoli di tutela, perché entrambi espressione di quel sentimento di riservatezza che è il comune denominatore di tutte le manifestazioni del sesso*⁸³.

La ragione di questo maggior risalto dato alla dimensione individuale del «buon costume» può forse essere individuata nel diverso contesto giurisprudenziale nel quale le due pronunce delle Sezioni Unite vanno ad inserirsi. Nel caso della sentenza Vercelli i giudici di legittimità si trovavano a fronteggiare orientamenti di segno marcatamente *liberal* della giurisprudenza di merito, propensi ad un'assorbente individualizzazione del bene «buon costume» al fine di garantire impunità a condotte ormai non più percepite come meritevoli di pena: si rendeva necessario, pur senza sconfessare i risultati raggiunti in via pretoria, riaffermare la dimensione *pubblicistica* del «buon costume» e degli interessi ad esso sottesi. Nel 1995 la situazione è invertita: poste dinnanzi ad istanze conservatrici emerse anche all'interno della stessa Corte di cassazione, le Sezioni Unite ritengono opportuno dare risalto alla prospettiva individualista del «buon costume», in modo da segnare con maggiore chiarezza i limiti dell'intervento statale a tutela di tale bene. La posizione delle sentenze Gasparato e Barbuto trova conferma nella giurisprudenza successiva in tema di atti e spettacoli osceni, ribadendosi dunque che la *pubblicità* rappresenta un presupposto della punibilità delle condotte oscene⁸⁴.

In conclusione, la protezione del «buon costume» nelle pronunce del giudice ordinario penale si è andata progressivamente mostrando come una tutela *relativa* e basata sul consenso del destinatario del messaggio osceno, come conferma anche la sempre più frequente caratterizzazione delle fattispecie di cui al Titolo IX, Capo II del Codice penale quali reati di *pericolo concreto*⁸⁵. Il bene stesso del «buon costume» è colto sempre più nella sua dimensione complessa ed idonea ad esprimere al contempo un valore riferibile alla collettività ed un interesse

dipendere soltanto dall'oscenità dell'atto o dell'oggetto, in sé e per sé considerati, bensì dall'offesa che ne può derivare al comune sentimento del pudore».

⁸³ Così Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 marzo 1995, n. 5606, cit., p. 2112, che prosegue: «Il buon costume, del quale il pudore è uno degli aspetti fondamentali, non esprime soltanto un'esigenza collettiva, nè questa esigenza assume un'astratta ed immutabile dimensione: essa soggiace, invece, ai limiti concreti e mutevoli della sua riconoscibilità da parte della società in un determinato momento storico e neppure ripudia il valore di libertà individuale ch'essa esprime. Pertanto, se è vero che per determinare l'offesa al pudore si deve prescindere da criteri soggettivi di valutazione, è altrettanto certo che la legge penale non tutela il pudore in una sua astratta, ed indefinibile essenza: il contenuto dell'art. 528 c.p. è definito da quanto disposto nell'art. 529 dello stesso codice, in quanto tra le disposizioni dell'uno e dell'altro vi è un rapporto di complementarietà nel quale la norma contenuta nell'art. 529 svolge una funzione determinativa del precetto penale».

⁸⁴ V. ad es. Cass. pen., Sez. III, sent. 5 maggio 1995, Carretta, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 69 ss., con commento di M. MANCINI, *Ancora un sì della Cassazione alla diffusione riservata di materiale pornografico*, *ibid.*; Cass. pen., Sez. III, sent. 19 dicembre 1998, n. 13619, Gioia, in *Giust. pen.*, 2000, p. 161 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 23 novembre 2004, n. 48532, Lelii, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 865 ss., con commento di M. FARINA, *Il reato di atti osceni in luogo pubblico: tensioni interpretative e prospettive personalistiche nella tutela del pudore*, *ivi*, p. 867 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 19 gennaio 2005, n. 4701, Massola, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1811 ss.; le due decisioni da ultimo citate riguardano il caso degli spettacoli di *lap dance*, ritenuti leciti se compiuti in locali il cui accesso fosse ristretto alle sole persone informate della natura delle attività e pienamente consenzienti. V. inoltre Cass. pen., Sez. III, sent. 06 luglio 2005, n. 34417, in *Cass. pen.*, 2007, p. 184 ss.

⁸⁵ V. ad es. Cass. pen., Sez. III, sent. 23 aprile 1996, n. 1901, Sargenti, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1332 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 17 novembre 1999, Moresco, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2685 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 06 febbraio 2008, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1542 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 01 aprile 2008, n. 20279, in *Guida al diritto*, 2008, p. 91 (solo massima); Trib. Pisa, sent. 15 ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 1095 ss. Le sentenze in esame pongono l'accento sulla verifica *ex ante* della visibilità del reato di cui all'art. 527 c.p. in relazione al luogo, all'ora ed alle concrete

del singolo, ponendosi l'accento ora su questo ora su quell'aspetto, ma rifuggendo gli opposti estremi della "assolutizzazione" del «buon costume» o della sua "atomizzazione". Benchè la questione della definizione dell'osceno, principale punto di riferimento concettuale del «buon costume» in ambito penalistico, non sia stata definitivamente risolta dalla giurisprudenza (come dimostra il riemergere, di tanto in tanto, delle concezioni «storico-statistiche»⁸⁶), la maggiore attenzione al dato della *pubblicità* della condotta e la conseguente esclusione della repressione dell'oscenità in sé e per sé considerata concorrono ad escludere, pur in una delle materie più sensibili alle istanze del moralismo giuridico, una repressione della mera immoralità, valorizzando la sanzione giuridica delle condotte *contra bonos mores* soltanto quando esse raggiungano la percezione della collettività e si traducano in un pregiudizio per quest'ultima, ancorchè limitato ai valori etici ritenuti fondamentali dall'ordinamento.

3. «Pubblica decenza» e «costume sociale»: gli artt. 725 e 726 c.p.

Come si è avuto modo di osservare al momento della ricognizione del dato positivo, nel tessuto normativo italiano è presente anche il concetto di «pubblica decenza»⁸⁷, richiamato da diverse disposizioni, tra cui vengono in rilievo in particolare gli artt. 725 e 726 c.p. I due articoli in parola, in maniera speculare rispetto agli artt. 527 e 528 c.p., puniscono rispettivamente il commercio di pubblicazioni contrarie alla «pubblica decenza» e gli atti che violano il medesimo bene. È opinione diffusa che anche il concetto di «pubblica decenza» sia riconducibile a quello di «buon costume»⁸⁸, ciò che ne giustifica l'esame in questa sede.

A lungo la dottrina si è interrogata su quale sia la differenza tra il concetto di *osceno* e quello di *indecente*, in modo da individuare il *discrimen* tra i delitti di cui al Titolo IX della Parte II del Codice penale e le fattispecie di cui al Titolo I, Capo II, Sezione I del Libro III del Codice penale (delle quali – si rammenta – l'una, quella prevista dall'art. 726 c.p., ha mantenuto l'originaria natura contravvenzionale, mentre l'altra è divenuta un illecito amministrativo a seguito dell'intervenuta depenalizzazione ad opera del d.lgs 507/1999). Si sono fronteggiati al riguardo due orientamenti (pur con diverse sfumature all'interno di ciascuno di essi). Secondo una prima tesi, la distinzione

modalità del fatto. *Contra* nel senso della natura di reato di pericolo presunto v. Cass. pen., Sez. III, sent. 03 giugno 1999, n. 11541, Bombaci, in *Riv. pen.*, 2000, p. 44 ss.

⁸⁶ V. *supra*, in questo Capitolo, alla nota 17.

⁸⁷ Sul concetto di «pubblica decenza» si vedano, per tutti, R. LATAGLIATA, *Atti osceni*, cit., p. 49 ss.; GIUS. SABATINI, *Decenza pubblica (Offese alla)*, in *Novissimo Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 252 ss.; R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 41 ss.; M.A. COLACCI, *Nozione giuridica degli atti contrari alla pubblica decenza*, in *Nuovo dir.*, 1970, p. 244 ss.; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 227 ss.; M. PETRONE, *Modelli giurisprudenziali*, cit., p. 507 ss.; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 26-26 e 56 ss.; D. SPIRITO, *Evoluzione ed involuzione della giurisprudenza in tema di pubblica decenza*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 107 ss.; C. ZAZA, *Atti osceni e contrari alla pubblica decenza*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 1 ss.; S. PICCININI, *Sulla nozione giurisprudenziale di pubblica decenza*, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 849 ss.; M.G. GALLISAI PILO, *Oscenità e offese alla decenza*, cit., p. 204 ss.; A. ODDI, *Il «buon costume» tra morale e diritto*, cit., pp. 1164-1165; S. CRIMI, *Le offese al pudore*, cit., p. 55 ss.

⁸⁸ Cfr. ad es. G. VASSALLI, *Censura cinematografica e leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 654 ss.; R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 45 ss.; R.G. DE FRANCO, *Il buon costume quale limite alle manifestazioni del pensiero: può esso dirsi un concetto normativamente «determinato»?», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pp. 190-191; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 227; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 459-460; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 26, il quale ritiene «pacifico» che la «pubblica decenza» sia riconducibile al «buon costume»; A. ODDI, *Il «buon costume» tra morale e diritto*, cit., pp. 1156-1157. *Contra*, tra gli altri, G. MOSCON, *Censura illegittima*, Roma, 1961, p. 32 ss.; S. MESSINA, *La repressione dell'oscenità nell'opera cinematografica*, in *Riv. pen.*, 1966, p. 198; e F. MANTOVANI, *Considerazioni in tema di tutela penale della morale dei minori e di pubblicazioni in materia sessuale*, in *Temì*, 1966, p. 677 ss.*

sarebbe di natura *quantitativa*, essendo l'*indecenza* lesiva dello stesso bene cui attenta l'*oscenità*, vale a dire il *pudore*, ma concretizzando una violazione meno intensa dello stesso⁸⁹; ovvero, secondo altra terminologia, arrestandosi ad uno stadio «pregenitale» della sessualità⁹⁰. Secondo altra impostazione, la differenza sarebbe di carattere propriamente *qualitativo*, abbracciando l'*indecenza* un ventaglio diverso di condotte rispetto all'*oscenità*; più di preciso, la prima non riguarderebbe soltanto l'*eros*, ma anche «quel minimo di convenienza e di decoro che deve presiedere nei rapporti fra i consociati, secondo il grado di civiltà di un popolo in un dato momento storico»⁹¹.

La giurisprudenza sembra propendere per la seconda delle impostazioni citate. Benché non manchino pronunce che ravvisano nell'attinenza alla sfera sessuale il carattere comune dei due concetti⁹², le decisioni giudiziarie più frequenti affermano, in linea di principio, che i confini della «pubblica decenza» si situano oltre la materia dell'*eros* ed investono anche ambiti diversi della vita di relazione. Così si è ragionato, di volta in volta (e senza pretesa di completezza), di «costumatezza» e «minimo decoro che le norme del vivere civile esigono da tutti e da ciascuno»⁹³; di «soglia minima del decoro umano in base ai principi etici che governano la civile convivenza in una moderna società organizzata»⁹⁴; di «quel complesso di precetti etico-sociali che impongono a ciascun cittadino di astenersi in pubblico da comportamenti ed atteggiamenti che, anche senza investire la sfera della morale sessuale, offendono il sentimento collettivo improntato alla più elementare costumatezza»⁹⁵. Decisioni successive hanno confermato questa prospettiva⁹⁶ e una presa di posizione esplicita è venuta dalla Cassazione nel 1996, quando il Collegio ha affermato:

La pubblica decenza concerne le norme etico sociali che impongono a ciascuno di astenersi da tutto quanto possa offendere il sentimento collettivo «della più elementare costumatezza», mentre l'*oscenità*, considerata nell'art. 527 c.p., ha contenuto più specifico, in quanto si riferisce soltanto alla «verecondia sessuale» [...].

⁸⁹ Così ad es. M. PETRONE, *Moralità*, cit., p. 69; A. ODDI, *Il «buon costume» tra morale e diritto*, cit., pp. 1156-1157. Ritiene che vi sia omogeneità di oggetto giuridico tra disposizioni volte a reprimere l'*osceno* e disposizioni incriminatrici dell'*indecente* anche P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 228 ss., giacché, secondo l'Autore, la differenza tra le fattispecie risiede nell'atteggiamento psicologico dell'Autore, la cui condotta sarebbe *oscena* quando «finalisticamente orientata ed idonea ad eccitare l'istinto sessuale», mentre sarebbe semplicemente *indecente* «qualora riproduca immagini inerenti a parti del corpo umano o riferisca fatti o contenga espressioni contrarie al riserbo che comunemente, al di fuori dell'intimità, suole circondare, nell'ambito della comunità sociale, la sfera della vita sessuale», senza alcun intento libidinoso (*op. cit.*, p. 228).

⁹⁰ Così G. GULOTTA, *L'osceno: considerazioni psico-socio-giuridiche. Presentazione* in M.J. GOLDSTEIN-H.S. KANT-J.J. HARTMAN, *Pornografia e comportamento sessuale deviante*, Milano, 1978, p. XII-XIII, nota 5.

⁹¹ Così F. GRISPIGNI, *Offese al pudore*, cit., p. 26. In senso conforme R. LATAGLIATA, *Atti osceni*, cit., pp. 57 ss.; R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 41 ss.; M. MAZZANTI, *Osceno*, cit., pp. 244-245; G. MONTANARA, *Pubblicazioni e spettacoli osceni*, cit., p. 954; M.G. GALLISAI PILO, *Oscenità e offese alla decenza*, cit., pp. 213-214; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I*, Milano, 2008, pp. 557-558 e 598 ss.; S. CRIMI, *Le offese al pudore*, cit., pp. 55-56.

⁹² V. ad es. Cass. pen., Sez. III, sent. 01 luglio 1961, Picchioni, massima riportata in *Decisioni della Corte Suprema di Cassazione*, cit., p. 545.

⁹³ Così Cass. pen., Sez. IV, sent. 16 novembre 1964, De Cecco *et. al.*, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1965, p. 352; e Cass. pen., Sez. VI, sent. 13 giugno 1969, Immordino *et. al.*, in *Mass. dec. pen.*, 1966, p. 84.

⁹⁴ Così Cass. pen., Sez. VI, sent. 27 novembre 1969, in *Mass. dec. pen.*, 1970, p. 70.

⁹⁵ Così Cass. pen., Sez. VI, sent. 13 dicembre 1969, Valletta, in *Mass. dec. pen.*, 1970, p. 275.

⁹⁶ V. Cass. pen., Sez. VI, 29 novembre 1977, Bizzarri, in *Cass. pen.*, 1979, p. 529 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 14 giugno 1985, Giordano, in *Riv. pen.*, 1986, p. 427 ss.; Cass. pen., Sez. II, sent. 13 gennaio 1986, Redaelli, in *Cass. pen.*, 1987, p. 714 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 07 luglio 1995, n. 9435, Vegetali, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2932 (solo mass.); Cass. pen., Sez. III, sent. 09 luglio 1996, n. 7786, Pagani, in *Giust. pen.*, 1997, II, c. 502 (solo mass.).

Il delitto di atti osceni (art. 527 c.p.) ha obiettività giuridica diversa dalla contravvenzione di cui all'art. 726 c.p. La differenza tra i due reati è data dal fatto che nel primo si offende il sentimento di moralità sessuale in misura talmente intensa da provocare in chi vi assista repulsione e disgusto, mentre nel secondo l'offesa viene arrecata al naturale riserbo nei rapporti sessuali ed ai comuni sentimenti di compostezza e di riservatezza. Fra l'ipotesi delittuosa e quella contravvenzionale non corre perciò una differenza soltanto quantitativa, ma anche qualitativa [...].

In sintesi: *il concetto di decenza è più ampio rispetto a quello di pudore (di osceno) ma lo comprende: l'osceno attiene alla sessualità mentre la decenza va oltre, comprende anche atti che con la sessualità non hanno a che vedere.* Ciò che è osceno necessariamente è indecente, ma ciò che è indecente non attinge la soglia dell'osceno o perché non riguarda la materia sessuale o perché la riguarda ma in modo lieve. Il comportamento osceno è più offensivo del comune sentimento del pudore del comportamento indecente ed infatti l'atto osceno è delitto mentre l'atto contrario alla pubblica decenza è contravvenzione⁹⁷.

Secondo i giudici di legittimità, pertanto, *osceno* e *indecente* si possono differenziare non solo in termini quantitativi, ma anche qualitativi: è *indecente* non solo ciò che attiene alla sessualità, offendendo la verecondia in maniera meno grave rispetto all'*osceno*, ma anche ciò che non riguarda l'*eros*, bensì le norme di «costumatezza» delle quali la società esige il rispetto. Tale impostazione è stata in seguito ribadita dalla giurisprudenza, anche in tempi recenti⁹⁸.

A fronte di un parametro potenzialmente molto vasto, quale la «costumatezza», tuttavia, il diritto vivente in materia di contravvenzioni contrarie alla «pubblica decenza» non ha visto, nel corso degli anni, una significativa espansione dei comportamenti sanzionati ex artt. 725 e 726 c.p. rispetto alle ipotesi più tradizionali già prese in considerazione dalla dottrina⁹⁹. Le figure di reato in esame sono state, in effetti, il campo di elezione delle controversie in materia di *nudo parziale* e *nudo integrale*¹⁰⁰, oggi peraltro di minore rilievo anche in considerazione della maggiore accettazione sociale – entro certi limiti¹⁰¹ – di tali fenomeni. Il *nudo*, ed in particolare il *nudo femminile* su riviste, ha rappresentato anche la fattispecie più frequente nell'applicazione dell'art. 725 c.p., prima della sua depenalizzazione¹⁰².

⁹⁷ Cass. pen., Sez. III, sent. 30 ottobre 1996, n. 9685, Bertaccini, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1149 ss. (corsivo aggiunto), con osservazione di A. ODDI, *Il «buon costume» tra morale e diritto*, cit.

⁹⁸ V. *ex plurimis* Cass. pen., Sez. III, sent. 03 luglio 1997, n. 8959, Gallone, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1624 (solo mass.); Cass. pen., Sez. III, sent. 17 ottobre 1997, n. 10657, Francini, cit.; Cass. pen., Sez. III, sent. 16 febbraio 2000, n. 3557, Hees, in *Riv. pen.*, 2000, p. 457 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 30 ottobre 2001, n. 41735, Bellano, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2746 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 25 ottobre 2002, n. 41055, B. *et al.*, in *D&G – Dir. e giust.*, 2003, p. 27 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 25 marzo 2010, n. 15676, in *C.E.D. Cass. pen.*, n. 246971; Cass. pen., Sez. III, sent. 25 marzo 2010, n. 15678, S., in *C.E.D. Cass. pen.*, n. 246972.

⁹⁹ Cfr. S. PICCININI, *Sulla nozione giurisprudenziale*, cit., c. 850, la quale afferma che, almeno fino alla pronuncia di Pret. Roma, sent. 03 novembre 1993, in *Foro it.*, 1994, II, c. 850 ss. (su cui *infra*, nel testo) in tema di esposizione di animali morti, la giurisprudenza non avesse ritenuto indecenti atti diversi da quelli attinenti alla corporeità o alla sessualità.

¹⁰⁰ Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia v. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 56 ss.

¹⁰¹ Anche agli inizi del nuovo millennio, infatti, la giurisprudenza riteneva che il *nudo integrale*, pur in ambiente balneare, non fosse assimilabile al *nudo parziale* (vale a dire il nudo che riguardasse il seno femminile), stante il fatto che la società ancora non ammette l'esposizione degli organi genitali in pubblico: così Cass. pen., Sez. III, sent. 16 febbraio 2000, n. 3557, Hees, cit. In senso conforme, e sempre negli ultimi decenni, Cass. pen., Sez. III, sent. 22 settembre 1982, Pettini *et al.*, in *Foro it.*, 1983, II, c. 273 ss.; Pret. Roma, sent. 6 luglio 1992, in *Giur. merito*, 1993, p. 729 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 03 luglio 1997, n. 8959, Gallone, cit.

¹⁰² V. ad es. Cass. pen., Sez. III, sent. 10 maggio 1961, n. 1488, Bolzoni, massima riportata in *Decisioni della Corte Suprema di Cassazione*, cit., p. 577; Cass. pen., Sez. III, sent. 17 maggio 1961, n. 1553, Tedeschi, massima riportata

Al di fuori di queste fattispecie, tuttavia, il richiamo alle disposizioni in esame si è rivelato perlopiù sporadico e non ha generato filoni giurisprudenziali di apprezzabile coerenza. In alcuni casi sono state sanzionate condotte *lato sensu* ancora riconducibili alla sfera erotica, come «il farsi fotografare indossando un *bikini* di ridottissime dimensioni in una pubblica piazza»¹⁰³, o l'uso di abiti femminili da parte di un uomo¹⁰⁴. In altri casi si è ritenuto di punire la violazione di norme sociali più propriamente qualificabili come regole di «buona educazione»¹⁰⁵: è stata ricondotta ad esempio all'art. 726 c.p. la condotta di «palpazione degli organi genitali in luogo pubblico come gesto di scongiuro»¹⁰⁶, nonché quella di urinare in pubblico¹⁰⁷. In un caso, è stata ricondotta alla contravvenzione da ultimo menzionata anche l'esposizione in pubblico di animali morti compiuta durante una manifestazione, purchè tale atto fosse accompagnato da un elemento finalistico (peraltro non richiesto dalla disposizione incriminatrice) volto alla «denigrazione dell'altrui modo di essere e di pensare»¹⁰⁸.

A riprova della volontà del legislatore del 1930 di proscrivere aspetti di semplice *maleducazione* dei consociati, va ricordato che l'art. 726 c. 2 c.p., nella sua originaria formulazione, contemplava anche la fattispecie di «turpiloquio», vale a dire il comportamento di chi «in un luogo pubblico o aperto al pubblico usa linguaggio contrario alla pubblica decenza»¹⁰⁹. La giurisprudenza interpretava tale disposto come proferimento di «espressioni sconce, ignobili, invereconde che, secondo il sentimento della popolazione in un determinato momento storico, offendono i principi della costumatezza, della pudicizia e del decoro e che siano tali da destare sentimenti non necessariamente di ripugnanza, ma anche soltanto di disgusto o di disagio»¹¹⁰. Un'opinione giurisprudenziale aveva inoltre ricondotto all'art. 726 c.p. anche la bestemmia, nella convinzione che la specifica previsione normativa dovesse ritenersi implicitamente abrogata a seguito della

ivi, pp. 577-578; Cass. pen., Sez. III, sent. 6 marzo 1964, n. 818, Zappone *et al.*, massima riportata ivi, p. 579; Cass. pen., Sez. VI, sent. 12 giugno 1969, n. 1407, Gatti, in *Mass. dec. pen.*, 1969, p. 1143; Cass. pen., Sez. VI, sent. 23 ottobre 1969, n. 1923, Cantore, in *Mass. dec. pen.*, 1969, p. 1539; Cass. pen., Sez. VI, sent. 13 dicembre 1969, n. 2418, Valletta, cit.

¹⁰³ V. Cass. pen., Sez. VI, sent. 11 luglio 1968, n. 1125, Spotorno, in *C.E.D. Cass. pen.*, n. 109150. A riprova dell'obsolescenza di tale posizione, può notarsi che, in tempi più recenti, è stata ritenuta espressamente non contrastante con la «pubblica decenza» la condotta di un'avvocata che, nel corso di un colloquio con un detenuto in un istituto penitenziario, indossasse «una minigonna color aragosta che copriva parzialmente i glutei nella parte posteriore, mentre nella parte anteriore si intravedeva uno *slip* di colore nero», oltre a «una maglietta trasparente dalla quale si notava il seno coperto da un reggiseno che lo lasciava intravedere con chiarezza»: così Cass. pen., Sez. III, sent. 30 ottobre 1996, n. 9685, Bertaccini, cit.

¹⁰⁴ V. Cass. pen., Sez. III, sent. 20 gennaio 1969, n. 73, Formenti, in *Giur. it.*, 1970, II, c. 86. V. anche Cass. pen., Sez. VI, sent. 8 marzo 1974, Randazzo, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 46. *Contra* Pret. Palermo, sent. 16 marzo 1972, in *Dir. fam.*, 1972, p. 512.

¹⁰⁵ L'espressione «educazione» compare peraltro nello stesso linguaggio della Cassazione: v. ad es. Cass. pen., Sez. VI, sent. 29 novembre 1977, Bizzarri, cit., p. 530: «Ogni operato contrario alla pubblica decenza è tale quando anche senza investire la sfera sessuale si presenti moralmente e fisicamente contrastante, per ripugnanza, disagio, disgusto o disapprovazione, con le elementari regole della educazione e del sano svolgimento della convivenza civile, secondo il sentimento della popolazione in un determinato momento storico».

¹⁰⁶ V. Cass. pen., Sez. III, sent. 26 maggio 1969, n. 1143, Tumolo, in Cass. pen., 1970, p. 1123: con riferimento alla condotta in questione, la Corte ne predica il contrasto con la pubblica decenza in quanto «[...] l'attività è contraria alle regole e al sentimento di compostezza verso i consociati».

¹⁰⁷ V. Cass. pen., Sez. II, sent. 13 gennaio 1986, Redaelli, cit.; Cass. pen., Sez. III, sent. 25 ottobre 2005, n. 45284, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2061 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 25 marzo 2010, n. 15678, cit.

¹⁰⁸ Pret. Roma, sent. 03 novembre 1993, cit., su cui v. S. PICCININI, *Sulla nozione giurisprudenziale*, cit., spec. cc. 853-854.

¹⁰⁹ Art. 726 c. 2 c.p., che puniva tale condotta con l'ammenda fino a lire centomila.

¹¹⁰ Così Cass. pen., Sez. IV, sent. 03 dicembre 1965, n. 2545, Saletta, in *C.E.D. Cass. pen.*, n. 101572.

revisione del Concordato tra Stato e Chiesa cattolica¹¹¹. La successiva evoluzione pretoria e normativa ha tuttavia smentito questa lettura dell'art. 726 c.p.¹¹², mentre il legislatore ha ritenuto di abrogare il secondo comma di tale disposizione, privando il turpiloquio di una sanzione giuridica¹¹³.

Il tratto comune di tutte le condotte che la giurisprudenza ha ritenuto lesive della «pubblica decenza» sembra essere il sentimento di *disagio* o *fastidio* che comportamenti eterodossi, in quanto posti in essere in contrasto con le norme sociali accettate in un dato periodo storico, possono creare nei presenti. Il che, tuttavia, lascia spazio a problemi di accertamento non dissimili da quelli che si sono incontrati per quanto riguarda l'*oscenità*: come determinare quali sono le regole di condotta cui l'individuo è tenuto in un dato ambiente sociale, tenuto anche conto che le disposizioni incriminatrici non ribadiscono il criterio del «comune sentimento» di cui all'art. 529 c.p.¹¹⁴? Ciò che soprattutto desta preoccupazione è ancora una volta la possibilità che, nell'assenza di parametri oggettivi, lo strumento penale venga utilizzato per reprimere alcune attività, per il solo fatto che queste invise alla maggioranza dei consociati in un dato periodo storico¹¹⁵. Senza contare, poi, la dubbia ragionevolezza del mantenimento di fattispecie criminali volte alla salvaguardia di semplici regole di *bon ton*. Ad avviso di chi scrive sarebbe dunque opportuna, se non obbligata, una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni in materia di «pubblica decenza», in senso analogo a quella fornita dalla Corte con riguardo all'art. 15 l. 47/1948, nella prospettiva dell'individuazione di criteri più sicuri di verifica dei parametri cui ancorare l'oggettività giuridica delle fattispecie in esame. Ancora una volta, sembra che la «dignità della persona umana» possa rappresentare un importante punto di riferimento, legittimando la

¹¹¹ V. Pret. Pietrasanta, sent. 12 giugno 1986, in *Cass. pen.*, 1987, p. 657 ss. Va detto che la bestemmia era originariamente prevista come reato dal Codice penale, all'art. 724 c.p. Poiché tuttavia tale disposizione faceva unicamente riferimento alla bestemmia «contro la Divinità o Simboli o le Persone venerate nella religione dello Stato», la sentenza in parola ne riteneva l'abrogazione per effetto dell'Accordo di revisione del Concordato tra Stato e Chiesa cattolica, avendo tale atto dichiarato non più vigente il principio secondo cui la religione cattolica dovesse ritenersi religione di Stato (art. 1 Protocollo Addizionale all'Accordo di modifica del Concordato, reso esecutivo in Italia con l. 25 marzo 1985, n. 121). Secondo il giudice, tuttavia, ciò non aveva comportato l'irrelevanza penale della condotta di bestemmia, ma ne aveva determinato la sussunzione sotto la previsione di cui all'art. 726 c. 2 c.p., con la differenza che le espressioni oltraggiose, in quanto lesive dei principi della «pubblica decenza», risultavano sanzionate penalmente anche qualora fossero rivolte a Divinità appartenenti a culti diversi da quello cattolico. Si tratta, in sostanza, della medesima soluzione interpretativa che sarà fatta propria dalla Corte costituzionale, prima, e dal legislatore, poi, mediante un *restyling* dell'art. 724 c.p. (e non attraverso la riconduzione della bestemmia nell'alveo dell'art. 726 c. 2 c.p.): sul punto v. immediatamente *infra*.

¹¹² La Corte costituzionale, con sent. 440/1995, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 724 c.p. (ritenuto pertanto non abrogato dall'entrata in vigore dell'Accordo di revisione del Concordato), limitatamente alle parole «o Simboli o le Persone venerate nella religione dello Stato»: la fattispecie, dopo tale intervento, puniva dunque l'invettiva contro la «Divinità», concetto comprensivo delle figure religiose venerate anche da religiose diverse da quella cattolica. Il legislatore, con d.lgs. 507/1999, lasciava intatta la disposizione, nella sua formulazione risultante dall'intervento della Corte, ma depenalizzava la fattispecie, rendendola un illecito amministrativo, qualifica che mantiene tuttora.

¹¹³ L'abrogazione è avvenuta per effetto dell'art. 18, l. 25 giugno 1999, n. 205.

¹¹⁴ Proprio in considerazione dell'assenza di riferimenti al parametro del «comune sentimento», parte della dottrina ha ritenuto che la «pubblica decenza», a differenza dell'«oscenità», sia dotata di «una natura più spiccatamente deontologica, quale è propria delle regole di civiltà e di costumatezza o – per accennare ad un altro campo finitimo – delle regole di educazione»: così R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 42 ss. La stessa dottrina, tuttavia, precisa che la contrarietà alle regole di decoro, alla convenienza sociale ed alla costumatezza, nelle quali si sostanzia la «pubblica decenza», «[...] va naturalmente valutata in rapporto agli ambienti e alle concrete circostanze in cui il comportamento viene realizzato» (p. 43); non si è dunque mancato di notare la contraddittorietà sussistente tra l'affermata natura deontologica ed assoluta delle regole di «pubblica decenza», ed il carattere relativo e contingente dei criteri di accertamento della loro violazione: così G. FIANDACA, *Problemativa dell'osceno*, cit., pp. 26-27.

¹¹⁵ Si pensi al menzionato orientamento secondo cui sarebbe lesivo della «pubblica decenza», e quindi incriminabile ex art. 726 c.p., il comportamento dell'individuo di sesso maschile che indossi abiti femminili, ed adotti analoghe movenze (v. immediatamente *supra*, in questo Capitolo, alla nota 104): se applicato con coerenza (ciò che, per il momento, non pare essersi verificato), esso consentirebbe la repressione di attività quali le parate di *gay pride* (ove è frequente che episodi di travestitismo abbiano luogo in pubblico) con evidente compressione di un diritto costituzionalmente garantito quale la libertà di riunione, per il solo fatto che la maggioranza dei cittadini è infastidita da tali manifestazioni.

sanzione di quelle condotte che generino *disgusto, fastidio e riprovazione* perché lesive di tale valore condivisibile da tutte le componenti della società.

4. *La (scarsa) applicazione giurisprudenziale degli artt. 14 e 15 l. 47/1948.*

Nonostante il ricorso ad un linguaggio alquanto vago e a concetti dalla portata potenzialmente molto lata, quali «sentimento morale», «comune sentimento della morale», «ordine familiare», le fattispecie previste dagli artt. 14 e 15 l. 47/1948 hanno avuto un'applicazione estremamente limitata nella giurisprudenza penale dall'entrata in vigore della legge sulla stampa fino ad oggi¹¹⁶. Il rilievo di queste disposizioni, ed in particolare dell'art. 15, si deve principalmente alla 'riesumazione' che ne è stata fatta agli inizi del nuovo millennio dai giudici ordinari, e che ha fornito alla Corte costituzionale l'occasione per intervenire con l'importante sentenza 293/2000, già esaminata.

L'art. 14 l. 47/1948, come si è visto, estende le pene previste dall'art. 528 c.p. anche alle pubblicazioni destinate all'infanzia ed all'adolescenza, «quando, per la sensibilità e impressionabilità ad essi proprie, siano comunque idonee a offendere il loro sentimento morale od a costituire per essi incitamento alla corruzione, al delitto o al suicidio». Inoltre, il comma 2 del medesimo articolo proibisce le pubblicazioni destinate all'infanzia, quando la narrazione o la descrizione di avventure o vicende poliziesche sia fatta «sistematicamente o ripetutamente, in modo da favorire il disfrenarsi di istinti di violenza e di indisciplina sociale». Tra le scarse precisazioni riguardanti l'oggettività giuridica della fattispecie in questione, in rapporto a quella di cui all'art. 528 c.p., si rinviene l'affermazione che vi sarebbe differenza tra i beni tutelati dalle due disposizioni, posto che l'art. 14 l. 47/1948 punisce anche l'«immoralità», laddove l'art. 528 c.p. colpisce solo il più ristretto campo dell'oscenità¹¹⁷. Secondo la Corte, dunque, ai sensi dell'art. 14 l. 47 sarebbero punibili anche condotte non attinenti alla sfera della sessualità (come peraltro risulta dal testo, laddove fa riferimento all'«incitamento [...] al delitto o al suicidio» e al «disfrenarsi di istinti di violenza e di indisciplina sociale»), ovvero condotte sì riguardanti la sessualità, ma di intensità non tale da raggiungere la qualifica di «oscene»¹¹⁸. Inoltre, si precisa ancora riguardo all'interesse protetto, la tutela della libertà di manifestazione del pensiero, fatto salvo il limite dell'osceno, si distingue in maniera non impalpabile dalla tutela della sensibilità dei minori, che anima invece l'art. 14 della legge sulla stampa¹¹⁹. Proprio in quest'ottica, del resto, la giurisprudenza conferma il maggior rigore da osservarsi da parte dell'interprete nel valutare l'offensività della condotta, nel caso in cui il destinatario della pubblicazione sia un minore¹²⁰.

¹¹⁶ Sulla l. 47/1948, ed in particolare sugli artt. 14 e 15, si vedano, per tutti: P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 232 ss.; A. JANNUZZI-U. FERRANTE, *I reati nella legislazione sulla stampa*, Milano, 1978, p. 231 ss.

¹¹⁷ In termini Cass. pen., Sez. III, sent. 29 ottobre 1953, Ciurleo, in *Giur. it.*, II, 1954, c. 130 ss.

¹¹⁸ Sempre Cass. pen., Sez. III, sent. 29 ottobre 1953, cit.

¹¹⁹ V. Cass. pen., Sez. III, sent. 03 marzo 1978, Martini, in *Cass. pen.*, 1980, p. 934 ss.

¹²⁰ V. Cass. pen., Sez. III, sent. 03 marzo 1978, cit.; e Cass. pen., Sez. III, sent. 30 giugno 1980, Piccato, in *Cass. pen.*, 1981, p. 2121 (solo massima).

Più interessanti, sebbene ugualmente poco frequenti¹²¹, le pronunce aventi ad oggetto l'art. 15 l. 47/1948. Anche in questo caso è stato chiaro fin da subito che l'oggettività giuridica della fattispecie non corrisponde a quella propria delle disposizioni codicistiche in tema di osceno, essendosi precisato che il richiamo all'art. 528 c.p. contenuto nella prima parte della disposizione è da intendersi effettuato soltanto *quoad poenam*¹²². Il «comune sentimento della morale» di cui all'art. 14 l. 47/1948 non coincide, dunque, con il «comune sentimento del pudore» di cui all'art. 529 c.p., avendo il primo un contenuto più ampio e coincidente, secondo le parole della giurisprudenza, con «quel minimo etico che è ritenuto necessario per la sicura e civile convivenza in un determinato momento storico»¹²³, con la precisazione che la disposizione non sanziona qualunque violazione del bene protetto, ma soltanto «un'immoralità particolarmente ripugnante ed alla cui influenza malefica neppure l'individuo meglio preparato saprebbe opporsi»¹²⁴: donde la previsione che la descrizione o illustrazione dei fatti deve essere effettuata «con particolari impressionanti o raccapriccianti».

Anche un rapido esame delle vicende esaminate dalla giurisprudenza conferma del resto l'estraneità delle stesse alla sfera erotica: esse riguardano perlopiù la pubblicazione di immagini cruente o macabre¹²⁵, ovvero di materiali ritenuti dall'accusa tali da esaltare il delitto e la violazione dei principi di civile convivenza¹²⁶. Non vi è accordo, tuttavia, sull'elemento soggettivo del delitto, ed in particolare sul grado di adesione psicologica richiesto all'agente circa i fatti narrati o illustrati, ritenendosi in alcuni casi che sia irrilevante l'approvazione o disapprovazione del soggetto circa

¹²¹ Come rileva A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, cit., p. 2249, nota 15, «I precedenti si contano quasi sulle dita di una mano». Nella giurisprudenza di legittimità infatti si segnalano: Cass. pen., Sez. Un., sent. 15 dicembre 1951, D'Errico, in *Giur. it.*, 1952, II, p. 83 ss.; Cass. pen., Sez. II, sent. 17 aprile 1952, Monicelli e Sardo, in *Giust. pen.*, 1952, II, c. 585 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 3 giugno 1955, Archidiacono, in *Giust. pen.*, 1956, II, c. 72 ss.; Cass. pen., Sez. III, sent. 2 febbraio 1959, Buonanno, in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 1179; Cass. pen., Sez. III, sent. 9 ottobre 1982, Valentini, in *Riv. pen.*, 1983, p. 637 ss.; e Cass. pen., Sez. III, sent. 27 aprile 2001, n. 23356, Corvi *et al.*, in *Riv. pen.*, 2001, p. 730 ss., la quale fa seguito alla sentenza 293/2000 della Corte costituzionale. Leggermente più copiosa la giurisprudenza di merito, all'interno della quale possono ricordarsi: Trib. Milano, 28 gennaio 1950, in *Giust. pen.*, 1950, II, c. 335 ss., con commento di G. SABATINI, *Limiti legali e limiti morali del diritto di cronaca*, *ibid*; Trib. Roma, sent. 27 luglio 1950, in *Foro it.*, 1950, II, c. 143 ss.; App. Roma, sent. 16 gennaio 1951, in *Giur. it.*, 1952, II, c. 18 ss.; App. Roma, sent. 19 gennaio 1951, in *Giur. it.*, 1951, II, c. 197 ss.; Trib. Roma, sent. 17 dicembre 1951, in *Arch. pen.*, 1952, II, p. 439 ss.; App. Roma, sent. 19 giugno 1952, in *Arch. pen.*, 1952, II, p. 550 ss., con commento di P. NUVOLONE, *I limiti della libertà di stampa nell'art. 15 della legge 8 febbraio 1948 n. 47*, *ivi*, p. 555 ss.; App. Roma, sent. 13 marzo 1958, in *Arch. pen.*, 1959, II, p. 166 ss., con commento di F. RAMAJOLI, *Qualche rilievo sulla pubblicazione a contenuto impressionante o raccapricciante e la pubblicazione oscena*, *ivi*, p. 168 ss.; Trib. Milano, sent. 8 febbraio 1967, in *Giur. it.*, 1967, II, p. 388 ss.; Trib. Roma, sent. 3 febbraio 1995, Minerbi *et al.*, in *Dir. inf.*, 1996, p. 43 ss.; Trib. Milano, sent. 10 ottobre 1995, Pennacchioli *et al.*, *ivi*, p. 47 ss.; Trib. Roma, sent. 25 novembre 2003, S. *et al.*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 76 ss.

¹²² Cfr. App. Roma, sent. 19 giugno 1952, cit.; e App. Roma, sent. 13 marzo 1958, cit.

¹²³ Così App. Roma, sent. 13 marzo 1958, cit., p. 168. Cfr. anche Trib. Milano, sent. 8 febbraio 1967, cit., c. 391, ove si fa riferimento a «[...] fatti che escono dalla normalità sociale ed incidono sui principii etico-giuridici sui quali si fonda la convivenza».

¹²⁴ Così App. Roma, sent. 19 giugno 1952, cit., p. 553.

¹²⁵ Così ad es. Trib. Roma, sent. 17 dicembre 1951, cit., e App. Roma, sent. 19 giugno 1952, cit., concernenti la pubblicazione dei corpi dei gerarchi fascisti uccisi durante la Liberazione; Cass. pen., Sez. III, sent. 9 ottobre 1982, cit., relativa alla pubblicazione delle immagini del cadavere dell'on. Moro; Trib. Roma, sent. 3 febbraio 1995, cit.; e Cass. pen., Sez. III, sent. 27 aprile 2001, n. 23356, cit., relative alla pubblicazione delle immagini della vittima di un delitto; Trib. Roma, sent. 25 novembre 2003, cit., riguardante la pubblicazione dei resti delle vittime di un conflitto civile.

¹²⁶ V. ad es. Trib. Milano, sent. 28 gennaio 1950, cit., ove il collegio ritenne l'irrilevanza penale del fatto di aver pubblicato l'intervista ad un famoso bandito, corredata dalle immagini dello stesso, ritratto in pose tipiche; e, di converso, Trib. Milano, sent. 8 febbraio 1956, cit., ove i giudici ritennero contrastante con il «comune sentimento della morale» la pubblicazione di storie a fumetti i cui protagonisti commettono efferati delitti, descritti talora con particolari raccapriccianti, per ottenere vantaggi personali o per puro piacere.

l'oggetto della pubblicazione¹²⁷, ed affermandosi in altri casi che è necessaria una finalità di esaltazione, o quantomeno un compiacimento, dell'agente riguardo allo stesso¹²⁸.

L'idea del «comune sentimento della morale» quale «minimo etico» viene sviluppata dalla Corte costituzionale nella sent. 293/2000 e, per quello che qui interessa, viene recepita dalla Cassazione con la pronuncia che fa seguito alla decisione di rigetto del giudice delle leggi¹²⁹. Anche la Corte di Cassazione, pertanto, accoglie l'idea che il «buon costume» trovi un referente oggettivo, quanto al suo contenuto, nella tutela della dignità della persona umana di cui all'art. 2 Cost., alla luce del quale l'art. 15 della legge sulla stampa va letto¹³⁰.

Successivamente, in quello che risulta essere l'ultimo arresto giurisprudenziale concernente la disposizione in esame, anche il Tribunale di Roma recepisce le indicazioni della Corte costituzionale in tema di «buon costume»: trovandosi a giudicare della rilevanza penale della trasmissione televisiva di un servizio avente ad oggetto le atrocità di un conflitto civile, comprensivo di immagini dei corpi delle vittime delle torture, il collegio escludeva la responsabilità degli imputati sulla base del rilievo che

[...] le immagini per l'intrinseco valore informativo non contrastano con quel complesso di valori spirituali e sociali che, avvertiti come tali dalla comunità con immediatezza di consenso, costituiscono quello che secondo la norma incriminatrice è il comune sentimento della morale pur ponendosi, per le scene di violenza documentale, *ai confini del limite massimo oltre il quale essa travalica l'indispensabile tutela, anche costituzionale, della dignità personale*¹³¹.

Al di là del merito della decisione, ciò che viene in rilievo è il rispetto dello *standard* fissato dal giudice delle leggi e dalla Cassazione per la valutazione del contenuto del «comune sentimento della morale», interesse con cui viene bilanciato, in questo caso, il diritto di cronaca.

Deve dunque prendersi atto che, sia nella lettera della legge che nel diritto vivente, l'art. 15 l. 47/1948 accoglie un concetto di «buon costume» che non ricomprende soltanto le manifestazioni del pensiero attinenti alla sfera sessuale, ma che è piuttosto funzionale alla tutela valori etici

¹²⁷ Così Cass. pen., Sez. III, sent. 09 giugno 1982, cit.: «Per la sussistenza del reato di pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante previsto e punito dall'art. 15 l. 8 febbraio 1948 n. 47 deve ritenersi sufficiente, sul piano oggettivo, l'idoneità delle immagini pubblicate ad offendere il comune sentimento della morale, nel cui concetto non può non essere ricompreso il sentimento della pietà verso i defunti, e sul piano soggettivo, il dolo generico, consistente nella cosciente volontà di pubblicare immagini impressionanti e raccapriccianti recanti in astratto detta idoneità, mentre è irrilevante lo scopo perseguito dall'autore di mantenere viva l'esecrazione e la condanna per il fatto cui le immagini si riferiscono». In senso conforme già Trib. Milano, sent. 03 febbraio 1995, cit.

¹²⁸ Così Trib. Milano, sent. 10 ottobre 1995, cit., p. 49: «Ritiene il Collegio che con l'art. 15 della legge n. 47/1948 il legislatore non abbia voluto vietare in assoluto la pubblicazione di stampati che contengano descrizioni di avvenimenti reali o raccapriccianti ma solo quelle in cui tali particolari siano descritti in modo da poter turbare il comune sentimento della morale, l'ordine familiare o da provocare il diffondersi di suicidi o delitti. L'illecito penale consiste, cioè, in un particolare tipo di narrazione, che, per il modo in cui viene condotta, pone in una luce favorevole determinati fatti contrari all'ordine sociale. Deve dunque trattarsi non di semplice cronaca o fantasia ma di cronaca o fantasia alla quale il narratore presta adesione o comunque compiacimento».

¹²⁹ Si tratta di Cass. pen., Sez. III, sent. 27 aprile 2001, n. 23356, cit.

¹³⁰ V. Cass. pen., Sez. III, sent. 27 aprile 2001, n. 23356, cit., p. 731, ove la Corte ragiona di «[...] concetti che evolvono secondo il costume sociale ma attengono ad un bene giuridico reale, ossia il comune sentimento della morale e della dignità umana tutelata dall'art. 2 della Costituzione che l'esercizio del diritto di cronaca, pur pienamente legittimo in una società democratica e aperta, *deve salvaguardare come valore comune*, non solo per un dovere di deontologia professionale ma – in casi estremi – per un dovere giuridico» (corsivo aggiunto).

¹³¹ Trib. Roma, sent. 25 novembre 2003, cit., pp. 81-82.

riguardanti anche ambiti differenti, ed in particolare quello della *dignità umana* che pervade il testo della Costituzione.

5. «Buon costume» e libertà di culto: le prese di posizione della giurisprudenza penale.

Gli arresti giurisprudenziali riguardanti il «buon costume» come limite alla libertà di culto, secondo il disposto dell'art. 19 Cost., sono estremamente rari, specie se messi a confronto con l'abbondanza di pronunce che riguardano lo stesso concetto nelle sue interazioni con la libertà di manifestazione del pensiero o con altre libertà dell'individuo. Le ragioni di questa circostanza sembrano risiedere nel dato normativo riguardante la libertà religiosa in generale. A livello di fonti primarie, viene in rilievo il citato art. 1 l. 1159/1929, che consente – con previsione che per vero non ha mancato di suscitare dubbi di legittimità costituzionale¹³² – un controllo dello Stato sia sui *principi* delle religioni diverse da quella cattolica, sia sui *culti* che esse seguano, sotto il profilo della conformità di entrambi all'«ordine pubblico» ed al «buon costume». I due profili vanno tenuti distinti.

Per quanto riguarda l'aspetto rituale, non esiste una disposizione che incrimini specificamente l'esercizio di atti di culto contrari al «buon costume»: la repressione di tali comportamenti si affida dunque ad altre norme che puniscono condotte vietate dall'ordinamento. Così, ad esempio, il compimento di un rito orgiastico in pubblico sarà punibile non in quanto esercizio di attività culturale proibita, ma quale atto osceno ex art. 527 c.p. In tutti questi casi l'accertamento della natura rituale dell'atto e della sua contrarietà o meno al «buon costume» potrà tuttavia essere rilevante ai fini dell'applicazione di scriminanti all'operato dell'agente (quali l'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p., o il consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p.). Tale sembra essere, in sostanza, il percorso seguito dalla Cassazione in una recente sentenza riguardante la circoncisione maschile¹³³. In tale pronuncia, la Corte, nel distinguere la pratica della circoncisione c.d. rituale (effettuata cioè per ragioni propriamente religiose, come avviene per le comunità ebraiche) da quella eseguita per «motivazioni che esulano da esigenze religiose e identitarie e affondano le loro radici soltanto in tradizioni culturali ed etniche, assolutamente estranee alla cultura occidentale e non sempre compatibili, sul piano operativo, con la nostra legislazione»¹³⁴, afferma che la valenza religiosa della prima sovrasta quella medica, con la conseguenza che colui che pone in essere tale intervento, anche se non abilitato alla professione medica, non risponde del delitto di esercizio abusivo della stessa ex art. 384 c.p. La condotta del ministro di culto, che potrebbe configurare la fattispecie di lesioni personali, risulta inoltre scriminata dal consenso dell'avente diritto ai sensi dell'art. 50 c.p., validamente prestato dai

¹³² V. F. FINOCCHIARO, *Art. 8*, in AA.Vv., *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Artt. 1-12*, Bologna, 1975, p. 412 ss.

¹³³ Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, in *C.E.D. Cass. pen.*, 251043.

¹³⁴ Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, cit., al § 3.1 della motivazione.

genitori¹³⁵. Tali esimenti non coprono, invece, la circoncisione eseguita per ragioni “etnico-culturali”, lasciando intatta la responsabilità del genitore che vi abbia consentito¹³⁶.

Per quanto qui maggiormente interessa, i giudici di legittimità sostengono che la scelta del legislatore ordinario di consentire la circoncisione rituale, effettuata implicitamente mediante l'approvazione dell'intesa con le Comunità ebraiche, risulta conforme ai principi costituzionali, ed in particolar modo al disposto dell'art. 19 Cost. e ai limiti che esso pone all'esercizio della libertà religiosa¹³⁷. I giudici di legittimità, in questo caso, adottano un concetto ampio del «buon costume» menzionato in tale disposizione: essi escludono infatti che la circoncisione realizzi una violazione dello stesso, posto che l'operazione in esame «non può certo considerarsi una pratica contraria ai principi etici o alla morale sociale e non pregiudica la sfera dell'intimità e della decenza sessuale della persona»¹³⁸. Tale definizione, più estesa di quella fatta propria pochi anni prima dalla giurisprudenza di merito¹³⁹, affranca il «buon costume» dalla sola attinenza alla sfera del “pudore sessuale”, per ricomprendervi anche i «principi etici» e la «morale sociale».

Lo stesso atteggiamento può rinvenirsi nelle pronunce di legittimità che affrontano la questione della libertà di religione *stricto sensu*, come si è verificato nel c.d. caso Scientology¹⁴⁰. In una prima pronuncia¹⁴¹, trovandosi a verificare i criteri di qualificazione di un'organizzazione nei termini di «confessione religiosa», la Cassazione aveva modo di soffermarsi sui limiti che l'attività di un movimento, che pure rientri in tale categoria, incontra nell'ordinamento italiano. Tra questi, ovviamente, figura il «buon costume» di cui all'art. 19 Cost. Accogliendo una definizione dello stesso che ricalca quella fatta propria dalla giurisprudenza civile, la Corte afferma:

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, cit., al § 3.2 della motivazione. L'imputata, madre del neonato cui era stato praticato un intervento di circoncisione con successive complicazioni mediche, era comunque ritenuta non colpevole per carenza dell'elemento soggettivo, ritenendo i giudici che – per le circostanze e qualità personali della stessa, anche in relazione al diverso contesto socio-culturale in cui si trovava inserita – potessero ravvisarsi gli estremi dell'*error iuris* scusabile e, dunque, vi fosse luogo per una pronuncia assolutoria.

¹³⁷ Si legge infatti nella motivazione: «La scelta fatta dal legislatore del 1989 con la legge innanzi richiamata [si tratta della l. 8 marzo 1989, n. 101, n.d.r.] è, peraltro, in linea con diritti presidiati dalla Carta Costituzionale. Il riferimento è all'art. 19 Cost., che riconosce il diritto alla libertà di religione, purchè non vengano compiute pratiche contrarie al buon costume, ipotesi questa da escludere per la circoncisione, che non può certo considerarsi una pratica contraria ai principi etici o alla morale sociale e non pregiudica la sfera dell'intimità e della decenza sessuale della persona» (Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 giugno 2011, n. 43646, cit., al § 3.1 della motivazione). La Corte richiama anche l'art. 30 Cost., affermando che «[n]on superfluo, inoltre, è il riferimento all'art. 30 Cost., che riconosce il diritto-dovere dei genitori di educare i figli e ovviamente l'educazione religiosa rientra in tale parametro costituzionale» (*ibid.*).

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ V. Trib. Padova, sent. 9 novembre 2007: il giudice di merito aveva ritenuto che la circoncisione rappresentasse un atto rituale non contrastante con il limite di cui all'art. 19 Cost. «perché posto in essere con atti che non pregiudicano o violano la sfera dell'intimità e della decenza sessuale della persona». L'impiego della medesima formulazione da parte della Cassazione nella sent. 43646/2011, che pure fa riferimento alla «intimità» ed alla «decentza sessuale della persona», porta a ritenere che i giudici di legittimità abbiano inteso deliberatamente ampliare il concetto di «buon costume» oltre tali confini. La massima della sentenza del Tribunale di Padova è pubblicata in *Giur. merito*, 2008, p. 2586, con nota di V. PLANTAMURA, *Brevi note in tema di circoncisione rituale maschile, esercizio abusivo della professione e lesioni*, *ibid.*

¹⁴⁰ Sul “caso Scientology” e, in generale, sulla posizione di questo movimento nell'ordinamento italiano si vedano per tutti F. FINOCCHIARO, *Scientology nell'ordinamento italiano*, in *Dir. eccl.*, 1995, p. 603 ss.; G. D'ANGELO, *Nuovi movimenti religiosi tra (pretesa) uniformità di qualificazione e (reale) diversificazione dei relativi profili disciplinari: la Chiesa di Scientology nella più significativa giurisprudenza*, in *Dir. eccl.*, 2003, p. 710 ss.; B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, p. 46 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, anche in prospettiva comparata.

¹⁴¹ Cass. pen., Sez. II, sent. 09 febbraio 1995, n. 5838, in *Foro it.*, 1995, II, c. 689 ss., con commento di N. COLAIANNI, *Caso Scientology: associazione religiosa o criminale?*, *ivi*, c. 693 ss.

[...] l'espressione «buon costume», ad avviso di questa Corte, non può essere intesa nel senso penalistico di osceno o contrario alla pubblica decenza, ma in quello più ampio, di attività conforme ai principi etici che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il suo comportamento la generalità delle persone oneste, corrette, di buona fede e di sani principi, in un determinato ambiente ed in una determinata epoca¹⁴².

Ancora più ampia la prospettiva adottata dalla Cassazione in una decisione di poco successiva¹⁴³, nuovamente riguardante il movimento di Scientology. Nel valutare la legittimità di una proposta definitoria del concetto di «confessione religiosa» offerta dal giudice di merito, ed incentrata esclusivamente sulla struttura delle organizzazioni religiose di stampo tradizionale, la Cassazione ne censurava tra l'altro la contrarietà al diritto di professare liberamente la propria fede garantito dagli artt. 19 e 20 Cost., pur nel rispetto del «buon costume», «inteso questo nel senso più ampio, cioè come la risultante dell'osservanza libera od obbligata, di un complesso di leggi, quelle di rilevanza penale in particolare, e in generale di regole di condotta atte ad assicurare la libera e pacifica convivenza»¹⁴⁴. Non si è peraltro mancato di notare come tale lettura rischi di risultare «decisamente troppo ampia e tale da richiamare i contorni del non ammesso limite dell'ordine pubblico»¹⁴⁵. In effetti, la definizione in parola si rivela suscettibile di abbracciare un ventaglio amplissimo di precetti, elevati in tal modo a elementi costitutivi del «buon costume» ed accomunati – pare – dal solo intento di garantire «la libera e pacifica convivenza», tanto che il concetto in parola poco arriverebbe a distinguersi dal rispetto della legge *tout court* (non è forse un compito generale del diritto quello di disciplinare la convivenza degli individui *ne cives ad arma veniant?*).

Al di là del merito delle singole definizioni fornite, deve rilevarsi, in conclusione, che in materia di libertà religiosa la giurisprudenza penale si mostra incline all'espansione della nozione del «buon costume» ben oltre il campo del «pudore sessuale», adottando posizioni molto più vicine, sotto questo aspetto, alla giurisprudenza civile. Ciò che desta perplessità, a nostro avviso, non è tanto l'accoglimento di definizioni più ampie rispetto a quelle cui i giudici ritengono di accedere per quanto riguarda la materia dell'osceno e dell'indecente, quanto piuttosto la totale carenza di motivazioni che accompagna questa scelta interpretativa, talora compiuta nella dichiarata consapevolezza di allontanarsi dall'orientamento «penalistico»¹⁴⁶. Se può forse concepirsi che tali ragioni manchino qualora le differenti prese di posizione provengano da Corti che operano in rami diversi dell'ordinamento (ad es. le sezioni civili e penali della Cassazione), è difficile accettare tale atteggiamento qualora esso provenga da organi operanti nel medesimo settore, come nel caso di specie. Non si comprende, in altre parole, perché il «buon costume» che sta alla base delle

¹⁴² Cass. pen., Sez. II, sent. 09 febbraio 1995, n. 5838, cit., c. 700.

¹⁴³ Cass. pen., Sez. VI, sent. 08 ottobre 1997, n. 9476, in *Dir. eccl.*, 1998, p. 23 ss. (riportata con la data del deposito in cancelleria: 22 ottobre 1997, e con il n. 1329).

¹⁴⁴ Cass. pen., Sez. VI, sent. 08 ottobre 1997, n. 9476, cit., nel *Considerato in diritto*.

¹⁴⁵ Così S. TROILO, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Atti del Convegno internazionale su «Diritti dell'uomo e libertà religiosa» Bergamo, 5-6 ottobre 2007*, a cura di F. Tagliarini, Napoli, 2008, p. 131, nota 117.

¹⁴⁶ Come avviene nella sent. 9838/1995, cit., nella quale – come si è visto – la Cassazione *penale* rifiuta espressamente di intendere la clausola del «buon costume» nel «senso *penalístico*», ed opta per una lettura più estesa.

limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero debba essere inteso come ristretto al «senso penalistico di osceno o contrario alla pubblica decenza», laddove il «buon costume» che sta alla base delle restrizioni alla libertà di culto deve essere interpretato in termini più larghi.

È pur vero che, nel contesto sociale italiano, poco peso hanno avuto finora i timori dei costituenti circa l'affermarsi di movimenti religiosi che promuovessero riti osceni¹⁴⁷ e che, se la clausola del «buon costume» deve avere qualche spazio operativo nell'ambito delle limitazioni alla libertà religiosa, essa non può essere confinata alla sfera dei comportamenti sessuali. Nell'ambito delle manifestazioni di pensiero, inoltre, l'accostamento «buon costume»-«morale sessuale» può dirsi ormai diffuso e consolidato, sia nella giurisprudenza ordinaria che – come meglio si vedrà¹⁴⁸ – in dottrina, laddove tale binomio non gode di altrettanto risalente tradizione per quel che riguarda la libertà di culto¹⁴⁹. Tutto ciò vale forse a comprendere il perché del diverso atteggiamento dei giudici con riguardo alla clausola di cui all'art. 19 Cost., rispetto a quello riservato alla medesima nozione nell'ambito della libertà di espressione, ma non certo a rendere condivisibile una *frammentazione* del concetto di «buon costume», che viene ad assumere un diverso significato a seconda della situazione giuridica con cui viene a contatto, senza che il dato normativo fornisca alcuna indicazione in questo senso.

6. Il «buon costume» nella giurisprudenza civile.

Come anticipato, la giurisprudenza civile si è tradizionalmente attestata su un'interpretazione ampia del concetto di «buon costume», non limitata alla sola sfera della sessualità¹⁵⁰. Peraltro, giacché il Codice civile – e più in generale la legislazione privatistica – impiega direttamente la locuzione «buon costume» nella disciplina delle fattispecie (laddove in materia penalistica essa è più spesso utilizzata per l'individuazione del bene giuridico protetto dalle singole figure di reato, che invece si riferiscono ad altri concetti quali il «pudore», la «pubblica decenza» e così via), non mancano tentativi definitivi ad opera dei giudici, da sempre impegnati nel compito di chiarire i confini operativi dell'istituto. Così, in una pronuncia della Corte di appello di Torino si legge che

Il concetto di buon costume si riporta al minimo etico che la coscienza dell'uomo medio stima indispensabile per l'onesto vivere dei componenti di una società civile e non è necessariamente

¹⁴⁷ V. *supra*, Cap. I, par. 3, per l'analisi dei lavori della Costituente.

¹⁴⁸ V. *infra*, al Capitolo successivo, par. 2, lett. a).

¹⁴⁹ Si è anzi visto, proprio in sede di esame dei lavori preparatori della Costituzione, che i timori del costituente non erano diretti soltanto ai riti che coinvolgevano la sfera sessuale, ma abbracciavano un ventaglio più ampio di fattispecie, con la conseguente e implicita accettazione di una prospettiva più estesa del «buon costume», non limitata alle sole manifestazioni dell'*eros*: v. sempre *supra*, Cap. I, par. 3.

¹⁵⁰ Per una rassegna della giurisprudenza civilistica più risalente in materia si vedano L. GAMBIGLIANI ZOCOLI, *Negozi illeciti per contrarietà al buon costume*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, p. 159 ss. e 248 ss.; nonché E. GAMBINO ET AL., *Rassegna di giurisprudenza*, in E. BERARDUCCI (cur.), *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 263 ss. Per riferimenti più recenti si vedano ad es. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 69 ss.; e G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, 2. *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 459 ss.

legato all'esistenza di una norma scritta, in cui tale minimo etico sia codificato, né al carattere duraturo della norma stessa¹⁵¹.

È della Cassazione la massima secondo cui

Il buon costume, richiamato dal codice civile, si identifica con la media moralità, con ciò che un uomo medio, in un dato momento della sua esistenza, stima necessario all'*honeste vivere*¹⁵².

Ancora nella giurisprudenza di legittimità, si è ritenuto che

Il buon costume, menzionato nell'art. 2035 c.c. ai fini della irripetibilità della prestazione, corrisponde al complesso dei principi di media moralità, indispensabili per la convivenza sociale, ai quali, in una determinata epoca e in un determinato ambiente, informano normalmente la loro condotta le persone che intendono *honeste vivere*¹⁵³.

In tema di contratti, è affermazione risalente, ma costantemente ribadita dalla giurisprudenza sia di merito che di legittimità (e fatta propria anche dalle Sezioni Unite della Cassazione), che

[l]a nozione di negozio immorale o contrario al buon costume comprende non soltanto i negozi contrari alle regole del pudore sessuale e della decenza, ma, più in genere, in contrasto a quei principi etici che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il suo comportamento la generalità delle persone oneste, di buona fede e di sani principi in un determinato ambiente e in una determinata epoca¹⁵⁴

Le fattispecie ricondotte alla violazione dei *boni mores* sono varie e, in effetti, solo alcune hanno a che vedere con la morale sessuale. Rientrano in questa categoria innanzitutto le pronunce che ritengono contrario al «buon costume» il contratto di meretricio ed i negozi connessi con l'attività di prostituzione, tra cui in particolare quello di mandato a dirigere una casa di appuntamenti da parte del titolare della stessa¹⁵⁵, di locazione di immobili per la destinazione degli stessi all'uso di meretricio¹⁵⁶, ma non il contratto di lavoro subordinato da svolgersi all'interno di un

¹⁵¹ Così App. Torino, sent. 01 luglio 1947, in *Foro pad.*, 1947, I, col. 679 ss.

¹⁵² Così Cass. civ., Sez. I, sent. 11 aprile 1949, n. 868, in *Giur. it.*, 1950, I, c. 239 ss.

¹⁵³ Così Cass. civ., sent. 22 maggio 1951, n. 1272, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, p. 144 ss.

¹⁵⁴ Così Cass. civ., Sez. II, sent. 21 marzo 1955, n. 825, in *Giust. civ.*, 1955, I, pp. 1091-1092. *Ex plurimis* si vedano anche, Cass. civ., Sez. I, sent. 15 febbraio 1960, n. 234, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 961 ss.; Cass. civ., Sez. Un., sent. 07 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, p. 2418 ss.; Cass. civ., Sez. III, sent. 18 giugno 1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, c. 181 ss.; in tempi recenti Cass. civ., Sez. III, sent. 21 aprile 2010, n. 9441, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 571.

¹⁵⁵ V. ad es. Cass. civ., Sez. III, sent. 08 luglio 1948, n. 1104, in *Giur. it.*, 1949, I, c. 45 ss. Naturalmente la giurisprudenza in esame ha riguardo alla situazione normativa precedente l'entrata in vigore della l. 75/1958, nella quale la gestione di una casa di tolleranza non rappresentava un'attività vietata dalla legge.

¹⁵⁶ V. *inter alia* Trib. Bologna, sent. 27 maggio 1947, in *Tem. it.*, 1947, p. 466 ss.; App. Bologna, sent. 31 ottobre 1946, in *Foro it.*, 1947, I, c. 217 ss.; Trib. Bologna, sent. 11 luglio 1951, in *Foro pad.*, 1951, I, c. 1012 ss.; Cass. civ., sent. 21 ottobre 1954, n. 3972, in *Rep. Foro it.*, 1954, c. 1525, voce «Locazione», n. 64.

lupanare, qualora il lavoratore svolgesse attività di servizio non collegate direttamente al meretricio¹⁵⁷.

La Cassazione ha chiarito che l'esercizio di prestazioni sessuali a pagamento rappresenta un'attività riprovata dalla società, «in quanto avvertita dalla generalità delle persone come violatrice di quella morale corrente che rifiuta, sulla scorta delle norme etiche che rappresentano il patrimonio della civiltà attuale, il commercio per danaro che una donna faccia del proprio corpo»¹⁵⁸; per tale ragione, il guadagno percepito dalla prostituta non è assimilabile al reddito da lavoro autonomo o dipendente e non è risarcibile il danno per mancato guadagno che subisca il *sex worker* il quale sia reso inabile a tale attività a causa del fatto illecito altrui¹⁵⁹. Di segno opposto, tuttavia, è la recente sentenza della Sezione Tributaria della Cassazione, secondo la quale, in tema di assoggettabilità dei proventi a imposta sul valore aggiunto, l'esercizio della prostituzione va assimilato al reddito da lavoro autonomo, e dunque è assoggettabile all'imposta in questione, qualora sia svolto con carattere di abitudine¹⁶⁰. La pronuncia recepisce le indicazioni emerse nella giurisprudenza comunitaria in tema di meretricio e libertà di prestazione di servizi¹⁶¹, ma – se confermata – dovrebbe a nostro avviso comportare un ripensamento della precedente presa di posizione dei giudici di legittimità: non è infatti accettabile che lo Stato rifiuti di considerare l'attività di prostituzione come attività lavorativa autonoma ai fini del risarcimento del danno al prestatore di servizi ex art. 2043 c.c., adducendo ragioni di contrarietà al «buon costume», ma la qualifichi tale ai fini dell'assoggettabilità al regime impositivo I.V.A., lucrando così sulla stessa. Senza trascurare l'intento della giurisprudenza di non favorire in alcun modo la prostituzione, a cagione soprattutto degli effetti criminogeni ad essa connessi e dello sfruttamento delle stesse *sex workers*, va tuttavia detto che l'applicazione della massima «*pecunia non olet*» alla fattispecie in esame sembra collidere con la necessaria coerenza dell'ordinamento giuridico e con il principio di ragionevolezza nel trattamento di situazioni uguali¹⁶².

¹⁵⁷ Il riconoscimento di un valido rapporto lavorativo rilevava in particolare ai fini del versamento dei contributi lavorativi da parte del datore di lavoro. Si vedano *inter alia* App. Milano, sent. 26 novembre 1945, in *Rep. Foro it.*, 1946, c. 808, voce «Previdenza sociale», nn. 23-25; Cass. civ., Sez. II, sent. 19 aprile 1956, n. 1187, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1474 ss.; App. Torino, sent. 28 giugno 1957, in *Riv. dir. lav.*, 1957, p. 469 ss.; Cass. civ., Sez. III, sent. 20 febbraio 1959, in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 854; Cass. civ., Sez. II, sent. 02 agosto 1969, n. 2913, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2407. Ma v. Cass. civ., Sez. II, sent. 07 maggio 1969, n. 1549, in *Rep. Foro it.*, 1969, c. 1494, voce «Lavoro (rapporto)», n. 163, secondo cui le attività di pulizia dei locali e di lavaggio della biancheria, pur non immorali in sé, divengono illecite per contrasto con il «buon costume» laddove siano connesse in maniera non occasionale con l'esercizio del meretricio nella casa di tolleranza. Per la partecipazione diretta alla gestione dell'impresa, veniva invece considerato illecito il rapporto di lavoro tra il tenentario della casa di tolleranza e la direttrice della stessa: si vedano ad es. Cass. civ., Sez. II, sent. 31 marzo 1958, n. 1110, in *Giust. civ.*, 1958, p. 1310 ss.; App. Firenze, sent. 28 giugno 1958, in *Giur. tosc.*, 1959, p. 259.

¹⁵⁸ Così Cass. civ., Sez. III, sent. 01 agosto 1986, n. 4927, in *Foro it.*, 1987, I, c. 493 ss.

¹⁵⁹ Sempre Cass. civ., Sez. III, sent. 01 agosto 1986, n. 4927, cit.

¹⁶⁰ In questi termini Cass. civ., Sez. Trib., sent. 13 maggio 2011, n. 10578, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 744.

¹⁶¹ Cfr. Corte di giustizia, *Jany ed al. c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-268/99, sent. del 20 novembre 2001, in *Raccolta*, 2001, p. 8657 ss., esaminata *infra*, al Cap. V, par. 6.

¹⁶² Quale ulteriore indizio della mancanza di coerenza giurisprudenziale sulla natura della prostituzione, specie ora alla luce della citata pronuncia della Sezione Tributaria della Cassazione, si consideri Cons. Stato, Sez. VI, sent. 20 luglio 2006, reperibile *on-line* su <http://www.giustizia-amministrativa.it>, secondo cui lo svolgimento di attività di prostituzione – essendo questa un'attività illecita – non poteva soddisfare il requisito previsto dalle leggi vigenti per la permanenza nello Stato italiano, posto che la normativa in materia (ed in particolare gli artt. 4. c. 3 e 5 c. 5 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), condizionano l'ingresso e la permanenza nel territorio italiano alla dimostrazione, da parte dello straniero, di avere «disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno». Tali non erano ritenuti i proventi da attività di meretricio.

Sempre con riguardo alla materia sessuale, è stato ritenuto nullo per invalidità dell'oggetto il contratto di rilegatura di un libro a contenuto pornografico¹⁶³. Nella stessa sentenza, la Cassazione traccia una linea di demarcazione tra una modalità di trattazione della sessualità che risulta lecita in quanto tollerata dalla coscienza sociale ed una modalità illecita, in quanto – per la natura delle condotte descritte – essa incontra la riprovazione della collettività pur nell'attuale momento storico. Si legge in particolare nella sentenza:

[...] L'assunto della ricorrente, invero, secondo la quale la Corte di merito avrebbe qualificato come osceno il contenuto dei libri oggetto del contratto, prescindendo da ciò che, per la legislazione penale in vigore, costituisce il parametro in base al quale valutare l'offesa al pudore, e cioè il comune sentimento di esso, come inteso dalla generalità delle persone nel presente momento storico, non può essere condiviso. Infatti, se è vero che la Corte non si è attardata in analisi e definizioni teoriche sul punto, essa, tuttavia, attraverso la precisa descrizione del contenuto dei libri (riguardante nella pressoché totalità delle pagine, amplessi continui, sodomizzazioni, forme di perversioni sessuali di ogni tipo), e qualificando, con giudizio di fatto insindacabile in questa sede, i comportamenti suddetti, come crudeli, devastanti per la sensibilità dei lettori e frutto di folle immaginazione, ha individuato in tali comportamenti le manifestazioni del sesso che la coscienza sociale disapprova, *indicando nella crudeltà, nella alienazione, nella distruzione di ogni sensibilità, i criteri alla luce dei quali valutare, nel presente momento storico, la sussistenza, in materia sessuale, dell'offesa al comune senso del pudore.*

Quindi, se è vero che attualmente i temi sessuali sono oggetto di libera trattazione, anche a livello di mass-media *ciò può esserlo nei limiti in cui i comportamenti sessuali descritti non sconfinino nell'efferatezza, nell'assoluta irrazionalità, nella totale insensibilità, essendo indubitabile che le manifestazioni della libido, normali o anormali che siano, in tanto sono accettate dalla collettività, in quanto rientrano nei limiti su menzionati.*¹⁶⁴

La contrarietà al «buon costume» non risiede dunque nella natura in sé pornografica della pubblicazione, ma viene significativamente ricondotta alla «crudeltà», alla «alienazione», alla «distruzione di ogni sensibilità» delle condotte rappresentate nella stessa. Si tratta di un distinguo rilevante, giacché sembra superare un'ottica di mera *pruderie* ed un atteggiamento ostile all'oscenità *in sé e per sé*, per concentrarsi sulla contrarietà a valori di civiltà e di rispetto reciproco che *talune* manifestazioni oscene presentano.

In tema di relazioni personali, e benché si tratti di orientamenti giurisprudenziali ormai datati, sono poi stati considerati contrastanti con il «buon costume» i contratti con cui una parte si impegna dietro corrispettivo a far conoscere o avvicinare due soggetti, sempre che il compenso all'agente sia dovuto non per la semplice opera mediatrice, ma sia subordinato alla condizione della celebrazione del matrimonio tra gli stessi (c.d. *prossenetico* matrimoniale)¹⁶⁵. Non

¹⁶³ Cass. civ., Sez. II, sent. 15 dicembre 1994, n. 10779, in *Contratti*, 1996, p. 8 ss., con commento di M.F. NODARI, *Pubblicazioni oscene e contratto di rilegatura, ibid.*

¹⁶⁴ Cass. civ., Sez. II, sent. 15 dicembre 1994, n. 10779, cit., nel *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti).

¹⁶⁵ V. Cass. civ., Sez. I, sent. 30 luglio 1951, n. 2226, in *Foro it.*, 1952, I, c. 27 ss.; Trib. Napoli, sent. 17 aprile 1952, in *Dir. e giur.*, 1952, p. 229 ss.; App. Genova, sent. 11 dicembre 1952, in *Rep. Foro it.*, 1952, c. 1497, voce

contrastante con il «buon costume», invece, è la convivenza *more uxorio*, né di conseguenza possono diventarlo negozi che hanno ad oggetto attribuzioni patrimoniali collegate a tale rapporto personale¹⁶⁶.

Al di fuori della sfera sessuale e delle relazioni sentimentali, l'offesa al «buon costume» è stata rilevata in una serie alquanto eterogenea di fattispecie. Lesivo dei *boni mores* è stato ad esempio ritenuto il gioco d'azzardo, anche quando autorizzato¹⁶⁷, talché il mutuo concesso ai fini della partecipazione ad attività di gioco è stato considerato nullo per illiceità del motivo comune ai due contraenti¹⁶⁸. In altri casi la contrarietà alla «morale sociale» colpisce negozi volti a pregiudicare gli interessi di una delle parti, come nel caso di contratto tra acquirente di immobili di proprietà di un minore e genitore dello stesso, posto in essere in maniera tale da defraudare il minore del prezzo di vendita degli immobili in questione¹⁶⁹, oppure nell'ipotesi di contratto per il conferimento di incarico professionale intercorso tra organi di governo di un'istituzione pubblica ed un membro del consiglio di amministrazione dell'ente, con lesione degli interessi dell'ente stesso¹⁷⁰, ovvero nel caso di negozio che concretizzi comunque un accordo truffaldino ai danni di un terzo¹⁷¹. In altre transazioni ciò che viene sanzionato è il pregiudizio arrecato ad interessi pubblici, come nel caso di contratto a titolo oneroso col quale un candidato si impegni, in occasione di consultazioni elettorali, a far convergere voti su uno degli avversari, nonché a procurargli la rinuncia al mandato da parte di eventuali candidati eletti al suo posto¹⁷². In quest'ultimo caso, peraltro, si coglie la significativa tendenza a considerare i principi costituzionali, ed in specie il principio della sovranità popolare, nel loro aspetto (non solo di precetti giuridici, ma anche) di *valori morali* e di costruire attorno ad essi l'idea di una «*moralità pubblica*»¹⁷³.

Nella giurisprudenza civile non si ripete il dibattito, che tanto ha impegnato i giudici penali in materia di osceno, circa i parametri da cui desumere la contrarietà al «buon costume». I riferimenti alla «media moralità», all'«uomo medio», alla «morale sociale», e simili, sembrerebbero

«Mediazione», n. 50; App. Napoli, sent. 11 settembre 1956, in *Rep. Giust. civ.*, 1957, p. 2408, voce «Obbligazioni e contratti», n. 87.

¹⁶⁶ Cass. civ., Sez. III, sent. 08 giugno 1993, n. 6381, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 1003 (solo mass.).

¹⁶⁷ V. ad es., con specifico riguardo al gioco d'azzardo autorizzato in via amministrativa, Trib. Aosta, sent. 29 aprile 1950, in *Foro it.*, 1950, I, c. 932 ss., con commento di V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Ancora sull'illiceità del giuoco d'azzardo autorizzato*, *ibid.*; App. Genova, sent. 16 febbraio 1951, in *Foro pad.*, 1951, I, c. 363 ss.; Cass. civ., Sez. I, sent. 09 luglio 1953, n. 2205, in *Giust. civ.*, 1953, p. 2435 ss.

¹⁶⁸ V. *inter alia*, oltre alle sentenze citate nella nota precedente, anche Trib. Termini Imerese, sent. 02 ottobre 1945, in *Foro it.*, 1946, I, c. 419 ss.; App. Torino, sent. 15 gennaio 1949, in *Foro pad.*, 1949, I, c. 245 ss.; Cass. civ., Sez. III, sent. 31 maggio 1951, n. 1385, in *Foro it.*, 1952, I, c. 215 ss.; Cass. civ., Sez. I, sent. 17 giugno 1950, n. 1552, in *Foro it.*, 1951, I, c. 185 ss., con commento di U. FRAGOLA, *Riflessione di atti amministrativi sul giuoco d'azzardo ed attività connesse*, *ibid.*

¹⁶⁹ V. Cass. civ., Sez. I, sent. 15 febbraio 1960, cit., p. 961 ss.

¹⁷⁰ V. Cass. civ., Sez. I, sent. 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, 1983, I, c. 691 ss.

¹⁷¹ V. Cass. civ., Sez. II, sent. 21 marzo 1955, n. 825, in *Giust. civ.*, 1955, p. 1089 ss.; più di recente cfr. Cass. civ., Sez. III, sent. 21 aprile 2010, n. 9441, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 571, che considera le finalità corruttive o truffaldine contrarie, oltre che a norme imperative, anche al «buon costume».

¹⁷² V. Trib. Roma, sent. 21 marzo 1968, in *Giur. merito*, 1970, p. 104 ss.; e Cass. civ., Sez. I, sent. 27 maggio 1971, n. 1574, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1883 ss.

¹⁷³ La Cassazione ritiene infatti che il contratto con cui un soggetto disponga del proprio voto contrasti sia con l'«ordine pubblico», siccome viola il principio della libertà di voto ex art. 48 c. 2 Cost., sia con il «buon costume», giacché «Una società democratica, che fonda la sua essenza e la sua giustificazione politico-morale nella sovranità popolare (art. 1, co. 2, Cost.), non può non considerare la regolarità della scelta elettorale, che di quella sovranità è presupposto ed elemento morale condizionante, quale cardine essenziale dell'ordinamento democratico. – *Le convenzioni fondate sulla violazione delle regole di rispetto delle scelte elettorali, di cui si pattuisce l'inosservanza in epoca anteriore alla loro*

forse indicare la piana accettazione di uno *standard* assimilabile a quello che è il criterio «storico-statistico» per l'accertamento del «comune senso del pudore», laddove il frequente richiamo alla «generalità delle persone oneste, di buona fede e di sani principi in un determinato ambiente e in una determinata epoca» potrebbe far pensare all'adozione di una figura di *bonus paterfamilias* che rammenta il paradigma penalistico dell'«uomo normale»¹⁷⁴. Nella pratica, tuttavia, la giurisprudenza non spende parole per chiarire i criteri di selezione delle varie posizioni morali, o per meglio delineare i connotati del modello di agente preso in considerazione, ed i giudici si limitano a recepire quelle che sono (o che ritengono essere) le convinzioni maggiormente diffuse all'interno della società.

Si è visto che, in ambito penalistico, non mancano tentativi di individuazione di correttivi all'accettazione pura e semplice delle opinioni della comunità di fronte a determinati fenomeni, tentativi che sfociano talora nella proposizione di orientamenti giurisprudenziali alternativi (è il caso del criterio «deontologico» e, in certa misura, di quello dell'«uomo normale», ove prevalga la componente prescrittiva dello stesso), talora nella ricerca di referenti oggettivi alla figura del «buon costume» (qualche volta significativamente rinvenuti, come si è messo in evidenza, proprio nel testo costituzionale). All'impulso «dal basso» si affianca cioè spesso un controllo «dall'alto»¹⁷⁵, che invece sembra mancare nell'ambito delle pronunce dei giudici civili¹⁷⁶. Tale atteggiamento della giurisprudenza sembra spiegabile in base ad un duplice ordine di considerazioni.

Da un lato viene in rilievo la diversa funzione del diritto civile rispetto a quello penale. Mentre quest'ultimo ha come scopo la repressione delle condotte illecite, il primo è strumento di disciplina dei rapporti tra privati, per i quali vige il generale principio di autonomia negoziale; in tale ottica, il diritto civile si limita a negare tutela giuridica a quelle transazioni che incontrino la riprovazione dell'ordinamento: in questa prospettiva, come è stato osservato, «[i]l buon costume costituisce soltanto un limite imposto alla libertà dei soggetti nel determinare quel regolamento autonomo per il quale essi chiedono la forza del diritto»¹⁷⁷. Il limite in parola, inoltre, non va ad incidere sulla libertà personale dell'individuo, come avviene qualora quest'ultimo debba affrontare la prospettiva di una sanzione criminale, ma piuttosto sulla sua autonomia negoziale, e dunque

espressione, in corrispettivo di controprestazioni di natura patrimoniale, sono in insanabile contrasto con i canoni fondamentali della pubblica moralità» (Cass. civ., sent. 1574/1971, cit., p. 1887, corsivo nostro).

¹⁷⁴ Per l'analisi del criterio «storico-statistico» e di quello dell'«uomo normale» v. *supra*, in questo stesso Capitolo, al par. 2.

¹⁷⁵ Sulla dicotomia «prospettiva «dal basso»» e «prospettiva «dall'alto»» cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi ed astrattezza della norma*, Milano, 2007, p. 15 ss.

¹⁷⁶ A meno di non ritenere che questo controllo provenga direttamente dalla giurisprudenza, e che sia dunque il giudice stesso il «filtro» delle opinioni diffuse nella società: così ad es. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 69. La tesi non sembra considerare il fatto che, in assenza di parametri predeterminati di carattere oggettivo (o quasi-oggettivo), il giudice non ha alcuno strumento di selezione delle convinzioni etiche che gli sono proposte; per tale ragione egli si trova di fronte all'alternativa, più volte evidenziata nel corso della presente trattazione, di dar voce all'opinione che risulta sostenuta dal gruppo sociale maggioritario, oppure di optare per una diversa opinione, scelta evidentemente in base alle proprie preferenze ovvero a *standards* di giudizio di carattere comunque soggettivo e, dunque, difficilmente controllabili da parte della giurisprudenza successiva. Tale ultima considerazione evidenzia anche i limiti che un «filtro» di matrice puramente pretoria possa incontrare nel porsi come precedente, come invece suggerirebbe la dottrina citata, laddove sostiene che il potenziale pregiudizio che la clausola del «buon costume» recherebbe ai traffici giuridici troverebbe rimedio «nella vischiosità dell'esempio di scuola, e del precedente giurisprudenziale» (R. SACCO-G. DE NOVA, *op. e loc. ult. cit.*).

¹⁷⁷ A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 700, il quale ribadisce: «Lo scopo del diritto nel riferimento al buon costume non è rivolto al perfezionamento morale; abbiamo detto che esso è piuttosto diretto ad evitare che sia data forza all'immoralità» (*ibid.*). Conf. *inter alios* G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 68.

sulla libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., cui la dottrina è alquanto restia ad attribuire la qualifica di diritto fondamentale dello stesso rango rispetto alla libertà ex art. 13 Cost.¹⁷⁸ È plausibile che, in quest'ottica, le esigenze garantiste, cui nell'ambito del diritto penale sono sottesi i principi di legalità, tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie, siano meno avvertite nel diverso ramo del diritto civile, ove l'accertamento dei presupposti per una pronuncia di nullità negoziale può accontentarsi di *standards* meno rigorosi.

Dall'altro lato va detto che, nell'ambito della giurisprudenza civile, la funzione di comparazione dei valori accettati dalla comunità con quelli fatti propri dall'ordinamento, ed in particolare dalla Costituzione, è stata attribuita – più che al «buon costume» – alla clausola dell'«ordine pubblico», qui spogliata del suo connotato puramente «materiale» (come invece si conviene a tale concetto nel settore del diritto penale, dove un'indiscriminata espansione dello stesso può condurre facilmente ad esiti autoritari) ed ampliata fino a ricomprendervi la tutela di precetti «ideali». Più volte infatti la Cassazione ha affermato la presenza di una componente *morale* dell'ordine pubblico, che includerebbe anche i «principi etici fondamentali dell'ordinamento»¹⁷⁹. Non è un caso, e si rivela anzi una prospettiva foriera di interessanti sviluppi, che taluno rilevi una stretta relazione delle due nozioni di «buon costume» ed «ordine pubblico» nel campo civilistico, e che tale rapporto faccia perno sui valori ricavati dal testo della Carta costituzionale.

7. Il fenomeno delle ordinanze anti-prostituzione.

Come si è già illustrato¹⁸⁰, l'art. 54 c. 4 T.U.E.L., nella sua formulazione risultante dalle modifiche introdotte dal d.l. 92/2008, convertito con l. 125/2008 (c.d. «pacchetto sicurezza»), aveva attribuito al sindaco il potere di adottare ordinanze «anche contingibili e urgenti», a tutela della «incolumità pubblica» e della «sicurezza urbana». A specificare cosa dovesse intendersi con le espressioni in parola era intervenuto un decreto ministeriale, il d.m. 5 agosto 2008, il quale aveva tra l'altro chiarito che il potere del sindaco si estendeva alla repressione dei «comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi» (art. 2 c. 1 lett. e, d.m. 5 agosto 2008).

La normativa in esame aveva dato luogo ad un intensificarsi dei provvedimenti sindacali, con emersione di molteplici problematiche che si ponevano immediatamente all'attenzione della

¹⁷⁸ Per un'analisi della problematica relativa alla qualificazione della libertà di iniziativa economica nei termini di «diritto fondamentale», nonché degli orientamenti in merito, si v. ad es. G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 1 ss.

¹⁷⁹ In questi termini si vedano ad es. Cass. civ., Sez. Un., sent. 08 maggio 1976, n. 1609, in *Foro it.*, 1976, I, cc. 1851 ss., con commento di C.M. BARONE, *Carenza di atto formale di nomina dell'impiegato*, ivi, cc. 1851-1852.; Cass. civ., Sez. Lav., sent. 13 agosto 1981, n. 4928, in *Foro it.*, I, 1981, c. 2699 ss.; Cass. civ., Sez. Lav., sent. 15 gennaio 1982, n. 255, in *Foro it.*, 1982, I, c. 693 ss., con nota di F. PARDOLESI; Cass. civ., Sez. Lav., sent. 23 maggio 1987, n. 4681, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2366 ss.

¹⁸⁰ V. *supra*, Cap. I, par. 2.

dottrina e della giurisprudenza¹⁸¹. Tra le questioni in discussione era presente anche quella attinente la legittimità delle c.d. ordinanze anti-prostituzione adottate da molti sindaci sulla base del novellato art. 54 c. 4 T.U.E.L.¹⁸² Va peraltro rilevato che, di recente, una sentenza della Corte costituzionale¹⁸³ interveniva a ridimensionare il potere d'ordinanza dei sindaci, dichiarando l'illegittimità parziale dell'art. 54 c. 4 T.U.E.L., per violazione degli artt. 23 e 97 Cost., nella parte in cui consentiva l'adozione di provvedimenti «anche» contingibili e urgenti e restituendo all'attribuzione in parola il carattere di straordinarietà ed improcrastinabilità che già la connotava prima della novella legislativa del 2008. Ad oggi, dunque, il sindaco mantiene il potere di provvedere alla tutela della «incolumità pubblica» e della «sicurezza urbana» soltanto mediante ordinanze «contingibili e urgenti»¹⁸⁴. Sulla base del così circoscritto potere del sindaco, sono di recente state adottate da diversi Comuni nuove ordinanze anti-prostituzione, questa volta di durata limitata nel tempo¹⁸⁵.

Va ricordato che, nell'ordinamento italiano, la prostituzione non rappresenta un'attività penalmente illecita, purchè svolta da soggetti maggiorenni e consenzienti¹⁸⁶. Benchè la legge civile rifiuti di dare veste legale alle obbligazioni nascenti da un rapporto di meretricio¹⁸⁷, né il Codice penale, né le leggi complementari, ed in particolare la l. 75/1958, hanno introdotto sanzioni giuridiche per l'attività di prostituzione. L'unica disposizione che può venire in rilievo per la materia del meretricio su strada è l'art. 5 della legge Merlin, ai sensi del quale

¹⁸¹ Per un inquadramento della materia si vedano per tutti i contributi contenuti in M. CARRER ET AL., *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana: origini, contenuti, limiti*, a cura di A. Lorenzetti e S. Rossi, Napoli, 2009.

¹⁸² Sul punto v. in particolare M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione per il «buon costume» o scostumatamente anti-Costituzione?*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4024 ss.; A. LORENZETTI, *Il difficile equilibrio fra diritti di libertà e diritto alla sicurezza*, in M. CARRER ET AL., *Le ordinanze sindacali*, cit., p. 194 ss.; M. MAZZARELLA-E. STRADELLA, *Le ordinanze sindacali per la sicurezza urbana in materia di prostituzione*, in *Le Regioni*, 2010, p. 237 ss.; per rilievi generali sul fenomeno si v. CITTALIA – FONDAZIONE ANCI RICERCHE, *Oltre le ordinanze. I sindaci e la sicurezza urbana*, reperibile on-line su <http://www.sicurezzaurbana.anci.it>, p. 22 ss. Va tuttavia ricordato che alcuni sindaci, sulla base della normativa previgente la novellazione del T.U.E.L., avevano già adottato provvedimenti per il contrasto del meretricio su strada, che possono dunque considerarsi ordinanze anti-prostituzione 'di prima generazione': si rammenti ad es. ord. Sindaco di Verona 28 agosto 1998, n. 646, emanata sulla base degli artt. 6 e 7 Codice della strada e ritenuta illegittima per eccesso di potere da Cass. civ., Sez. I, sent. 5 ottobre 2006, n. 21432, in *Arch. giur. della circolazione e dei sinistri*, 2007, p. 529 ss., avendo il provvedimento mirato a sanzionare l'attività sessuale a pagamento, laddove le disposizioni di legge fondano soltanto un potere di tutela della sicurezza stradale. Per una rassegna delle ordinanze adottate invece a seguito della modifica dell'art. 54 c. 4 T.U.E.L. (che possono dunque considerarsi 'di seconda generazione') v. A. LORENZETTI, *op. cit.*, p. 194, nota 7, mentre per l'indicazione di alcune ordinanze più recenti v. subito *infra*.

¹⁸³ Sent. 115/2011, cit. Su tale pronuncia si vedano ad es. M. CARRER, *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte*, reperibile on-line su <http://www.forumcostituzionale.it>, 2011; S. PARISI, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011, ibid.*; P. CERBO, *Principio di legalità e «nuove ed inedite» fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le Regioni*, 2012, p. 215 ss.

¹⁸⁴ Per questa ragione il Consiglio di Stato, in un parere reso su ricorso straordinario al Capo dello Stato, ha ritenuto illegittima l'ord. Sindaco di Sant'Elpidio 13 ottobre 2009, n. 75, in quanto il provvedimento in questione, vietando in via permanente e su tutto il territorio comunale «la fermata ai pedoni e a tutti i veicoli, propedeutica al contatto con soggetti dediti alla prostituzione», difetterebbe del requisito della temporaneità, richiesto a seguito dell'intervento della Corte costituzionale. La pronuncia in questione è Cons. Stato, Sez. I, parere 12 aprile 2012, n. 75, reperibile on-line su <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁸⁵ Tra le più recenti si vedano: Ord. Sindaco di Novara, 23 aprile 2012, n. 288; Ord. Sindaco di Vecchiano, 30 maggio 2012, n. 74; Ord. Sindaco Pisa, 01 giugno 2012, n. 60; Ord. Sindaco di Carrara, 29 giugno 2012, n. 324; Ord. Sindaco di Rimini, 29 giugno 2012; Ord. Sindaco di Bra, 05 luglio 2012, n. 152; Ord. Sindaco di Montesilvano, 06 luglio 2012, n. 218; Ord. Sindaco di Porto Sant'Elpidio, 14 luglio 2012, n. 46.

¹⁸⁶ L'art. 600-bis c. 2 c.p. punisce invece colui che si avvale di prestazioni sessuali di un soggetto di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni in cambio di denaro od altra utilità, ed è attualmente l'unica disposizione penale che incrimina una delle due parti di un rapporto di meretricio.

¹⁸⁷ Il contratto di meretricio è pacificamente considerato da dottrina e giurisprudenza nullo ai sensi del disposto degli artt. 1418 c. 2 e 1343 c.c., in quanto sorretto da una causa contraria al «buon costume» (v. *amplius supra*, in questo stesso Capitolo, al par. 6). Per tale ragione, inoltre, le prestazioni erogate in esecuzione di un negozio di tale sorta risultano irripetibili ex art. 2035 c.c.

Sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire trentamila a centottantamila le persone dell'uno e dell'altro sesso:

- 1) che in luogo pubblico od aperto al pubblico, invitano al libertinaggio in modo scandaloso o molesto;
- 2) che seguono per via le persone, invitandole con atti o parole al libertinaggio.

Le persone colte in contravvenzione alle disposizioni di cui ai nn. 1) e 2), qualora siano in possesso di regolari documenti di identificazione, non possono essere accompagnate all'Ufficio di pubblica sicurezza.

Le persone accompagnate all'Ufficio di pubblica sicurezza per infrazioni alle disposizioni della presente legge non possono essere sottoposte a visita sanitaria

È evidente, tuttavia, che la disposizione in parola non intende colpire né l'*atto* né il *rapporto* di meretricio (del quale, del resto, il legislatore non fa parola, menzionando piuttosto il «libertinaggio»), ma semplicemente l'offesa che condotte di adescamento «scandaloso» o «molesto» recano al pubblico (c. 1) o ad individui determinati (c. 2).

Secondo la lettura che ci pare più corretta e più coerente col dato letterale, l'art. 54 c. 4 T.U.E.L., pur con le specificazioni di cui al d.m. 5 agosto 2008, non ha mutato tale quadro normativo e non ha reso la prostituzione illegale, ma ha più semplicemente attribuito ai sindaci il potere di intervenire sulle manifestazioni *pubbliche* di tale fenomeno, ogni volta in cui queste rappresentino una minaccia (diretta) per gli interessi della «sicurezza urbana» e dell'«incolumità pubblica». Se l'operato delle autorità comunali si fosse mosso entro tali coordinate, le ordinanze anti-prostituzione solleverebbero oggi scarso interesse ai fini della presente trattazione, giacché esse non mirerebbero alla protezione di valori etici, ma semplicemente alla neutralizzazione di situazioni di pericolo per la collettività; in altre parole esse rappresenterebbero un'applicazione pedissequa dell'*harm principle* milliano, e la loro implementazione sarebbe funzionale alla tutela dell'«ordine pubblico materiale»¹⁸⁸, piuttosto che del «buon costume».

L'analisi dei provvedimenti sindacali, anche 'di terza generazione', mostra tuttavia una realtà più complessa ed in parte divergente da tale schema: oltre a preoccupazioni di «incolumità» e «sicurezza pubblica» «in senso stretto» (quali ad esempio il timore che la sosta del 'cliente' per contrattare la prestazione sia pericolosa per la circolazione dei veicoli¹⁸⁹, o che i residui organici lasciati dai *sex workers* siano fonte di contagio¹⁹⁰), emergono spesso da un lato una sorta di presunzione di collegamento tra «immoralità» e «pericolosità pubblica» della condotta, e dall'altro la volontà degli amministratori locali di combattere la prostituzione (non solo in quanto possibile fonte

¹⁸⁸ Per il concetto di «ordine pubblico materiale», contrapposto a quello di «ordine pubblico ideale», si vedano per tutti A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, p. 111 ss.; G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, xxx, Milano, 1980, p. 1057 ss.

¹⁸⁹ V. ad es. ord. Sindaco di Novara, terzo alinea dell'*Atteso che*; ord. Sindaco di Pisa, secondo *Considerato*; ord. Sindaco di Carrara, cit., primo *Considerato*; ord. Sindaco di Bra, primo *Verificato*; ord. Sindaco di Porto Sant'Elpidio, primo *Considerato*.

¹⁹⁰ V. ad es. Ord. Sindaco di Bra, quinto *Considerato*.

di pericolo per la sicurezza pubblica, ma anche) in quanto fenomeno contrastante con i valori professati dalla comunità di riferimento.

Volendo prendere in considerazione i provvedimenti più recenti, tali tendenze si intuiscono chiaramente, ad esempio, nell'ordinanza del Sindaco di Vecchiano, ove si rammenta che il Sindaco

[...] può intervenire per prevenire e contrastare atti e comportamenti tali da compromettere la vivibilità della comunità, creando disagio o allarme nella popolazione, perché idonei a facilitare l'insorgenza di più gravi fenomeni criminosi, *ovvero perché lesivi delle regole sociali o di costume su cui si regge una corretta, ordinata e civile convivenza*¹⁹¹.

In termini analoghi si esprimono altre ordinanze, tra cui quella 'gemella' del Sindaco di Pisa, ove si legge

[...] ha ottenuto la legittimazione ad intervenire per prevenire e contrastare atti e comportamenti tali da compromettere la vivibilità della comunità, creando disagio o allarme nella popolazione perché idonei a facilitare l'insorgenza di più gravi fenomeni criminosi, *ovvero perché lesivi delle regole sociali o di costume su cui si regge una corretta, ordinata e civile convivenza*¹⁹².

Il richiamo alla violazione delle regole «di costume» nei provvedimenti citati riporta la questione nell'alveo della contrarietà ai *boni mores* e, dunque, della problematica oggetto della presente trattazione.

Il collegamento tra *immoralità* e «pericolosità» non rappresenta una novità nel panorama giuridico italiano. Si è visto infatti che era stata proprio la Corte costituzionale, nei primi anni della sua attività, a recepire una nozione ampia di «sicurezza pubblica», intesa non come mera assenza di pericolo per i terzi, ma come «ordinato vivere civile»¹⁹³, ad annoverare il «buon costume» stesso tra i «principi fondamentali della civile convivenza»¹⁹⁴, ed a legittimare la presenza di sanzioni per comportamenti contrastanti con il costume sociale che si traducevano in una violazione dell'interesse in parola¹⁹⁵. Si è visto pure come la Corte, occupandosi della (ora abrogata) normativa del 1956 riguardante le misure di prevenzione, avesse concepito una connessione tra «buon costume» e «pericolosità sociale» tale per cui la violazione del primo poteva divenire indice della seconda¹⁹⁶. Nella parte in cui colpiscono la prostituzione in quanto condotta incompatibile con le «regole sociali o di costume su cui si regge una corretta, ordinata e civile convivenza», le ordinanze in esame

¹⁹¹ Ord. Sindaco di Vecchiano, cit., primo *Considerato* (corsivo aggiunto); si v. anche, nel medesimo provvedimento, il quinto *Considerato*.

¹⁹² Ord. Sindaco di Pisa, cit., primo *Considerato* (corsivo aggiunto); v. anche il quarto *Considerato* dello stesso provvedimento. Tra le altre ordinanze si v., sempre a titolo esemplificativo, ord. Sindaco di Bra, decimo *Considerato*.

¹⁹³ Sent. 2/1956, cit., al n. 5) del *Considerato in diritto*. Sul punto v. *amplius supra*, Cap. II, par. 2.

¹⁹⁴ Sent. 28/1969, cit., nel *Considerato in diritto*.

¹⁹⁵ V. la sent. 2/1956, cit., al n. 5) del *Considerato in diritto*: «[...] i cittadini hanno diritto di non essere turbati ed offesi da manifestazioni immorali, quando queste risultino pregiudizievoli anche alla sanità, indicata nell'art. 16 della Costituzione, o creino situazioni ambientali favorevoli allo sviluppo della delinquenza comune».

¹⁹⁶ V. sent. 23/1964, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*: si rammenta che la Corte definisce il «buon costume» e la «moralità pubblica» di cui all'art. 1 l. 1423/1956 come «quelle norme del costume, proprie della comunità, la cui violazione costituisce un indice di pericolosità sociale».

sembrano porsi nel solco tracciato, sia pur in tempi risalenti, dalla giurisprudenza costituzionale. In questi casi non può parlarsi di *moralismo giuridico puro*, giacchè l'immoralità non rileva in sé, ma solo in quanto indice di un pericolo per la società, e purchè naturalmente il collegamento tra condotta vietata e pericolo pubblico sia (se non dimostrabile) quantomeno verosimile in base a dati empirici, e non rappresenti un comodo schermo per nascondere la semplice disapprovazione di un comportamento sgradito.

Altre ordinanze, invece, sono molto esplicite nel motivare l'intervento sindacale (anche) nei termini di una semplice tutela di valori morali, contro l'attacco portato da comportamenti contrastanti con essi. Si veda ad es. l'ordinanza del Sindaco di Novara, laddove, nella sua parte motiva, statuisce che

[...] il fenomeno della prostituzione su strada trasmette un messaggio pubblico diseducativo perché offre un'immagine alterata delle relazioni umane e di annullamento della dignità umana, ingenerando un senso di disagio e di scadimento dei valori sociali¹⁹⁷;

Quasi negli stessi termini l'ordinanza del Sindaco di Bra, ove si legge:

[...] il fenomeno della prostituzione su strada trasmette un messaggio altamente negativo e diseducativo, perché offre un'immagine alterata delle relazioni personali e di annullamento della dignità e libertà dell'essere umano, che, di conseguenza, ingenera nella collettività un senso di disagio e scadimento dei valori sociali e può incidere sul processo educativo dei minori nella prospettiva delle future relazioni personali¹⁹⁸.

Si vede bene come tale ordine di preoccupazioni esuli quasi interamente (fatto salvo forse l'accento al pregiudizio per il processo educativo dei minori nell'ordinanza da ultimo citata) dall'ambito applicativo della «sicurezza urbana» e della «incolumità pubblica». Per quanto lata possa infatti essere l'interpretazione di tali concetti, non può farsi rientrare in essa la tutela di un valore etico in quanto tale, a prescindere dall'esistenza di profili di danno o pericolo per l'incolumità personale di terzi soggetti o per la «civile convivenza» nel suo complesso. La repressione di un fenomeno in quanto latore di un messaggio «altamente negativo e diseducativo» si basa dunque su un argomento di *pure legal moralism* e, se è vero che, ad oggi, nessun Comune ha fondato interamente la propria normativa anti-prostituzione su ragioni di tutela del «buon costume» – essendo le motivazioni citate sempre affiancate da richiami alla pericolosità del fenomeno della prostituzione – è altrettanto vero che la prospettiva di tutela di determinati principi morali della collettività non è assente nelle ordinanze sindacali e, anzi, sembra aver giocato un ruolo tutt'altro secondario nelle determinazioni degli amministratori locali.

Di tale dato sembra essersi resa conto la (scarsa) giurisprudenza che si è occupata del problema all'indomani dell'adozione delle ordinanze 'di seconda generazione', raggiungendo

¹⁹⁷ Ord. Sindaco di Novara, primo alinea dell'*Atteso che*.

peraltro risultati contrastanti. Le pronunce in questione sono due: una sentenza del T.A.R. Lazio¹⁹⁹ ed un'ordinanza cautelare del T.A.R. Veneto²⁰⁰, adottate peraltro a brevissima distanza di tempo l'una dall'altra.

La prima decisione citata è ovviamente più articolata e perviene al rigetto delle censure mosse dal ricorrente all'ordinanza anti-prostituzione del Sindaco di Roma²⁰¹ e al d.m. 5 agosto 2008. Soffermandosi qui soltanto sui profili di maggiore interesse ai fini dell'indagine in corso, deve notarsi che il collegio giudicante avalla l'adozione di un concetto estremamente lato di «sicurezza urbana» e di «incolumità pubblica» da parte del citato d.m., riconducendo tuttavia – con argomentazione criticabile (e criticata)²⁰² – la scelta di fondo di tale prospettiva alla legge e negando natura di fonte al decreto ministeriale, che si limiterebbe a *precisare*²⁰³ le disposizioni già presenti nell'art. 54 d.lgs. 267/2000. Secondo il Tribunale, pertanto, sarebbe il legislatore stesso ad aver consentito l'ampliamento delle nozioni in parola, fino a farvi rientrare quel «rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale» di cui fa parola l'art. 1 d.m. 5 agosto 2008.

Tale assunto si riflette anche sul ragionamento successivo del collegio, laddove arriva a rigettare le ulteriori censure mosse all'ordinanza impugnata. Di fronte alla critica dell'eccessiva ampiezza di un provvedimento atto a tutelare i *boni mores* dei consociati al di là delle considerazioni attinenti alla loro sicurezza in senso stretto (critica che si sostanzia nell'affermazione del ricorrente secondo cui l'aggettivo «urbano», nella locuzione «sicurezza urbana», deve essere inteso «non certo come urbanità dei cittadini»²⁰⁴), il Tribunale – con discorso convoluto e di non agevole lettura – precisa che l'ambito di intervento dell'autorità locale ex art. 54 T.U.E.L. concerne «[...] anche la stretta correlazione tra fenomeni di degrado civile o sociale o che destano grave allarme, in sé d'ordine globale, e la loro capacità di manifestarsi nel modo più patente o parossistico proprio nelle realtà urbane»²⁰⁵. In quest'ottica, il meretricio viene considerato non solo nella sua dimensione di potenziale pericolosità per la collettività, quale «terminale di una filiera criminale»²⁰⁶, ma anche quale fenomeno riprovato dall'ordinamento, e dalla società in generale, per il suo contrasto con valori condivisi. Si legge infatti nella sentenza:

Foss'anche, però, del tutto libera [ossia non praticata sotto coercizione altrui, n.d.r.], la prostituzione su strada, proprio per il tipo d'offerta che propone, in ogni caso sottrae spazi di vita sociale e civile al resto della collettività, *che in pari libertà d'espressione e di pensiero degli street sex workers, può non dividerne, né accettarne il mercato ed i suoi effetti*. Irrilevante s'appalesa allora il fatto che, da sola, la prostituzione non costituisca reato, *perché, per un verso, essa dà luogo a negozi illeciti per*

¹⁹⁸ Ord. Sindaco di Bra, sesto *Considerato* (corsivi aggiunti).

¹⁹⁹ T.A.R. Lazio, sent. 22 dicembre 2008, n. 12222, reperibile on-line su <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

²⁰⁰ Ord. 8 gennaio 2009, n. 22, reperibile on-line su <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

²⁰¹ Ord. Sindaco di Roma, 16 settembre 2008, n. 242, oggi non più in vigore.

²⁰² V. M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione*, cit., pp. 4027-4028; M. MAZZARELLA-E. STRADELLA, *Le ordinanze sindacali*, cit., p. 253.

²⁰³ Il termine è utilizzato dal Tribunale stesso: v. T.A.R. Lazio, sent. 18 dicembre 2008, cit., al § 5 del *Fatto e diritto*.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

violazione dell'ordine pubblico e del buon costume, donde l'attuale disvalore in sé giuridico dell'attività stessa, anche nei confronti dei relativi consumatori. E per altro verso, già da sola, ossia anche a non considerare gli effetti criminali che l'accompagnano o la inducono, nella sua dimensione attuale essa s'impone alla restante collettività per sua forza non di libera concorrenza ma pervasiva, ossia come uno spazio di mercato del tutto anomalo e che la cittadinanza subisce e sente come degrado della convivenza civile. Non basta allora asserire la libertà sessuale dei due attori principali del mercato della prostituzione, in quanto ciò non tien conto, in modo alquanto semplicistico, anche delle pressioni di terzi sulle relative transazioni e sugli effetti di traboccamento nocivo che tal mercato determina sul contesto sociale. Del pari, se tale libertà, dei singoli e dei gruppi, non è sindacabile dalla legge e men che mai un provvedimento amministrativo, non per ciò solo la prostituzione su strada è comunque libera, come d'altronde non lo è alcun'attività economica che, per la sua natura, tende a spostare, in tutto o in parte, i costi di transazione su soggetti terzi, ossia non interessati od ostili all'acquisizione dell'utilità così scambiata²⁰⁷.

Si coglie nelle parole dei giudici amministrativi la preoccupazione per la *percezione* del fenomeno da parte della comunità di riferimento, a prescindere da un concreto danno o pericolo generato dalla prostituzione in sé. Nonostante i riferimenti (non meglio precisati) al «traboccamento nocivo [...] sul contesto sociale», ai «costi di transazione su soggetti terzi», che farebbero pensare ad un'applicazione del *principio del danno*, ciò che sembra venire in rilievo qui è la disapprovazione sociale della condotta da parte della collettività, da parte di coloro cioè che sono «ostili all'acquisizione dell'utilità» scambiata attraverso il contratto di meretricio. La prostituzione è, nelle parole del T.A.R., un'attività dotata di un «disvalore in sé giuridico», che opera «anche nei confronti dei relativi consumatori» (vale a dire *invito domino*, a prescindere dall'approvazione o disapprovazione dei soggetti coinvolti), e i cui effetti la cittadinanza «subisce e sente come degrado della convivenza civile». Si tratta, a nostro avviso, di argomenti di *legal moralism*.

L'altra faccia della medaglia è costituita, come riconosce il collegio, dai diritti individuali dei partecipanti alle attività in questione, che si palesano come dotati di un rilievo costituzionale²⁰⁸. Il bilanciamento con le esigenze di carattere superindividuale è risolto però a favore di queste ultime, sulla base del richiamo all'art. 41 c. 2 Cost., tenuto conto dunque del limite dell'«utilità sociale», di quello della «sicurezza», della «libertà» e, ancora una volta, di quello della «dignità umana». Rileva infatti il T.A.R.:

Il Collegio è ben consapevole che per il solo fatto dell'esercizio dell'attività, i soggetti in questione non debbano esser né discriminati, né tampoco colpevolizzati, così come non è ammesso reprimere di per sé il relativo fenomeno.

In disparte la possibilità d'un forse più penetrante controllo sulla prostituzione in appartamento o al chiuso – grazie anche alla maggior *réclame* che questa implica –, sfugge però al Collegio perché mai

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.* (corsivi aggiunti).

²⁰⁸ *Ibid.*: «Ora, il Collegio non dura fatica a riconoscere che, di per sé solo e per una probabilità statistica che non si può *a priori* escludere, il fenomeno della prostituzione su strada, ossia lo scambio negoziato tra rapporti sessuali ed una

il mercato dello *street sex* debba imporsi, allo stesso tempo, come libera espressione della sessualità dei singoli e come attività lavorativa, senza soggiacere a qualunque controllo non solo dell’Autorità, ma soprattutto dal “basso”, ossia da parte di quella collettività nel cui ambito poi tale attività si svolge. Non considerano al riguardo i ricorrenti che ritenere la prostituzione su strada come mera attività lavorativa, con ogni evidenza autonoma – ché ogni lucro di terzi su questa s’appalesa penalmente illecita –, resta pur sempre soggetta ai limiti ex art. 41, Il c., Cost., per cui l’iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.

Pur ammettendo, pertanto, che l’attività in sé non può essere repressa, in quanto espressiva della libertà del singolo, la sua manifestazione pubblica dev’essere, nelle parole del collegio, suscettibile di un controllo «dall’alto», vale a dire da parte delle pubbliche autorità, ma anche e soprattutto «dal basso», vale a dire da parte della comunità di riferimento. Ciò traspare nuovamente nel prosieguo della motivazione, ove il Tribunale ribadisce quello che è il rapporto tra gli interessi in conflitto:

Non a caso l’impugnato DM reprime, come illecito amministrativo, più che lo *street sex* in sé, quelle sue pratiche che, specie se non previamente negoziate tra tutti gli attori sociali e *maxime* gli abitanti del territorio in cui v’è il mercato sessuale, alimentano i fattori disgreganti di sicurezza e coesione sociale. Si tratta, per vero, di tutte quelle pratiche che offendono il bene giuridico protetto della pubblica decenza e dell’*honeste vivere* per le loro modalità di manifestazione, o perché limitano l’altrui libertà alla vita serena ed alla libera fruizione di spazi pubblici occupati per il mero tornaconto di chi organizza ed esercita il meretricio. E l’interesse di questi soggetti s’appalesa, già in sé e non solo nella comparazione che ne fanno gli atti impugnati, recessivo rispetto agli altri testé accennati, invece coperti da valori costituzionali (libertà d’esplicazione della personalità, libertà personale, libertà di circolazione, diritto di proprietà, diritti di cittadinanza, ecc.) perlomeno pari, se non addirittura superiori all’esercizio della prostituzione su strada, quand’anche fosse attuata quale mera esplicazione del proprio orientamento sessuale²⁰⁹.

Diversi spunti testuali, tra cui il riferimento all’«*honeste vivere*», alla «vita serena» e ai «fattori disgreganti di [...] coesione sociale», sembrano suggerire ancora una volta che la sanzione della prostituzione su strada non è funzionale soltanto alla prevenzione di un pericolo in senso materiale, si concretizzi esso nell’aumento della criminalità o nell’interferenza con la circolazione stradale, o in altre situazioni della stessa indole. Essa manifesta anche riprovazione morale nei confronti di una condotta percepita come *sbagliata* in quanto contraria a valori morali ed a principi di comportamento (quelle «regole di costume» di cui fanno menzione diverse ordinanze) che la comunità ritiene di particolare importanza²¹⁰. Il «buon costume» fa dunque il suo ingresso, sia pure

remunerazione in denaro o in natura, possa essere un atteggiamento con cui s’esplica la libertà sessuale dei singoli, *sex worker* o cliente che sia».

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Per l’opinione che le ordinanze anti-prostituzione siano sorrette anche da ragioni di *legal moralism* e che la sentenza del T.A.R. avalli tali giustificazioni giuridiche e l’inclusione dei *boni mores* nel concetto di «sicurezza pubblica» cfr. M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione*, cit., *passim*.

senza espressa menzione normativa o giurisprudenziale, tra gli interessi che vengono in gioco nell'ambito della repressione dello *street sex*. Sembra peraltro significativo che, nel fornire indicazioni sull'identità di questi valori, alcune delle ordinanze in parola facciano riferimento, come si è visto, alla «dignità della persona»²¹¹, e che tale concetto sia richiamato anche dalla sentenza in commento, quale limite alla libertà di iniziativa economica ex art. 41 c. 2 Cost., verificandosi così che – anche in questo caso – la tutela della *persona* risulta in qualche modo legata all'idea del «buon costume» quale oggetto di salvaguardia da parte dell'ordinamento.

L'accoglimento di tale prospettiva non deve tuttavia far dimenticare i punti di criticità della disciplina delle ordinanze sindacali, puntualmente rilevate dalla dottrina che si è occupata delle stesse²¹². Alla «sicurezza urbana-incolumità pubblica» (intese in senso stretto, nella loro dimensione materiale e non ideale) e al «buon costume» si contrappongono diritti individuali di rango costituzionale, severamente compressi (quando non compromessi) dalle previsioni sanzionatorie delle ordinanze, rivolte ad un ventaglio ampio e talora non sufficientemente determinato di condotte prodromiche al compimento di atti sessuali a pagamento. I provvedimenti sindacali, in effetti, colpiscono svariati comportamenti, posti in essere sia dagli stessi *sex workers*, sia da coloro che intendono o mostrano di volersi servire delle prestazioni di questi ultimi: si va dalla vera e propria «contrattazione»²¹³, alla «richiesta di informazioni» a coloro che mostrano di offrire attività sessuali a pagamento²¹⁴, alla semplice assunzione di atteggiamenti che possano rivelare la 'professione' del soggetto²¹⁵. Talora le condotte proibite sono semplicemente agevolatrici della prostituzione²¹⁶, senza un coinvolgimento diretto (*rectius*: senza la prova di un coinvolgimento diretto) di chi le pone in essere nell'attività di meretricio, mentre non mancano disposizioni che puniscono la semplice interazione di taluno con i *sex workers*, al di là della

²¹¹ V. le ordinanze dei Sindaci di Novara e Bra, citate *supra*, in questo Capitolo, alla nota 185.

²¹² V. soprattutto M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione*, cit., *passim*; ma anche M. MAZZARELLA-E. STRADELLA, *Le ordinanze sindacali*, cit., pp. 272-273, con riguardo al profilo dell'offensività delle condotte sanzionate dalle ordinanze *de quibus*.

²¹³ La sanzione della «contrattazione», o dell'accordo su prestazioni sessuali a pagamento, è un dato comune a quasi tutte le ordinanze: si v. per tutte ord. Sindaco di Pisa, cit.: «È fatto divieto a chiunque [...] di richiedere informazioni a soggetti che pongano in essere i comportamenti descritti al precedente punto 1) e di concordare con gli stessi l'acquisizione di prestazioni sessuali a pagamento».

²¹⁴ Anche la punizione della «richiesta di informazioni» (locuzione alquanto vaga, che sembrerebbe poter colpire anche la richiesta di informazioni non legate all'attività di meretricio: si pensi al caso dell'arresto del veicolo per chiedere indicazioni stradali) è un dato diffuso tra le ordinanze: si v. per tutte ord. Sindaco di Pisa, cit.: «Dal 1° giugno 2012 al 30 settembre 2012, su tutto il territorio comunale, nell'area pubblica via e su tutte le aree soggette a pubblico passaggio con particolare riferimento alla SS1 "Aurelia", è vietato a chiunque contrattare, concordare prestazioni sessuali a pagamento, ovvero intrattenersi, anche dichiaratamente solo per chiedere informazioni, con soggetti che esercitano l'attività di meretricio su strada o che per l'atteggiamento, ovvero per l'abbigliamento, ovvero per le modalità comportamentali manifestano comunque l'intenzione di esercitare l'attività consistente in prestazioni sessuali».

²¹⁵ V. ad es. ord. Sindaco di Pisa, cit., ove si legge: «E' fatto altresì divieto assumere atteggiamenti, modalità comportamentali, indossare abbigliamento che manifestino inequivocabilmente l'intenzione di adescare o esercitare l'attività di meretricio e tali da offendere la pubblica decenza e il decoro della città». Nel momento in cui tali ordinanze sanzionano l'«adescamento», o condotte similari, si pone ovviamente il problema del concorso delle previsioni in questione con l'illecito amministrativo di cui all'art. 5 l. 75/1958, che – come si è visto – punisce condotte di «invito al libertinaggio»; nonché, nella parte in cui si riferiscono a condotte che offendono la «pubblica decenza», con la contravvenzione di cui all'art. 726 c.p., che punisce gli «atti contrari alla pubblica decenza».

²¹⁶ V. ad es. ord. Sindaco di Bra, cit., al n. 3: «È vietato offrire passaggi, far salire e/o scendere i soggetti di cui al punto 1 dal veicolo che si conduce». La disposizione punisce una condotta in sé neutra, posto che offrire passaggi in automobile ad uno *street worker* non necessariamente è indice della volontà di avvalersi dei servizi di quest'ultimo, potendosi dare il caso di un passaggio offerto per semplice cortesia o amicizia. Per la fattispecie in esame, come del resto per ogni condotta agevolativa del meretricio, si pone peraltro il problema del concorso con la fattispecie di cui all'art. 3 c. 1 n. 8 l. 75/1958 (sfruttamento della prostituzione), posto che l'ordinanza sindacale sanziona in via amministrativa una condotta che già è prevista come reato nell'ordinamento.

richiesta di informazioni o di attività di contrattazione dei servizi di questi ultimi²¹⁷. Sono poi colpite le condotte di guida di un veicolo, tenute nei pressi delle zone frequentate da esercenti la prostituzione, ritenute pericolose per i beni protetti²¹⁸.

Le previsioni sanzionatrici di tutti i comportamenti in questione sono suscettibili di incidere su diritti individuali dotati di copertura costituzionale²¹⁹, tra cui vanno menzionati, oltre alla libertà sessuale ed alla libertà di iniziativa economica, anche la libertà di circolazione ex art. 16 Cost.²²⁰ e la libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost.²²¹ Oltre ad un vaglio circa il rispetto delle riserve di legge costituzionalmente previste a salvaguardia di tali diritti²²², si impone anche un'operazione di bilanciamento tra gli interessi pubblici tutelati mediante i provvedimenti sindacali e le situazioni giuridiche soggettive in questione: bilanciamento che nella sentenza del T.A.R. Lazio è risolto alquanto sbrigativamente a favore dei primi²²³. Più attenta invece la posizione del T.A.R. Veneto, che accoglie una domanda cautelare avverso l'ordinanza del Sindaco di Verona²²⁴, ritenendo sussistenti il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, consistente in particolare «nell'incisione di diritti e libertà individuali non suscettibili di successivo ristoro»²²⁵. Quanto al primo requisito, in particolare, il Tribunale rammenta come i poteri di ordinanza del Sindaco siano attribuiti dalla legge in funzione della sola tutela della «sicurezza urbana»: non appare pertanto legittima – pure ad un sommario esame – la sanzione di condotte che, pur legate al fenomeno della prostituzione, non siano chiaramente riconducibili alla salvaguardia degli interessi di cui fa

²¹⁷ V. ancora l'ord. Sindaco di Bra, cit., al n. 3: «È vietato offrire passaggi, far salire e/o scendere i soggetti di cui al punto 1 dal veicolo che si conduce». La sanzione non è riservata ai conducenti di autovetture, giacché, nel medesimo capoverso si stabilisce che «La violazione si configura anche a carico di coloro che, a piedi, nei luoghi e nelle circostanze sopra indicati, contrattano o concordano prestazioni sessuali a pagamento o semplicemente si intrattengono con i soggetti che esercitano l'attività di prostituzione». Non può non rilevarsi l'assoluta irragionevolezza di una disposizione che punisce il semplice «stare in compagnia» dello *street worker*, in assenza di qualsivoglia indice di agevolazione dell'attività di quest'ultimo e, dunque, della cooperazione dell'agente alla lesione degli interessi protetti. Per quanto possa essere difficile la prova concreta che l'individuo si stia intrattenendo con colui o colei che esercita il meretricio esclusivamente al fine di concordare o contrattare prestazioni sessuali (e non, ad esempio, per amicizia o per semplice volontà di dialogare), la previsione provvedimento rende di fatto il *sex worker* un soggetto «inavvicinabile», contribuendo non solo ad esacerbare lo stigma sociale associato all'esercizio della prostituzione, ma verosimilmente anche ad aumentare l'emarginazione sociale di coloro che tale attività svolgono (cfr. sul punto M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione*, cit., p. 4036, che paventa per tale ragione il pubblico isolamento degli esercenti il meretricio, «come se si trattasse di "apestati"»). Per una critica alle disposizioni delle ordinanze anti-prostituzione concernenti i pedoni si vedano comunque M. MAZZARELLA-E. STRADELLA, *Le ordinanze sindacali*, cit., pp. 244-245.

²¹⁸ Oltre alle «brusche frenate», ai «rallentamenti improvvisi», alle «manovre di arresto e/o fermata» (v. ad es. ord. Sindaco di Carrara, cit.), è talora punito anche l'«intralcio» alla circolazione (v. ad es. ord. Sindaco di Rimini, cit.), ovvero il «procedere alla guida del veicolo a passo d'uomo, invece di regolare la velocità» (così ord. Sindaco di Bra, cit.; e ord. Sindaco di Carrara, cit.). Anche in questo caso può configurarsi un concorso con l'illecito amministrativo previsto dall'art. 141 c. 6 del Codice della strada, ai sensi del quale «Il conducente non deve circolare a velocità talmente ridotta da costituire intralcio o pericolo per il normale flusso della circolazione».

²¹⁹ Cfr. M. MAZZARELLA-E. STRADELLA, *Le ordinanze sindacali*, cit., p. 272, ove si rileva che, nonostante nelle ordinanze le sanzioni siano ricollegate espressamente alla tutela della «sicurezza urbana», «[...] diverse ordinanze vanno ad incidere direttamente sui diritti costituzionalmente garantiti, mostrando con tutta evidenza il "volto penale" che nelle motivazioni i relativi provvedimenti tentano di celare».

²²⁰ V. M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione*, cit., p. 4038 ss.; A. LORENZETTI, *Il difficile equilibrio*, cit., p. 199.

²²¹ V. M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione*, cit., p. 4036 ss.; A. LORENZETTI, *Il difficile equilibrio*, cit., p. 198.

²²² Cfr. sul punto la sent. 115/2011, cit.

²²³ Ritengono che il bilanciamento sia stato risolto «sbrigativamente» dal T.A.R., in particolare per quanto riguarda il profilo di cui all'art. 41 c. 2 Cost., M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione*, cit. p. 4039; ed A. LORENZETTI, *Il difficile equilibrio*, cit., p. 199, che utilizza il medesimo avverbio.

²²⁴ Ord. Sindaco di Verona, 02 agosto 2008, n. 81 (oggi non più vigente).

²²⁵ Ord. 22/2009, cit., penultimo cpv.

menzione il T.U.E.L.²²⁶, non essendo nel nostro ordinamento punito (e punibile) il meretricio in quanto tale²²⁷.

La pronuncia del T.A.R. Veneto non afferma, a ben vedere, l'inammissibilità della repressione della prostituzione di strada ad opera delle ordinanze sindacali *tout court*, ma circoscrive la legittimità delle sanzioni a quei comportamenti che, legati al fenomeno del meretricio, presentino *anche* aspetti di contrasto con la «sicurezza urbana», che rappresenta l'interesse tutelato dalla norma attributiva del potere dei sindaci. Da ciò il collegio desume l'illegittimità delle previsioni provvedimentali che vietano condotte 'neutre' in quanto solo presuntivamente riconducibili alla fattispecie della prostituzione su strada e, per tale ragione, non sicuramente lesive del bene della «sicurezza urbana». Il vero *punctum crucis*, tuttavia, rimane l'ampiezza operativa di tale concetto, che il collegio non sembra voler mettere in discussione, richiamando anzi espressamente (ed in maniera discutibile, trattandosi di atto successivo all'adozione dell'ordinanza sindacale)²²⁸ la definizione fornita dal d.m. 5 agosto 2008 ed i parametri indicati da quest'ultimo per accertarne la violazione.

Orbene, in disparte le censure mosse da più parti alle ordinanze per violazione del principio di legalità²²⁹, va detto che, se si ritiene – come pare corretto e come meglio si vedrà nell'ultima parte della presente trattazione – che il «buon costume» sia un bene di rilievo costituzionale e che possa, a determinate condizioni, fungere da contrappeso alle libertà individuali, esso dovrebbe essere fatto oggetto di tutela *expressis verbis* da parte del legislatore, e non 'contrabbandato' quale parte integrante di altri interessi («sicurezza urbana», «incolumità pubblica», «sanità pubblica», e così via), risultando tale operazione inammissibile, specie se ad operare l'ampliamento di tali interessi fino a ricomprendervi il «buon costume» non sia la legge, bensì un atto di rango sublegislativo quale un decreto ministeriale, come nel caso in esame.

Ancora, la copertura costituzionale delle situazioni giuririche soggettive che vengono in rilievo nel caso di conflitto tra «buon costume» e diritti individuali impone che il bilanciamento tra gli interessi in gioco sia effettuato dalla legge, e non demandato ad un provvedimento amministrativo, sia pure *sui generis* quale l'ordinanza sindacale. Del resto, l'inammissibilità di una protezione del «buon costume» ad opera dei provvedimenti di cui all'art. 4 c. 4 T.U.E.L. sembra risultare ancora più evidente dopo la sent. 115/2011 della Corte costituzionale, che ha espunto dall'ordinamento la

²²⁶ V. ord. 22/2009, cit., quinto cpv.: «[...] parimenti fondata appare altresì la censura con la quale parte ricorrente lamenta che sono vietate su tutto il territorio comunale senza limiti e sono conseguentemente suscettibili di sanzione, anche condotte che, descritte in modo approssimativo e generico, possono risultare in concreto non lesive di interessi riconducibili alla sicurezza urbana in quanto non dirette in modo non equivoco all'esercizio dell'attività riguardante le prestazioni sessuali a pagamento, quali «l'intrattenersi anche dichiaratamente solo per chiedere informazioni, con soggetti che esercitano l'attività di meretricio su strada o che per l'atteggiamento, ovvero per l'abbigliamento ovvero per le modalità comportamentali manifestano comunque l'intenzione di esercitare l'attività consistente in prestazioni sessuali».

²²⁷ V. ord. 22/2009, cit., terzo e quarto cpv.: «Considerato [...] che infatti l'ordinamento vigente non consente la repressione di per sé dell'esercizio dell'attività riguardante le prestazioni sessuali a pagamento prescindendo dalla rilevanza che tale attività possa assumere sotto altri profili, autonomamente sanzionabili, per le modalità con cui è svolta o per la concreta lesione di interessi riconducibili alla sicurezza urbana; – che tale conclusione appare avvalorata anche dall'art. 2, primo comma, lett. e), del decreto ministeriale 5 agosto 2008, il quale ricollega espressamente l'esercizio dei poteri del Sindaco a comportamenti che, per le modalità con cui si manifestano, possono offendere la pubblica decenza, il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione dei medesimi».

²²⁸ Si ricorda infatti che l'ordinanza del sindaco di Verona precedeva di una settimana l'emanazione del d.m. 05 agosto 2008.

figura delle ordinanze sindacali “ordinarie” e lasciato spazio ai soli provvedimenti “contingibili ed urgenti”. Posto infatti che l’erosione del patrimonio etico di una comunità ad opera di comportamenti percepiti come immorali è un processo lungo e dall’esito tutt’altro che scontato, sul quale incidono numerosissimi fattori, può legittimamente dubitarsi, a nostro avviso, che la tutela dei valori morali di una comunità riesca a raggiungere quel grado di improcrastinabilità che legittimerebbe il sindaco all’adozione di un’ordinanza “contingibile ed urgente”.

8. Le pronunce delle Commissioni per la revisione cinematografica.

Un settore nel quale la problematica del «buon costume» è stata particolarmente avvertita, specie in passato, è quello della c.d. censura cinematografica²³⁰. Come si è visto, la normativa attualmente vigente è contenuta nella l. 161/1962 e nel relativo regolamento di attuazione (d.P.R. 11 novembre 1963, n. 2029) i quali contemplano un sistema di controllo preventivo di carattere amministrativo, operato da Commissioni (denominate «Commissioni per la revisione cinematografica», ma meglio – o peggio – note nella letteratura come «Commissioni di censura») attive presso il Ministero del turismo e dello spettacolo²³¹. Le Commissioni operano sia in primo grado che in appello²³² ed i loro pareri sono vincolanti per l’Amministrazione (Ministero del turismo e dello spettacolo), che provvede di conseguenza (artt. 6 e 7 l. 161/1962). I provvedimenti amministrativi adottati all’esito del procedimento in questione sono impugnabili di fronte al giudice amministrativo, il quale, in questa materia, ha giurisdizione di merito.

Ai sensi dell’art. 6 c. 1 l. 161/1962, la Commissione di revisione investita dell’esame di un film può dare parere contrario alla proiezione in pubblico dello stesso «esclusivamente ove ravvisi nel film, sia nel complesso, sia in singole scene o sequenze, offesa al buon costume». Il comma successivo stabilisce che «[i]l riferimento al buon costume contenuto nel primo comma s’intende fatto ai sensi dell’articolo 21 della Costituzione», precisazione che è stata giustamente ritenuta «di

²²⁹ Cfr. M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione*, cit., p. 4030 ss.; M. MAZZARELLA-E. STRADELLA, *Le ordinanze sindacali*, cit., pp. 256 e 260 ss..

²³⁰ Sulla censura cinematografica si vedano almeno S. FOIS, *Censura*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 718 ss.; P. BARILE, *Costituzione, censura, cinematografia e autorità giudiziaria*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, p. 63 ss., e ID., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 99 ss.; U. DE SIERVO, *Gli attuali problemi relativi alla prevenzione e repressione degli spettacoli cinematografici contrari al buon costume*, in *Intervento pubblico e libertà di espressione nel cinema, nel teatro e nelle attività musicali*, Quaderni dell’I.S.L.E., Milano, 1974, p. 273 ss.; A. FRAGOLA, *Cinematografia*, in *Nss. Dig. It.*, Aggiornamento, Torino, 1980, p. 1177 ss.; R. VIRGILIO, *La censura cinematografica: libertà dello spettatore, tutela dei minori e censura economica*, in *Aedon*, 1/2000, reperibile online su <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2000/1/vir.htm>; R. ZACCARIA, *Cinematografi e cinematografia. II) Censura cinematografica*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 2003, p. 1 ss.; D. LOPRIENO, *Libertà dell’arte vs. libertà religiosa: il caso della censura cinematografica*, in *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, a cura di N. Fiorita e D. Loprieno, Firenze, 2009, p. 109 ss.; P. SAMMARCO, *La disciplina della censura cinematografica*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 423 ss.

²³¹ La composizione delle sezioni delle Commissioni è stabilita dall’art. 2 c. 2 l. 161/1962, ai sensi del quale «Ciascuna sezione è composta da un docente di diritto, in servizio o in quiescenza, che la presiede, da un docente di psicologia dell’età evolutiva o da un docente di pedagogia con particolare competenza nei problemi della comunicazione sociale, in servizio o in quiescenza, da due esperti di cultura cinematografica scelti tra critici, studiosi ed autori, da due rappresentanti dei genitori designati dalle associazioni maggiormente rappresentative, da due rappresentanti designati dalle categorie di settore maggiormente rappresentative, nonché, per il solo esame delle produzioni che utilizzano in qualunque modo gli animali, da un esperto designato dalle associazioni per la protezione degli animali maggiormente rappresentative». I componenti delle Commissioni sono nominati con decreto del Ministro del turismo e dello spettacolo e durano in carica due anni (art. 2 c. 3 l. 161/1962).

²³² Ai sensi dell’art. 3 l. 161/1962, la c.d. Commissione di secondo grado è composta da due sezioni delle Commissioni di primo grado, diverse da quella che ha adottato il provvedimento impugnato.

comodo» dalla dottrina²³³, ed in grado di dar vita ad un «circolo vizioso»²³⁴, essendo i contorni del concetto richiamato tutt'altro che autoevidenti.

Va anche notato che, dalla lettera della legge, parrebbe desumersi che, riguardo alla proiezione in pubblico, l'alternativa sia secca: o la Commissione lo concede, ovvero lo nega motivando il proprio parere. L'art. 8 c. 8 del d.P.R. 2029/1963, tuttavia, stabilisce che «La Commissione può sospendere l'espressione del parere invitando il richiedente a sopprimere o a modificare singole scene o sequenze o battute»: ciò ha dato vita alla c.d. censura parziale ed al meccanismo dei 'tagli', mediante il quale la Commissione indica all'interessato quali parti della pellicola debbono essere rimosse o modificate affinché il film possa ottenere il parere favorevole dell'organo di revisione²³⁵.

L'art. 5 c. 1 l. 161/1962 prevede poi che la Commissione stabilisca se alla proiezione del film in pubblico possono assistere i minori di 18 anni o di 14 anni, «in relazione alla particolare sensibilità dell'età evolutiva ed alle esigenze della [loro] tutela morale». La disposizione in questione non è tuttavia diretta alla tutela del «buon costume» in quanto tale, ma ha di mira il diverso – pur se contiguo – interesse della protezione del minore, come conferma la lettura dell'art. 9 d.P.R. 2029/1963, attuativo della l. 161/1962 sul punto, ai sensi del quale

Debbono ritenersi in ogni caso vietate ai minori le opere cinematografiche e teatrali che, *pur non costituendo offesa al buon costume ai sensi dell'art. 6 della legge:*

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 suggestiva²³⁶.

Pare dunque doversi concentrare l'attenzione, ai fini della presente indagine, sull'art. 6 l. 161, e sul (meno frequente) diniego totale del nulla osta, piuttosto che sul divieto di ammissione dei minori alla proiezione. Va peraltro subito precisato che l'esame delle decisioni delle Commissioni di revisione non esaurisce tutte le problematiche concernenti la messa in circolazione dei film, posto che – com'è noto – nell'ordinamento italiano, al controllo preventivo da parte degli organi amministrativi (che, proprio per il suo carattere anteriore alla pubblicazione del materiale

²³³ V. G. MOSCON, *Il concetto di «buon costume» secondo la commissione di revisione cinematografica a proposito del film «L'Ape Regina»*, in *Dem. dir.*, 1963, p. 121.

²³⁴ V. R. ZACCARIA, *Cinematografi*, cit., p. 2; utilizza la stessa terminologia D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte*, cit., p. 129. Come nota F. RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, pp. 352-353 (riportato anche da R. ZACCARIA, *op. e loc. ult. cit.*), il meccanismo della censura parziale col tempo ha dato vita ad una vera e propria «contrattazione sui tagli e le modifiche», la quale sovente «ha sfiorato il limite del grottesco, con soppressione di singole parole o di singoli fotogrammi».

²³⁵ V. R. VIRGILIO, *La censura cinematografica*, cit., par. 4.

²³⁶ Cfr. sul punto U. DE SIERVO, *Gli attuali problemi*, cit., pp. 296-297, che desume dall'inciso evidenziato «l'estraneità di tutti questi comportamenti dalla nozione di spettacolo contrario al buon costume».

esaminato, può prendere il nome di «censura» in senso stretto)²³⁷ si affianca il vaglio, di tipo repressivo, effettuato dalla magistratura ordinaria con riferimento alle fattispecie penali previste dalla legislazione vigente. I rapporti tra i due meccanismi, preventivo e repressivo, non è stato mai idilliaco²³⁸ e, nella pratica, si è verificato spesso che le valutazioni degli organi addetti all'una o all'altra forma di controllo non coincidessero, talchè un film cui era stato attribuito il nulla osta su parere delle Commissioni di revisione si è poi imbattuto in provvedimenti giudiziari di sequestro ed i suoi distributori hanno dovuto affrontare un processo penale per violazione dell'art. 528 c.p.²³⁹, o delle fattispecie a tutela del sentimento religioso²⁴⁰. Poiché gli orientamenti della giurisprudenza ordinaria penale sono già stati esaminati (le pronunce di interesse riguardando la materia dell'osceno, e dunque valgono le considerazioni da noi svolte in precedenza, mentre la protezione della religione rimane al di fuori dei confini del «buon costume», essendo focalizzata su un interesse differente), ci si concentrerà in questa sede – seppur brevemente – sui *dicta* dei revisori amministrativi.

Il concetto di «buon costume» che si può ricavare dall'esame della 'giurisprudenza' delle Commissioni di censura è tutt'altro che chiaro e ben definito. La dottrina ha rilevato l'attestazione degli organi di revisione cinematografica su una lettura del «buon costume» sostanzialmente coincidente con il solo «pudore sessuale»²⁴¹, e le (rare) rilevazioni statistiche²⁴² mostrano in effetti una netta prevalenza degli interventi censori per ragioni legate alla natura erotica del materiale esaminato, piuttosto che per altri motivi (ad es. per la violenza delle scene rappresentate nelle

²³⁷ Secondo la ricostruzione pacifica della dottrina, elemento essenziale della *censura*, rispetto ad altre forme di controllo, è il suo carattere *preventivo* rispetto alla diffusione di una manifestazione di pensiero. Secondo un'autorevole opinione, poi, la censura si differenzerebbe dall'*autorizzazione* in quanto quest'ultima avrebbe ad oggetto «le attività connesse all'uso dei mezzi di diffusione», laddove la prima avrebbe ad oggetto «il prodotto di tale attività»: così S. FOIS, *Censura*, cit., p. 721, il quale conclude affermando dunque che «[l]a definizione di censura nel suo significato costituzionalmente rilevante sembra dunque che possa essere estesa fino a comprendere ogni "provvedimento cautelare" (disposto cioè prima della pronuncia del giudice sulla sussistenza della violazione del limite imposto al diritto) e capace di vietare, in tutto o in parte, l'esercizio del diritto di usare di un dato mezzo di diffusione del pensiero in considerazione, diretta o indiretta, del contenuto di questo».

²³⁸ La dottrina ha a lungo dibattuto sui rapporti tra prevenzione e repressione in materia penale: si vedano, a titolo esemplificativo, i numerosi contributi contenuti in *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.; nonché in G. BETTIOL ET AL., *Legge penale e libertà di pensiero: Convegno di diritto penale, Bressanone, 1965*, Padova, 1966. V. anche l'inquadramento della problematica effettuato da G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 158 ss.

²³⁹ Gli esempi sono numerosi: si rammenti ad es. il famoso caso del film *Ultimo tango a Parigi* di Bernardo Bertolucci, ammesso alla proiezione con divieto di visione ai minori di 18 anni dai revisori, ma sequestrato dalla magistratura ordinaria per violazione dell'art. 528 c.p., ciò che diede vita ad un lungo contenzioso giudiziario che, con alterne vicende, si risolse soltanto nel 1987, con la 'riabilitazione' del lungometraggio (nonché del suo regista) ad opera della pronuncia Trib. Roma, sent. 9 febbraio 1987, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1110 ss., con osservazioni di A. BOTTO, *Riflessioni in tema di offesa al comune sentimento del pudore mediante proiezioni cinematografiche*, ivi, p. 1028 ss.; la pronuncia dichiara la pellicola non oscena ai sensi dell'art. 528 c.p., in quanto ne viene riconosciuta «la piena dignità di opera d'arte». Sul punto si v. *amplius* D. LIGGERI, *Mani di forbice: la censura cinematografica in Italia*, Alessandria, 1997, p. 147 ss.

²⁴⁰ Si ponga a mente ad es. al caso dell'episodio *La ricotta* nel lungometraggio *Rogopag* di Pier Paolo Pasolini, del 1963, ovvero a quello del *Pap'occhio* di Renzo Arbore, del 1980, entrambi sottoposti a sequestro dalla magistratura per vilipendio alla religione ex art. 402 c.p.. Per una rassegna, comunque, si v. D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte*, cit., p. 131 ss.

²⁴¹ Cfr. ad es. U. DE SIERVO, *Gli attuali problemi*, cit., p. 296; A. FRAGOLA, *Cinematografia*, cit., p. 1178.

²⁴² La scarsità del materiale statistico è rilevata da D. LIGGERI, *Mani di forbice*, cit., p. 299, che ricorda come, all'epoca della pubblicazione del suo scritto (1997), i più recenti libri contenenti analisi documentate del fenomeno censorio risalissero a più di un decennio prima. In effetti, la ricerca in materia non è agevolata dall'assenza di una pubblicazione ufficiale delle pronunce delle Commissioni. Una rassegna parziale di tale materiale, su cui si è fatto affidamento per la presente ricerca, è quella compilata da M. BARBA-E. LONERO, *Estratti dei verbali della Commissione di revisione cinematografica in sede di appello per il periodo dicembre 1962-ottobre 1970*, in *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 621 ss.

pellicole)²⁴³. Non mancano tuttavia prese di posizione delle Commissioni a favore di un'espansione del concetto di «buon costume» di cui all'art. 6 l. 161/1962 (e dunque, indirettamente, anche del «buon costume» ex art. 21 c. 6 Cost.).

In una delle sue prime pronunce, la Commissione di appello confermò il parere negativo alla proiezione del film *L'Ape regina*, così motivando:

Pur non presentando nel suo complesso una problematica suscettibile di valutazioni di disapprovazione etica e giuridica; problematica che potrebbe soltanto dedursi dal titolo del film – che per un richiamo ad una particolare situazione di rapporti tra maschio e femmina nel campo di una determinata specie di insetti e l'accostamento alla situazione di rapporti sessuali accesi e disconstanti dalla norma, relativi ad una coppia di coniugi, potrebbe apparire lesiva del buon costume in relazione al concetto medio del pudore e della moralità riferentesi alla normalità dei rapporti fra coniugi e alla tutela del vincolo familiare – non può trascurarsi il rilievo che il complesso del film prescindendo pertanto da una qualsiasi problematica offensiva, *lede nella sua interezza i sentimenti del pudore e della moralità comune e il buon costume, nella sua duplice accezione: quella presa in considerazione dal codice penale limitata alla sfera sessuale e quella della parte costituzionale di più vasta comprensione*²⁴⁴

La stessa tendenza all'espansione del «buon costume» si rinviene nella pronuncia sul film *In capo al mondo*, dello stesso anno, ove la Commissione, oltre a confermare il giudizio dell'organo di primo grado circa la violazione del «buon costume sessuale», aggiunge:

La Commissione di appello inoltre rileva che il film *In capo al mondo*, il cui titolo originario era *Chi lavora è perduto*, oltre che essere offensivo del buon costume sessuale, è *altamente offensivo del buon costume morale e sociale, particolarmente previsto nella Carta costituzionale perché appare film programmaticamente distruttore di tutti i valori morali e spirituali, antisociale e scurrile nel linguaggio*²⁴⁵.

L'estensione dell'area operativa del «buon costume» oltre la sfera erotica è confermata anche in un parere reso dal *Consiglio di Stato* al Ministero del turismo e dello spettacolo, a

²⁴³ Cfr. al riguardo D. LIGGERI, *Mani di forbice*, cit., p. 129 ss., il quale riporta i dati di uno studio – pur datato – sui film censurati tra il 1947 ed il 1962 (A. BALDI, *Lo sguardo punito: film censurati 1947-1962*, Roma, 1994), secondo i quali, nel periodo considerato, il 62,4% dei tagli effettuati su 597 lungometraggi è motivato da *rationes* legate all'*eros*, mentre le percentuali relative a motivazioni differenti sono significativamente più basse (le ragioni connesse alla violenza, ad es., hanno determinato solo il 15,8% dei tagli effettuati; quelle relative a contenuto macabro, impressionante o ripugnante ne hanno determinato il 7,5%, e così via).

²⁴⁴ Commissione per la revisione cinematografica, verbale n. 35 del 29 gennaio 1963, riportato in G. MOSCON, *Il concetto di «buon costume»*, cit., pp. 119-120 (corsivo nostro). L'Autore critica la pronuncia della Commissione proprio sotto il profilo dell'accezione troppo lata di «buon costume» accolta, e per il tentativo di imposizione alle minoranze, per il tramite di tale nozione, di una «moralità media» intesa come «moralità della maggioranza», in contrasto con il carattere pluralista dell'ordinamento (ivi, pp. 125-126).

²⁴⁵ Commissione per la revisione cinematografica, verbale n. 77 del 01 ottobre 1963, riportato in M. BARBA-E. LONERO, *Estratti dei verbali*, cit., p. 622 (corsivo aggiunto).

proposito del film *Le bambole*, già ritenuto in parte osceno in sede penale²⁴⁶. In tale occasione il collegio rilevò che

È noto, infatti, che il «buon costume» di cui parla la norma ora citata [l'art. 6 l. 161/1962] non coincide con il «buon costume» in senso penalistico, avendo un significato molto più ampio, che corrisponde al vecchio concetto tradizionale dei *boni mores*, e può essere offeso anche quando non sussista alcuna violazione di leggi penali²⁴⁷.

Potrebbe obiettarsi che queste prese di posizione sono alquanto risalenti nel tempo e, in effetti, parte della dottrina ha notato che, dopo gli anni iniziali, le Commissioni hanno adottato una lettura più ristretta del concetto di «buon costume»²⁴⁸. Le oscillazioni, tuttavia, non sono venute meno nel corso degli anni, se è vero che, anche in epoca relativamente recente, vi sono state pronunce che hanno negato parere favorevole alla proiezione in pubblico di film, in base ad interpretazioni della clausola generale in esame non legate esclusivamente alla *morale sessuale*.

Un esempio è dato dalla pronuncia della Commissione di primo grado nel 1993 sul lungometraggio *Il ritorno* del regista danese Jens Jørgen Thorsen. La trama dell'opera vedeva il ritorno sulla Terra di Gesù Cristo al giorno d'oggi ed il suo coinvolgimento in varie vicissitudini, tra cui un'azione terroristica e rapporti sessuali con una componente del gruppo criminale, e conteneva una critica delle istituzioni ecclesiastiche cattoliche. L'organo di revisione di primo grado si pronunciò affermando che

Il film suddetto, nel suo complesso, è offensivo del buon costume, quale inteso dall'art. 21 Cost., perché contrario ai sentimenti etico-sociali religiosi della comunità ed al comune modo di sentire la stessa, secondo l'*id quod plerumque accidit*²⁴⁹.

La Commissione di secondo grado, comunque, riformò la decisione dell'organo di prime cure e diede parere favorevole alla proiezione in pubblico, sebbene con il divieto di visione ai minori di 18 anni, benchè il distributore abbia poi ritenuto di non adeguarsi ai 'tagli' richiesti dalla Commissione e di non proiettare il film privato di numerose sue parti (per un totale di circa undici minuti)²⁵⁰

Un episodio non dissimile si verificò tuttavia pochi anni dopo, quando la Commissione di primo grado diede parere negativo alla proiezione in pubblico del film *Totò che visse due volte* di Daniele Cipri e Franco Maresco. Anche in questo caso la pellicola concerneva temi religiosi, trattati

²⁴⁶ Cons. Stato, Comm. spec., parere 10 aprile 1969, n. 1572, riportato in R. CHIEPPA, *Rassegna di giurisprudenza costituzionale ed amministrativa sul concetto di buon costume nell'art. 21 Cost.*, in *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 203 ss.

²⁴⁷ Cons. Stato, parere 1572/1969, cit., p. 204.

²⁴⁸ Cfr. U. DE SIERVO, *Gli attuali problemi*, cit., p. 296.

²⁴⁹ Commissione per la revisione cinematografica, ..., riportata da D. LIGGERI, *Mani di forbice*, cit., p. 223, e da D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte*, cit., p. 135.

²⁵⁰ V. D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte*, cit., p. 135, la quale ritiene che la decisione di produttori e distributori di non proiettare il film nelle sale sia stata adottata anche per il timore di incorrere in provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria ordinaria.

in maniera dissacrante e volutamente provocatoria. Nell'opinione dei revisori il film rappresentava «una palese violazione dell'art. 21 Cost., in quanto offensivo del buon costume, inteso come insieme di regole esterne di comportamento che stabiliscono ciò che è socievolmente approvato o tollerato, specie riguardo alla sfera delle relazioni sessuali tra individui»²⁵¹. Che il «buon costume» riguardasse *anche* le relazioni sessuali, ma non esclusivamente le stesse, lo si evince chiaramente dal linguaggio utilizzato nel parere, che fa riferimento alla lesione della «dignità del popolo siciliano, del mondo italiano e dell'umanità», ad un «disprezzo verso il sentimento religioso» ed a scene «blasfeme e sacrileghe, intrise di degrado morale»²⁵², ravvisando dunque profili di vilipendio alla religione, i quali – fondando una pronuncia di non ammissione alla proiezione in pubblico *tout court* – venivano a far parte del parametro di giudizio del «buon costume» di cui all'art. 6 l. 161/1962.

La Commissione di appello riformò il provvedimento di primo grado, rammentando tra l'altro che la competenza a giudicare della fattispecie di vilipendio alla religione spetta all'Autorità Giudiziaria, ed escludendo così implicitamente la condotta in esame da quelle rilevanti per il giudizio sulla violazione del «buon costume»²⁵³. La visione del film fu comunque vietata ai minori degli anni 18, condividendo la Commissione il giudizio dei revisori di prima istanza, secondo i quali il film rappresentava «una umanità degradata e disperata, condizionata da una *sub-cultura* della violenza di carattere mafioso che è permeato da un pansessualismo con un rapporto alterato con la religiosità»²⁵⁴, e ritenendo che lo stesso contenesse «ripetute scene di rapporti sessuali e di violenza di vario genere che possono turbare la sensibilità dei predetti minori»²⁵⁵. Tale valutazione fu poi confermata anche dai giudici amministrativi in sede di gravame contro il decreto ministeriale che recepiva la decisione della Commissione di secondo grado²⁵⁶.

Come si vede, in entrambi i casi l'organo di revisione di primo grado aveva optato per l'adozione di una prospettiva ampia del «buon costume», ritenuto comprensivo anche del sentimento religioso dei credenti, al di là dell'ambito del «pudore sessuale» in senso stretto²⁵⁷, ed è stato soltanto in grado di appello che la clausola generale in parola è stata riportata ad una dimensione più contenuta. Ciò non rappresentava una novità nell'ambito della 'giurisprudenza' censoria, se è vero che

[...] i revisori delle opere cinematografiche hanno spesso, nella loro attività censoria preventiva, sposato una accezione deontologica dell'osceno e del buon costume, plasmata sovente sui

²⁵¹ V. la decisione della Commissione per la revisione cinematografica riportata da D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte*, cit., p. 136.

²⁵² Gli estratti della pronuncia qui citati sono stati pubblicati su La Repubblica del 4 marzo 1998, attualmente disponibile on-line su <http://www.repubblica.it/online/cinema/cipri/motivo/motivo.html>.

²⁵³ Così Commissione per la revisione cinematografica in sede di appello, nota 20 marzo 1998, riportata da Cons. Stato, Sez. IV, sent. 24 febbraio 2000, in *Cons. Stato*, 2000, p. 386.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ V. T.A.R. Lazio, Sez. III, sent. 15 luglio 1998, n. 1782, in *T.A.R.*, 1998, I, p. 2969 ss.; e Cons. Stato, sent. 24 febbraio 2000, cit.

²⁵⁷ Cfr. D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte*, cit., p. 135, secondo la quale, per tali ragioni, nella pronuncia sul primo dei film commentati si assisterebbe ad uno «sconfinamento, da parte dei revisori amministrativi, del parametro di giudizio oltre ogni ragionevole interpretazione del concetto di buon costume». L'Autrice nota tuttavia che ciò che sembra aver provocato gli strali della Commissione non è tanto la critica alla religione di maggioranza in sé, quanto il fatto che essa sia stata condotta servendosi del linguaggio erotico e di raffigurazioni richiamanti la sfera sessuale (ivi, pp. 130 e 136).

desiderata delle gerarchie ecclesiastiche e senza alcuna valutazione estetica preliminare se non nella misura, del tutto casuale, della difesa delle ragioni artistiche del film dovuta alla presenza di revisori particolarmente illuminati²⁵⁸.

Vale tuttavia la pena di precisare che, come è stato osservato, negli ultimi due casi qui menzionati l'intervento di particolare rigore dei revisori sembra essere stato suscitato non tanto dalle critiche alla religione in sé, quanto dal fatto che esse fossero condotte attraverso il linguaggio dell'*eros*, più o meno esplicito²⁵⁹. Per quanto concerne la censura cinematografica, dunque, l'espansione dell'ambito operativo del «buon costume» fino a ricondurvi anche interessi differenti non sembra prescindere quasi mai del tutto dalla dimensione sessualmente orientata del materiale rappresentato: è la *commixtio* tra sacro e profano che si rivela particolarmente suscettibile, anche in epoca contemporanea, di creare *scandalum* agli occhi dei censori.

9. La 'giurisprudenza' del Giurì di autodisciplina pubblicitaria.

In chiusura, ci sembra opportuno volgere rapidamente lo sguardo ad un altro *corpus* di decisioni che può risultare di interesse per il tema oggetto della presente trattazione.

In Italia è ormai attiva da anni un'associazione di diritto privato, denominata Istituto per l'Autodisciplina Pubblicitaria (I.A.P.), che annovera tra le proprie finalità la disciplina della comunicazione pubblicitaria commerciale²⁶⁰. Tale compito è assolto mediante la redazione e l'aggiornamento di un Codice per l'Autodisciplina Pubblicitaria (C.A.P., ormai giunto alla sua dodicesima edizione, la prima risalendo al 1966) contenente disposizioni volte a stabilire, tra l'altro, le caratteristiche che i messaggi pubblicitari devono presentare ed i divieti che essi devono osservare per poter essere trasmessi in pubblico in qualunque forma. La violazione delle prescrizioni del Codice può condurre ad una ingiunzione all'interessato di desistere dalla trasmissione delle comunicazioni commerciali²⁶¹. Deputati alla vigilanza sul rispetto del C.A.P. sono due organi, il Comitato di controllo²⁶² ed il Giurì²⁶³. In particolare, essendo il secondo l'organo cui spettano le decisioni definitive sulle questioni sottopostegli dal Comitato ed aventi ad oggetto l'asserita violazione del Codice da parte dei messaggi pubblicitari, è precipuamente alle pronunce del Giurì che occorre avere riguardo per l'esame del 'diritto vivente' in materia di autodisciplina delle comunicazioni commerciali²⁶⁴.

²⁵⁸ D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte*, cit., p. 126.

²⁵⁹ V. D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte*, cit., p. 136.

²⁶⁰ Sull'autodisciplina pubblicitaria in Italia si v. per tutti B. GRAZZINI, *Autodisciplina pubblicitaria e ordinamento statale*, Milano, 2003, cui si rinvia per approfondimenti ed ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁶¹ V. gli artt. 36 ss. C.A.P.

²⁶² Art. 30 C.A.P., secondo il quale (c. 1) «Il Comitato di Controllo, organo garante degli interessi generali dei consumatori, è composto da membri nominati dall'Istituto e scelti tra esperti di problemi dei consumatori, di tecnica pubblicitaria, di mezzi di comunicazione e di materie giuridiche». I membri del Comitato di controllo durano in carica due anni e sono rinnovabili (c. 2).

²⁶³ Art. 29 C.A.P., ai sensi del quale (c. 1) «Il Giurì è composto da membri nominati dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria e scelti tra esperti di diritto, di problemi dei consumatori, di comunicazione». Anche i componenti del Giurì durano in carica due anni e sono riconfermabili.

²⁶⁴ Tutte le pronunce del Giurì sono pubblicate su supporto informatico in L.C. UBERTAZZI, *La giurisprudenza completa dell'autodisciplina pubblicitaria, 1996-2009: la raccolta integrale delle decisioni autodisciplinari*, Garbagnate Milanese, 2010, mentre sul sito dell'I.A.P. (<http://www.iap.it>) sono pubblicate solo le più recenti, a partire dall'anno 2010. D'ora innanzi, nelle citazioni, si ometteranno le indicazioni circa la pubblicazione delle singole decisioni.

Va chiarito immediatamente che l'adesione al Codice, da parte degli interessati all'impiego di messaggi pubblicitari, è del tutto volontaria e, pertanto, l'assoggettamento alla 'giurisdizione' del Giurì ha fonte convenzionale e non legale²⁶⁵. Il C.A.P., pertanto, non è fonte dell'ordinamento statale ed assume la veste di strumento di *soft law*²⁶⁶ e la cognizione delle controversie relative a infrazioni del Codice è sottratta alla giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria ordinaria²⁶⁷.

Va anche messo in evidenza che, come lo stesso Giurì ha ripetutamente dichiarato, la funzione precipua del Codice, ed in particolare delle norme che proibiscono le comunicazioni pubblicitarie contenenti «affermazioni o rappresentazioni di violenza fisica o morale o tali che, secondo il gusto e la sensibilità dei consumatori, debbano ritenersi indecenti, volgari o ripugnanti» (art. 9) ovvero discriminatori o offensivi delle «convinzioni morali, civili e religiose» e della «dignità della persona» (art. 10), è quella di evitare che la reazione ostile del pubblico a messaggi di tal fatta possa generare il discredito del fenomeno pubblicitario in genere²⁶⁸, ciò che del resto è coerente con le *Finalità* dichiarate in apertura del C.A.P.²⁶⁹ Non manca, tuttavia, la preoccupazione per la sensibilità dei consumatori, ritenuta talora oggetto di tutela in sé e per sé, a prescindere dalle ricadute sulla reputazione della comunicazione commerciale in generale²⁷⁰. In ogni caso, è estranea al Codice – ed al suo organo garante – la funzione di tutela di valori della collettività²⁷¹, quale abbiamo visto essere il «buon costume» nella prospettiva adottata dalla Costituzione e dalle norme dell'ordinamento generale.

Ciò non significa, si badi, che i *valori* sottostanti la normativa di autodisciplina, ed in particolare quelli espressi dagli artt. 9 e 10 C.A.P., abbiano necessariamente contenuto differente dai *valori* protetti a livello di legislazione statale, e che dunque, ad esempio, la «dignità della persona» di cui all'art. 10 C.A.P. sia alcunchè di diverso dalla «dignità» tutelata dalla Costituzione

²⁶⁵ V. le lettere b) e c) delle Norme preliminari e generali al C.A.P. Sulle modalità di adesione all'ordinamento dell'autodisciplina pubblicitaria si v. B. GRAZZINI, *Autodisciplina pubblicitaria*, cit., p. 7 ss. Per gli effetti sui soggetti terzi v. *op. ult. cit.*, p. 149 ss. Va peraltro sottolineato che, aderendo le maggiori agenzie editoriali al C.A.P. (un elenco degli enti che riconoscono il Codice è presente su <http://www.iap.it/it/asso.htm>), il carattere convenzionale della fonte in questione non sembra pregiudicare affatto l'effettività quale strumento di regolamentazione dei comportamenti in materia pubblicitaria sul territorio nazionale.

²⁶⁶ Sul rapporto tra autodisciplina e fonti statuali si v. per tutti F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina: autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000.

²⁶⁷ Sul punto v. ad es. G. FLORIDIA, *Il sindacato giurisdizionale sulle pronunce del Giurì: il caso Lambertucci*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 73 ss., e ID., *Autodisciplina e funzione arbitrare*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 381 ss.; A. RAPISARDI, *Decisioni del Giurì e controllo dell'Autorità Giudiziaria ordinaria*, in *Dir. ind.*, 1996, p. 222 ss.; B. GRAZZINI, *Autodisciplina pubblicitaria*, cit., p. 65 ss., spec. 76 ss.

²⁶⁸ Chiara, con riguardo all'art. 9 C.A.P., è la dec. 100/1985: «[...] il divieto autodisciplinare della volgarità e della indecenza non è fine a s stesso e non è neppure strumentale alla salvaguardia di valori sociali considerati in quanto tali. È invece un divieto che ha la sua essenziale ragion d'essere nell'esigenza di tutelare la pubblicità dalla reazione ostile che sarebbe provocata da messaggi capaci di offendere la sensibilità dei consumatori e del pubblico in genere». Nello stesso senso ad es. le decisioni 90/1988, 186/1992, 38/2006. Sul punto v. anche E. MINA, *Gli atteggiamenti erotici nella pubblicità*, in *Dir. ind.*, 1995, pp. 969-970; S. MONDINI, *Superga e l'uso pubblicitario della violenza*, in *Dir. ind.*, 1997, p. 683.

²⁶⁹ V. la lett. a), primo alinea, delle Norme preliminari e generali premesse al Codice, rubricata appunto «Finalità del Codice»: «Il Codice di Autodisciplina ha lo scopo di assicurare che la comunicazione commerciale, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo economico, venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore».

²⁷⁰ Cfr. ad es. Giurì, dec. 30/1982, secondo cui l'oggetto giuridico dell'art. 1, volto ad evitare manifestazioni atte a screditare l'immagine pubblicitaria, non coincide con quello dell'art. 9, volto a proteggere la sensibilità dei consumatori: i due profili di illiceità, agli occhi del collegio, possono concorrere.

²⁷¹ Così E. MINA, *Gli atteggiamenti erotici*, cit., p. 969; S. MONDINI, *Tequila e nudo di donna*, in *Dir. ind.*, 1997, p. 430, e ID., *Superga*, cit., p. 683. Cfr. ad es. di recente Giurì, dec. 82/2010, che ritiene un messaggio pubblicitario, degradante nei confronti della «dignità» della donna e quindi in contrasto con l'art. 10 C.A.P., anche in contrasto con l'art. 1 C.A.P., «Perché scredita la pubblicità anche in sé e per sé considerata: quale arma per colpire un valore socialmente

repubblicana. La precisazione effettuata significa semplicemente che, a differenza di quanto avviene per gli artt. 19 e 21 c. 6 Cost., l'ordinamento di autodisciplina pubblicitaria non reagisce alla semplice lesione di quei valori, in quanto beni meritevoli di autonoma salvaguardia, ma alla violazione degli stessi da cui discenda, in una prospettiva *harm-based*, un pregiudizio per altri interessi fatti propri dal Codice. Non può dunque escludersi in radice una certa convergenza dei risultati del 'diritto vivente' di origine statale rispetto a quelli emersi nella 'giurisprudenza' del Giurì e, tenuto conto del notevole peso che il fenomeno della pubblicità commerciale assume nella società contemporanea, quantomeno per la sua pervasività e la sua potenziale influenza sul comportamento del pubblico, un rapido esame di alcune pronunce dell'organo in questione sembra poter fornire elementi utili ai fini della presente indagine.

Il Codice di autodisciplina pubblicitaria, per vero, non fa riferimento al «buon costume» nelle sue disposizioni. All'art. 9, esso ragiona di «indecenza», «volgarità» e «ripugnanza» secondo il gusto dei consumatori, mentre all'art. 10, oltre a provvedere la tutela delle convinzioni morali, civili e religiose, esso menziona la «dignità della persona»: si tratta, in gran parte, di concetti che si è visto esser stati spesso ricondotti dalla giurisprudenza statale all'interno di una nozione lata di «buon costume», tanto che non si è mancato di sostenere che l'interpretazione «civilistica» del «buon costume» sia stata accolta nel settore dell'autodisciplina²⁷². Vi è dunque una almeno parziale congruenza tra i beni protetti in sede autodisciplinare e quelli tutelati dall'ordinamento generale.

Con riferimento all'aspetto contenutistico dei messaggi pubblicitari, è un dato ormai assodato che, nell'ambito della comunicazione commerciale, «non esistono temi tabù in senso stretto»²⁷³, essendosi la pubblicità evoluta rispetto alla semplice annunciazione dei nomi e delle qualità dei prodotti, ed attingendo ormai essa ai più svariati momenti della vita umana, non esclusi quelli più privati²⁷⁴. La stessa rappresentazione di messaggi contenenti implicazioni di natura sessuale non è considerata illecita, specie se giustificata dalla natura del prodotto pubblicizzato²⁷⁵, purchè i riferimenti erotici non trascendano nella vera e propria pornografia²⁷⁶, o si discostino da un paradigma di «normale affettività»²⁷⁷.

protetto»: la censura, quindi, si basa non sulla violazione dei valori sociali, ma sul fatto che la pubblicità viene impropriamente impiegata al fine di produrre tale *vulnus*, così provocando l'effetto screditante della stessa.

²⁷² Così F.M. ANDREANI, *Violenza, volgarità e indecenza nella giurisprudenza autodisciplinare*, in *Dir. ind.*, 2005, p. 315.

²⁷³ Così F.M. ANDREANI, *Violenza, volgarità e indecenza*, cit., p. 313.

²⁷⁴ Come rileva S. MONDINI, *Gli atteggiamenti erotici*, cit., p. 970: «Nella propria evoluzione storica, il fenomeno pubblicitario è infatti passato sempre più dalla rappresentazione pura e semplice delle caratteristiche merceologiche dei prodotti e dei loro pregi funzionali, all'utilizzo di componenti simboliche, emozionali ed evocative, introducendo così nell'area della comunicazione "il mondo dei valori", tanto che più o meno tutte le forze motivazionali del comportamento umano sono state associate all'immagine dei prodotti ed utilizzate (o "strumentalizzate") a fini commerciali».

²⁷⁵ Il Giurì tende infatti a considerare con maggiore severità i casi di ricorso a tematiche sessuali del tutto estranee alla natura ed alle funzioni dei prodotti reclamizzati, al solo fine di destare l'attenzione dello spettatore: v. ad es. dec. 29/1973; 35/1973; 36/1973; 11/1975, riportate da S. MONDINI, *Gli atteggiamenti erotici*, cit., p. 970. V. anche, in tema di rappresentazione di parti del corpo, dec. 123/2001, ove la rappresentazione di glutei e gambe di una donna sono ritenute non in violazione dell'art. 9 C.A.P., in quanto – tra l'altro – pertinenti al prodotto pubblicizzato (scarpe da donna); e dec. 165/2001, ove la raffigurazione di glutei femminili viene dichiarata in contrasto con la medesima disposizione, in quanto estranea al prodotto reclamizzato (pellicola fotografica).

²⁷⁶ V. ad es. dec. 62/1989; 1/1980; 173/1995; e 123/2001, secondo la quale «[...] il Giurì ha sempre avuto cura di distinguere l'eroticismo (specie se associato ad immagini dotate dal punto di vista estetico di grande pregio e della conseguente capacità di trasfigurare il riferimento alla sessualità in un riferimento mediato dalla bellezza e dall'eleganza e perciò in un riferimento meno 'naturalistico') dalla pornografia che, per contro, si caratterizza per la mancanza nelle

Un tema particolarmente significativo nella 'giurisprudenza' del Giurì attiene alla violazione della dignità della persona che consegue alla sua "oggettificazione" in sede di messaggio commerciale. Si tratta di un aspetto meritevole di segnalazione, soprattutto perché su di esso pare giungersi ad una contiguità tra il profilo di violazione dell'art. 9 C.A.P., attinente a «violenza, volgarità e indecenza», e quello della violazione dell'art. 10 C.A.P., concernente la lesione della «dignità della persona»²⁷⁸.

Degna di menzione, in questa prospettiva, è la pronuncia del Giurì n. 38/2006²⁷⁹, relativa ad uno *spot* di una marca di patatine, il cui *testimonial* era un noto attore del cinema a luci rosse. Nella comunicazione non erano presenti elementi di carattere pornografico e nessuno dei partecipanti era ritratto in pose oscene o anche solo indecenti: la carica espressiva del messaggio faceva leva piuttosto su una serie di sottintesi, metafore e su una chiara sineddoche, da cogliersi nelle parole del *testimonial*, tale per cui l'alimento reclamizzato era assimilato alla donna ed al suo corpo²⁸⁰. Il Comitato di Controllo denunciò la pubblicità per la violazione degli artt. 9 e 10 C.A.P.: quest'ultima censura, in particolare, era motivata secondo il rilievo che «[...] la narrazione, a dispetto della sua intenzione ironica, risulta offensiva della dignità della persona, in violazione del dettato dell'art. 10, 2° parte, CAP [...]: la persona della donna viene infatti accostata ed assimilata all'alimento diventando essa stessa merce da consumare a puro piacimento dell'uomo»²⁸¹.

Il Giurì, accogliendo le censure del Comitato, ritenne la pubblicità in contrasto sia con l'art. 9, sia con l'art. 10 C.A.P. Secondo l'organo di autodisciplina, il messaggio – a dispetto delle argomentazioni della difesa, che facevano leva sull'assenza di *palesi* violazioni del Codice²⁸² – si prestava ad una doppia lettura, derivante «[...] dall'integrazione fra gli elementi visivi (immagini e parole scritte, compreso il *claim* finale "a chi piace la patatina"), gli elementi sonori e il *testimonial* utilizzato»²⁸³. Secondo il Giurì, l'artificio retorico prodotto dal messaggio trasmesso²⁸⁴ doveva essere valutato nel particolare contesto della comunicazione commerciale, nel quale

immagini di qualsiasi estetica e dalla cruda rappresentazione delle parti anatomiche erogene della donna e dell'uomo viste puramente e semplicemente nella loro realtà per così dire funzionale». Sul punto v. S. MONDINI, *Gli atteggiamenti erotici*, cit., pp. 970-971; e ID., *Tequila e nudo di donna*, cit., p. 43; e F.M. ANDREANI, *Violenza, volgarità e indecenza*, cit., pp. 317-318.

²⁷⁷ Così dec. 62/1989, che ragiona di «particolare carica di morbosità» e di «eccesso di deviazione rispetto alle normali manifestazioni di tipo affettivo/sessuale».

²⁷⁸ Cfr. F.M. ANDREANI, *Violenza, volgarità e indecenza*, cit., p. 316, ove l'Autore segnala che, negli anni più recenti, l'esasperata ricerca di messaggi in grado di dare maggiore visibilità al proprio prodotto ha condotto all'introduzione di messaggi sempre più trasgressivi del comune sentire. «Parte da qui la realizzazione di messaggi pubblicitari incentrati sulla strumentalizzazione di momenti di erotismo, durante i quali qualcosa viene lasciata all'immaginazione del fruitore dell'annuncio. L'illiceità di queste pubblicità tende a spostare così il proprio baricentro dalla violazione dell'art. 9, in quanto una sessualità deviante spudoratamente mostrata con compiacimento, alla violazione dell'art. 10, andando ad invadere la sfera più intima dell'individuo».

²⁷⁹ Pubblicata anche su *Dir. ind.*, 2006, p. 376 ss., con commento di F.M. ANDREANI, *Il testimonial hard e la dignità della persona*, ivi, p. 379 ss.

²⁸⁰ Secondo la descrizione contenuta nella decisione (p. 376): «Il messaggio mostra l'attore di film pornografici Rocco Siffredi ai bordi della piscina di una villa, circondato da numerose ragazze. Il protagonista con fare ammiccante afferma "Io di patatine ne ho prese tante (...) non riesco a stare senza (...) le ho provate tutte, americane, tedesche, olandesi (...) con la sorpresa" mentre le immagini inquadrano molte donne; "le mangiavo così senza complimenti, anche tre alla volta" mentre l'immagine si sofferma su una statua de Le Grazie, "ma nessuna è come questa". E in quel momento appare una donna sull'altalena che prende una patatina dalla mano di Siffredi, il quale si volta e strizza l'occhio allo spettatore. La rappresentazione si conclude poi con le frasi "Fidati di chi le ha provate tutte. Amica Chips è la migliore" ed il pay-off "A chi piace la patatina"» (corsivi ed *omissis* testuali).

²⁸¹ Così dec. 38/2006, cit., p. 376.

²⁸² V. il riassunto delle argomentazioni difensive contenuto nella dec. 38/2006, cit., p. 377.

²⁸³ Dec. 38/2006, cit., p. 377.

[...] non valgono dunque di per sé le logiche di difesa della libertà di espressione, come nel mondo dell'arte in quanto tale, ma solo il riferimento alla decisione della pubblicità di difendere il proprio buon nome attraverso l'attenzione alla persona del consumatore e alla società nel suo complesso²⁸⁵.

Ma soprattutto, per quel che rileva qui, la lesione della dignità umana derivava dal richiamo, effettuato mediante la scelta del *testimonial* e dalle parole da questi impiegate, al mondo del cinema *hard*, ciò che – nelle parole del Giurì – oltre ad enfatizzare la volgarità del messaggio, richiamava un universo di riferimento «rigorosamente maschilista e sessista»²⁸⁶. Ne risultava «la riduzione dell'universo femminile in quanto tale a un puro oggetto d'uso da parte del maschio»²⁸⁷.

Desta interesse l'affinità degli argomenti fatti propri dal Giurì nella decisione in commento rispetto a quelli impiegati da ampia dottrina, specialmente d'oltreoceano, nel dibattito riguardo al divieto delle pubblicazioni pornografiche²⁸⁸. Ciò che viene in rilievo in questo caso non è una riprovazione dell'*eros* in quanto tale, in ottica moralizzatrice, né delle manifestazioni di pensiero coinvolgenti la sfera della sessualità *tout court*, ma piuttosto una censura del contenuto degradante di determinati messaggi nei confronti della «dignità umana», che viene svilita ogni volta in cui una persona, per il solo fatto di appartenere al sesso femminile, viene trattata alla stregua di un oggetto, per il piacere del suo prossimo. Anche il mondo del cinema a luci rosse non sembra oggetto di una riprovazione *a priori*, per il fatto di raffigurare in maniera esplicita il rapporto sessuale, ma solo in quanto legato ad un orizzonte sessista e de-personalizzante.

Non si tratta, peraltro, di una pronuncia isolata: la stessa *ratio decidendi* ritorna in numerose altre decisioni²⁸⁹, nelle quali si rileva che la «volgarità» del messaggio, spesso molto più esplicito di quello preso in considerazione nella dec. 38/2006²⁹⁰, va a braccetto con un chiaro *vulnus* alla «dignità» del soggetto raffigurato. In tutti questi casi, la maggior parte dei quali riguarda la 'oggettificazione' del corpo umano o di singole sue parti, anche al di fuori del contesto sessuale²⁹¹, ciò che viene riprovato, e ritenuto ad un tempo contrario agli artt. 9 e 10 C.A.P., è la palese mancanza quel *rispetto* dovuto al prossimo per il fatto solo di appartenere alla specie

²⁸⁴ Dec. 38/2006, cit., p. 378: «Il messaggio genera il suo senso grazie a una doppia figura retorica: da un lato la metafora, che associa la patatina all'organo genitale femminile; dall'altro la sineddoche, che designa con la parte (l'organo sessuale femminile) il tutto (la donna). Abbiamo così, come accade nel linguaggio erotico o scatologico popolare un'allusione che – in determinati contesti – assume valenze diverse, alcune delle quali non implicano necessariamente una svalutazione della dignità della persona».

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Nella dottrina americana, argomenti simili sono stati impiegati soprattutto dagli Autori e dalle Autrici di orientamento femminista: v. *amplius infra*, Cap. VII, par. 5.

²⁸⁹ Tra le più recenti, e senza pretesa di completezza, possono ricordarsi le decc. 131/1996; 94/2000; 196/2000; 325/2000; 365/2000; 100/2001; 232/2001; 98/2001; 99/2001; 119/2001; 238/2001; 133/2002; 37/2003, oltre alla dec. 38/2006, cit. Una rassegna in F.M. ANDREANI, *Violenza, volgarità e indecenza*, cit., p. 315 ss. Tra le più recenti decisioni sulla 'mercificazione' del corpo umano, in cui è tuttavia assente il riferimento all'art. 9 C.A.P., si possono ricordare Giurì, decc. 121/2007; 130/2007; 57/2008.

²⁹⁰ Cfr. ad es. la dec. 131/1996, ove il messaggio pubblicitario relativo ad una cucina con lavastoviglie in omaggio, denominata Lolli, mostrava la cucina stessa, sulla quale però era chinata una donna con abiti molto succinti. Il *claim* dell'immagine recitava «Fatti la Lolli... che poi ti lava i piatti», alludendo ad un tempo agli elettrodomestici da cucina pubblicizzati e, come sottinteso, alla donna raffigurata.

umana, che viene meno quando – per ottenere l'attenzione del pubblico – l'individuo viene assimilato ad una *res* e privato della sua soggettività e specificità²⁹².

Certo, lo si ripete, questa difesa della «dignità umana» non è fine a se stessa, ma è portata avanti in ottica – per così dire – utilitarista, nella misura in cui la protezione del bene in questione è funzionale alla salvaguardia del «buon nome» della pubblicità. Ciò non toglie, tuttavia, che il Giurì abbia ritenuto di farsi interprete del «'sentire medio' inteso come la risposta prevalente in un dato momento in una data comunità»²⁹³ a manifestazioni di pensiero potenzialmente in contrasto coi beni in questione, e che dunque la particolare attenzione per la dimensione della «dignità della persona», intesa come *rispetto* per il prossimo, in un contesto quale quello dell'autodisciplina pubblicitaria possa fungere da indicatore del modo in cui tale valore è avvertito all'interno della comunità di riferimento. La contiguità tra la protezione del «buon costume» pubblicitario (concretantesi nella repressione di «violenza, volgarità, indecenza») e quella della «dignità» nelle pronunce del Giurì sembra mostrare, anche in questo caso, un'interazione tutt'altro che casuale tra i due concetti.

10. *Considerazioni di sintesi.*

Al termine della rassegna effettuata, appare evidente che non è possibile isolare un concetto unitario di «buon costume» nell'ambito del 'diritto vivente' italiano, diversi essendo gli approcci – ed i risultati – cui giungono gli organi giudicanti nell'attribuire significato all'espressione in parola. Ciononostante sembra possibile individuare qualche coordinata orientativa di fondo.

Innanzitutto deve darsi atto della costante rappresentata dal tema della sessualità, che ricorre in ciascuno degli ambiti giurisprudenziali analizzati, tanto che sembra impossibile concepire un «buon costume» che non abbia a che fare, almeno in certa misura, con l'*eros* e lo spazio che esso tende a guadagnarsi nella sfera pubblica, fuoriuscendo dall'intimità privata dove – in un passato non troppo remoto – il diritto mirava a confinarlo. Si è visto, tuttavia, che quello del «pudore sessuale» è ben lungi dall'essere l'unico ambito operativo del «buon costume», anche in quei settori – quale ad esempio quello penalistico – in cui l'opinione tradizionale tende ad identificare i due concetti ed a non vedere di buon occhio l'espansione della clausola generale in questione. In tema di offese alla pubblica decenza, di reati previsti dalla legge sulla stampa e di religione, infatti, le Corti penali non hanno esitato ad abbracciare prospettive più ampie e, talora, a rigettare espressamente la lettura 'restrittiva' proposta da dottrina e giurisprudenza. Tentazione, questa, cui non hanno saputo resistere, in alcune occasioni, nemmeno gli organi di revisione cinematografica, che – pur nel contesto di una 'giurisprudenza' basata in prevalenza sulla censura dei materiali aventi contenuto sessualmente orientato – non hanno del tutto ripudiato un controllo

²⁹¹ V. ad es. dec. 226/2002, nella quale il Giurì censurava la rappresentazione di un corpo umano diviso in porzioni, che erano designate mediante la terminologia propria della carne da macello. Il Giurì ravvisava una illegittima mercificazione del corpo umano, in contrasto (anche) con l'art. 10 C.A.P.

²⁹² Cfr. ad es. Giurì, dec. 365/2000: «La donna viene utilizzata in una volgare e indecente rappresentazione come vetrina della merce, in una intimità 'sbattuta in faccia' per catturare l'attenzione sul prodotto [...]. L'immagine della donna oggetto è stagliata nella forma più diretta e volgare, priva com'è di giustificazione narrativa in relazione al prodotto reclamizzato, così determinando la collaterale violazione dell'art. 10 del CAP».

²⁹³ Così Giurì, dec. 401/1999.

volto anche ad interessi di segno differente. Una visione estensiva del «buon costume» è poi risultata *apertis verbis* dominante nel settore del diritto civile, dove non è mai stata messa in discussione la pertinenza della clausola generale ad interessi anche estranei alla sfera erotica in senso stretto.

Il problema che si è posto all'attenzione della giurisprudenza, in tutti gli ambiti in cui ha indagato i confini del «buon costume» (soprattutto, ma non esclusivamente, nei casi in cui ne ha affermato la portata non limitata al campo sessuale), è stato di individuare i parametri per determinare il contenuto concreto della clausola, al di là delle mere affermazioni di principio e dell'utilizzazione di vuote formule esplicative, per lo più coincidenti con altre clausole generali. Le soluzioni sono state varie, dalla mera accettazione di ciò che il giudice ritiene essere il “comune sentire” della popolazione, alla chiamata in causa di interessi diversi, quali il sentimento religioso o la «pubblica sicurezza», con accostamenti talora discutibili. Deve tuttavia rilevarsi la tendenza, da parte di sempre più numerose Corti, in ciò appoggiate anche dalle pronunce del Giurì di autodisciplina pubblicitaria, a far convergere il «buon costume» con altri valori costituzionali, tra cui soprattutto la tutela della *dignità umana*. La repressione delle attività contrarie al «buon costume» si carica in tal modo di nuovi significati e pare incamminarsi su una strada di sicuro interesse ai fini della presente indagine.

CAPITOLO IV

IL «BUON COSTUME» NELLE OPINIONI DELLA DOTTRINA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive; 2. Il dibattito tradizionale in ambito costituzionale: i tre orientamenti a confronto; 3. Il «buon costume» nella dottrina penalistica e civilistica; 4. Le opinioni più recenti alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 293/2000.

1. *Considerazioni introduttive.*

La dottrina italiana ha dibattuto a lungo sulla questione della definizione del «buon costume». Per molto tempo l'attenzione degli interpreti si è incentrata sulla necessità o meno di individuare i confini della clausola generale in esame partendo dal significato attribuito alla stessa in altre branche dell'ordinamento, segnatamente quella penalistica e quella civilistica. La dottrina si è dunque divisa tra i sostenitori di un indirizzo «penalistico», i sostenitori di un indirizzo «civilistico», ed i propugnatori di una «terza via», volta ad identificare i connotati del «buon costume» sulla sola base del diritto costituzionale, senza mutuare i risultati raggiunti negli altri settori del diritto positivo. Il confronto tra queste posizioni è stato un *leitmotiv* costante nelle elaborazioni accademiche in tema di libertà costituzionalmente protette, benchè si sia correttamente osservato che «Il significato del termine «buon costume» nel diritto costituzionale è oggetto di amplissime discussioni, anche se questo è uno dei casi in cui alla copiosità della letteratura non corrisponde altrettanta ricchezza di argomenti»¹.

Nel presente Capitolo saranno prese in considerazione innanzitutto le tre impostazioni tradizionali, vagliandone le motivazioni di fondo ed i possibili punti critici. Dopodichè, per l'importanza che esse hanno avuto e tuttora hanno nell'elaborazione del concetto di «buon costume» e per gli utili suggerimenti che è possibile coglierne – anche alla luce del «diritto vivente» quale è stato esaminato nel Capitolo precedente del presente scritto – saranno esaminate, sia pur brevemente, le elaborazioni della dottrina penalistica e di quella civilistica riguardo alla clausola generale in questione nelle rispettive branche del diritto positivo, per concludere con le precisazioni effettuate dalla dottrina più recente successiva alla sentenza n. 293/2000 della Corte costituzionale.

2. *Il dibattito tradizionale in ambito costituzionale: i tre orientamenti a confronto.*

¹ Così P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 459.

Come si è anticipato, nella dottrina tradizionale sono tre gli orientamenti che si contendevano il campo: uno volto a mutuare la definizione di «buon costume» dal ramo del diritto penale (orientamento “penalistico”), uno volto ad adottare l’interpretazione della stessa clausola generale diffusa nel ramo del diritto civile (orientamento “civilistico”), un altro impegnato nell’elaborazione di una nozione autonoma, non dipendente dalle altre branche del diritto positivo (orientamento “costituzionalistico”)². Conviene esaminare partitamente le tre tesi, onde evidenziarne gli aspetti più rilevanti.

a) *Le tesi penalistiche e la coincidenza con la morale sessuale.*

La tesi “penalistica” è indubbiamente quella che ha goduto del maggior favore della dottrina nel corso degli anni³ e si è ormai consolidata nella manualistica contemporanea⁴. In estrema sintesi, l’opinione in esame ritiene che al «buon costume» debba essere attribuito il significato che esso assume (*rectius*: che si afferma esso assuma) nell’ambito del diritto penale, venendo dunque a coincidere con il concetto di *morale sessuale*.

Non si tratta di un orientamento monolitico, posto che gli Autori non concordano circa i confini di tale *morale sessuale*⁵: secondo alcuni essa ricomprenderebbe soltanto i delitti contenuti nel Titolo IX, Libro II del Codice penale (quindi, all’esito delle novelle legislative che hanno via via svuotato tale Titolo dei suoi contenuti, solamente le fattispecie in materia di *osceno*)⁶; secondo altri, essa riguarderebbe non solo le offese al «pudore», ma anche quelle alla «pubblica decenza»⁷;

² Questa tripartizione è accolta dalla dottrina maggioritaria: per tutti si vedano E. GRASSI, *Premessa*, cit., p. 111 ss.; R. CORTESE, *Moralità pubblica*, cit., p. 40; M. MAZZIOTTI, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova, 1985, p. 534; C. CHIOLA, *Informazione pensiero radiotelevisione*, cit., pp. 49-50, e ID., *Manifestazione del pensiero*, cit., pp. 9-10.

³ Aderiscono all’orientamento in questione, tra gli altri: S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, p. 124 ss.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 41-42; G. MOSCON, *Censura illegittima*, cit., p. 32 ss.; L. ROSA, *Stato e «moralità pubblica» nella Costituzione italiana*, in *Agg. sociali*, 1961-1962, pp. 30-31; L. GRANATA, *L’esatto concetto giuridico del “buon costume” ai fini dell’art. 21 della Costituzione*, in *Riv. pen.*, 1962, p. 595 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La legittimità costituzionale della censura*, cit., pp. 20-21; L. LOGUERCIO, *Intervento*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit., p. 176 ss.; G. MARINUCCI, *Intervento*, ivi, p. 258 ss.; F. MANTOVANI, *Considerazioni in tema di tutela penale*, cit., p. 678 ss.; M. MAZZIOTTI, *Incitamento a pratiche contro la procreazione*, cit., p. 72; S. MESSINA, *La repressione dell’oscenità nell’opera cinematografica*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero. Atti del III Convegno di Diritto penale. Bressanone – 1965*, Padova, 1965, p. 110; A. MOLARI, *Osservazioni sul limite del buon costume alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà di pensiero*, cit., p. 147 ss.; F. SORRENTINO, *L’art. 553 c.p.*, cit., p. 80; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 226; P. BARILE, *Introduzione*, cit., spec. p. 7 ss.; e ID., *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 459-460; F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, in *Commentario della Costituzione. Artt. 13-20*, a cura di G. Branca, Bologna, 1977, p. 278; G. FIANDACA, *Buon costume*, cit., p. 1; A. ODDI, *Il «buon costume» tra morale e diritto*, cit., pp. 1156-1157, e ID., *La riesumazione dei boni mores*, cit., p. 2246; R. ZACCARIA, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Padova, 2007, p. 14. Alcuni Autori pervengono alle medesime conclusioni cui giungono le tesi “penalistiche”, e quindi accolgono la coincidenza del «buon costume» col concetto di *morale sessuale*, pur rifiutando in linea di principio l’idea di un rinvio al diritto penale per l’individuazione del contenuto della clausola generale di cui agli artt. 19 e 21 c. 6 Cost.: così ad es. G. LATTANZI, *La prevenzione in materia di spettacolo: aspetti penali con riferimento al problema del buon costume*, in *Problemi giuridici della prevenzione*, cit., p. 47 ss.; A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, pp. 178-179. Per maggiori riferimenti dottrinali, comunque, si veda, oltre agli Autori menzionati nelle note seguenti, la *Rassegna di dottrina sul concetto di buon costume nell’art. 21, ultimo comma, Cost.*, a cura di E. Grassi-A. Moreno, in *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 123 ss.

⁴ V. ad es. P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2011, p. 486 ss.; R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2012, p. 549 e 551; P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, p. 526;

⁵ Cfr. E. GRASSI, *Premessa*, cit., p. 114.

⁶ V. tra gli altri G.D. PISAPIA, *Premesse giuridiche allo studio della pubblicità dei fatti criminosi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 368; S. MESSINA, *La repressione dell’oscenità*, cit., pp. 110-111.

⁷ Si vedano i riferimenti operati *supra*, Cap. III, alla nota 88, cui adde P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 258; e A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. 2. Parte speciale*, Padova, 1992, pp. 407-408, pur se con una certa ambiguità, posto che, in un primo momento, l’Autore afferma che il «buon costume» di cui all’art. 21 c. 6 Cost. «[...] tutela esclusivamente il “pudore sessuale” e la “pubblica decenza”» (ivi, p. 407), mentre

secondo impostazioni ancora più late (benchè alquanto risalenti e, quindi, verosimilmente superate), essa concernerebbe i reati che attengono alla sfera sessuale, indipendentemente dalla loro collocazione sistematica⁸, ed addirittura taluni comportamenti erotici non dotati di rilevanza penale⁹.

Le ragioni portate a sostegno di queste posizioni sono varie. Volendole riassumere, può dirsi che diversi Autori ritengono innanzitutto che le tesi in parola trovino conforto nei lavori dell'Assemblea Costituente¹⁰ ed abbiano ricevuto l'autorevole avallo della giurisprudenza costituzionale¹¹. In secondo luogo, si fa notare che, essendo in gioco libertà fondamentali dell'individuo, l'interpretazione dei loro limiti dovrebbe essere condotta in senso quanto più restrittivo possibile¹². In quest'ottica, il riferimento al concetto di *morale sessuale* risulterebbe maggiormente garantista rispetto ad altre nozioni, dalla portata più ampia, come «morale sociale», «morale pubblica», *et similia*¹³. Ciò in quanto l'idea stessa di *morale sessuale* avrebbe confini meno labili ed indeterminati rispetto ad un generico riferimento alla «morale sociale»¹⁴, e stabilirne il contenuto sarebbe decisamente più semplice, mentre l'opposta scelta ermeneutica legittimerebbe amplissime deroghe alle libertà costituzionalmente garantite (in particolare alla libertà di manifestazione del pensiero, sulla quale soprattutto si appuntano le riflessioni della dottrina, rimanendo la libertà di culto in secondo piano nelle trattazioni degli studiosi), fino al punto di vanificare, in sostanza, la garanzia costituzionale delle stesse¹⁵. In linea generale, comunque, risulterebbe intuitivo che un concetto che attenga ad un solo settore della vita di relazione – in questo caso quello della vita sessuale degli individui – sia meno esteso di un concetto che ne concerna diversi, come è invece per la «morale sociale» e le locuzioni affini¹⁶.

immediatamente dopo egli rileva la convinzione della dottrina maggioritaria secondo cui «[...] l'art. 21 comma 6 Cost. si limita a vietare le manifestazioni "oscene" [...] o, più esattamente, le manifestazioni "in perversione dei costumi"» (ivi, p. 408).

⁸ Cfr. V. ITALIA, *Discussione di seminario sulla censura cinematografica, e teatrale*, in *Riv. dir. ind.*, 1961, I, p. 403 ss.; G. DELITALA, *Intervento*, in *Problemi giuridici della prevenzione*, cit., p. 169 ss.; R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 46 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La legittimità costituzionale della censura*, cit., pp. 20-21.

⁹ Cfr. G. LATTANZI, *La prevenzione in materia di spettacolo*, cit., p. 47 ss., il quale fa gli esempi dell'aborto, dell'adulterio, della «apologia dell'omosessualità o dell'onanismo» (p. 49); A. MOLARI, *Osservazioni*, cit., p. 163; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 460, e ID., *Diritti dell'uomo*, cit., p. 258, il quale fa l'esempio della prostituzione e dell'omosessualità.

¹⁰ V. *supra*, Cap. I, alla nota 98, per i riferimenti dottrinali sul punto.

¹¹ Così ad es. A. PACE, *La libertà di riunione*, cit., p. 178; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 460-461; A. ODDI, *Il «buon costume» tra morale e diritto*, cit., pp. 1156-1157 e, sebbene con qualche riserva, ID., *La riesumazione dei boni mores*, cit., pp. 2246-2247. *Contra*, nel senso dell'impossibilità di ricavare indicazioni conclusive in tal senso nella giurisprudenza della Corte costituzionale si vedano R. CORTESE, *Moralità pubblica*, cit., pp. 44-45; C. CHIOLA, *Informazione pensiero radiotelevisione*, cit., pp. 51-52; G. DE ROBERTO, *Buon costume*, cit., p. 2; M. CUNIBERTI, *Il limite del buon costume*, cit., pp. 52-53; M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 220.

¹² V. tra gli altri P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 459; G. FIANDACA, *Buon costume*, cit., p. 1; S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»*, cit., p. 995.

¹³ V. per tutti S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., p. 124 ss.

¹⁴ Cfr. S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., p. 135, il quale riconosce che «[...] anche il concetto *penalistico* presenta margini di indeterminatezza e di variabilità storica, e come tale è anche esso soggetto al libero apprezzamento dell'interprete [...] ma bisogna dire che si tratta pur sempre di una indeterminatezza e di una variabilità che possono giocare solamente entro i limiti di una materia sufficientemente determinata (quella *sessuale*), così che a proposito del buon costume in senso *penalistico* può parlarsi di una "permissible uncertainty"».

¹⁵ V. ad es. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 42, alla nota 94; R. CORTESE, *Moralità*, cit., p. 40 ss.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 460; A. ODDI, *Il «buon costume» tra morale e diritto*, cit., p. 1156, e ID., *La riesumazione dei boni mores*, cit., p. 2246.

¹⁶ Cfr. sul punto S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., p. 128: «[...] il concetto di buon costume considerato equivalente a quello di moralità sociale è infatti "uno dei più vaghi ed elastici"; l'unica possibilità di limitarne l'ampiezza – altrimenti necessariamente indeterminata ed indeterminabile – consiste nel fare riferimento solo ad una particolare materia, ad un particolare settore delle regole di convivenza sociale, come appunto avviene nel codice penale che considera la

Si tratta di argomenti seri, che tuttavia, ad avviso di chi scrive, non risultano del tutto convincenti e non consentono di accedere agli orientamenti “penalistici” con grande facilità.

In limine limitis ci sembra opportuno partire dal rilievo secondo cui l’assunto della necessaria coincidenza del «buon costume» penalistico con il concetto di *morale sessuale*, benché sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza praticamente unanimi, si rivela meno fondato di quanto potrebbe sembrare. Un primo indizio di carattere testuale – pur debole – è basato sul fatto che lo stesso Codice penale ricomprende nella Sezione I del Capo II, Titolo I, Libro III del Codice penale, dedicata alle «contravvenzioni concernenti la polizia dei *costumi*», fattispecie che non hanno nulla a che vedere con la sfera sessuale, quali il gioco d’azzardo, il maltrattamento di animali e la bestemmia¹⁷. Non si comprende, a dir il vero, perché i «costumi» di cui fa menzione il Codice in tale *locus* debbano essere nozione del tutto differente dal «buon costume» di cui al Titolo IX, Libro II del Codice penale, come pure parte della dottrina ha ritenuto¹⁸.

L’argomento decisivo appare tuttavia un altro e si basa sull’esame del ‘diritto vivente’. Se si tiene infatti presente l’analisi condotta nel capitolo precedente, ci si avvede che, al di fuori della materia dell’*oscenità*, dove l’attinenza del bene giuridico alla sfera sessuale è scontata, in molti altri casi la giurisprudenza ha accolto nozioni più ampie del «buon costume», includendo nelle varie fattispecie riconducibili alla protezione di tale interesse comportamenti che poco o nulla hanno a che vedere con l’*eros*. Si può così rammentare l’espansione dell’orizzonte applicativo della «pubblica decenza» anche oltre i confini del *nudo*, conseguente all’adozione di un criterio *qualitativo* di distinzione di tale bene rispetto a quello del «pudore»¹⁹; nonché l’interpretazione lata delle disposizioni contenute nella l. 47/1948, avallata dalla Corte costituzionale e poi recepita dalla Corte di Cassazione nel seguito giurisprudenziale alla decisione 293/2000 della Consulta²⁰; e ancora l’espresso rigetto della concezione (asseritamente) “penalistica” del «buon costume» da parte della Cassazione penale nel campo della libertà religiosa e di culto²¹. Alla luce di tali rilievi, non sembra così scontato l’assunto che, nell’ambito del diritto penale, il «buon costume» riguardi soltanto la sfera sessuale, come la maggioranza degli interpreti è orientata a ritenere.

Il fatto che il «buon costume» “penalistico” coincida o meno con la *morale sessuale* non è affatto indifferente per quegli Autori che postulano l’operatività di una sorta di *rinvio* al diritto penale da parte della clausola generale costituzionale. È evidente che, qualora il significato da attribuirsi all’espressione da parte del diritto criminale sia in effetti più ampio di quello che la dottrina tradizionale ritiene di attribuirgli, molte delle ragioni per il rinvio in questione debbono essere rimediate.

moralità pubblica solo per quel che attiene alla materia sessuale» (la citazione tra virgolette operata dall’Autore è di F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 25).

¹⁷ Lo riconosce espressamente C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 41, alla nota 93, affermando che: «[...] per la verità nel nostro codice penale, se nel titolo IX del II libro sono rubricati come contrari alla moralità pubblica ed al buon costume delitti contro la libertà sessuale, il pudore e l’onore sessuale, si considerano poi negli art. 718 ss. in contravvenzione alla polizia dei costumi (e perciò contrari al buon costume) ben più lati e diversi atti».

¹⁸ V. ad es. G. MOSCON, *Censura illegittima*, cit., p. 32 ss.

¹⁹ V. *supra*, Cap. III, par. 3.

²⁰ V. *supra*, Cap. III, par. 4.

²¹ V. *supra*, Cap. III, par. 5.

Anche se si volesse sostenere l'attinenza del «buon costume» alla sfera sessuale, senza tuttavia ragionare di un vero e proprio rinvio al diritto penale, ma semplicemente affermando una coincidenza – anche solo parziale – tra il significato “penalistico” e quello “costituzionalistico”, ci si accorgerebbe che nemmeno gli altri argomenti addotti dalla dottrina a sostegno di tale soluzione esegetica si rivelano convincenti.

Dei lavori preparatori e della giurisprudenza costituzionale si è già detto. Dei primi si è messo in evidenza come le indicazioni a favore di un'interpretazione “penalistica” del «buon costume» siano meno evidenti di quanto la dottrina ha spesso ritenuto. Della seconda, si possono ricordare i molti indizi che depongono per una lettura ampia del concetto in esame, culminati nella sent. 293/2000, dove piena cittadinanza è data ad una nozione di «buon costume» non comprensiva della sola *morale sessuale*. Dal dibattito all'interno della Costituente e dalle pronunce della Corte costituzionale, quindi, non sembrano emergere argomenti a favore delle tesi “penalistiche”, quando non ne emergono addirittura di segno opposto.

L'argomento secondo cui il collegamento del «buon costume» alla nozione di *morale sessuale* sarebbe maggiormente garantista nei confronti delle libertà costituzionale, rispetto al richiamo ad altri concetti quale la «morale sociale», è facilmente confutabile. Tale posizione fa leva, come si è detto, sull'assunto che il contenuto della locuzione *morale sessuale*, e delle sue varianti, sia più facilmente determinabile rispetto a quello di «morale sociale» e consimili. Si è detto in apertura di paragrafo, tuttavia, che sussistono notevoli divergenze di vedute in dottrina circa l'estensione del campo operativo di tale *morale sessuale*, non essendo chiaro se essa comprenda soltanto il «comune senso del pudore» protetto dalle fattispecie incriminatrici in materia di *osceno*, ovvero si estenda anche ad altri concetti, tra cui la «pubblica decenza»²² (e sempre, naturalmente, che si consideri tale ultima nozione come riguardante soltanto la sfera erotica, conclusione tutt'altro che pacifica tra gli interpreti): ciò costituisce già un indizio delle difficoltà interpretative che permangono pur accendendosi ad un'impostazione “penalistica”.

Anche volendo adottare la soluzione in certo senso più semplice e postulare la coincidenza tra il «buon costume» ed il (solo) *pudore sessuale*, quale risulta dalle disposizioni del Titolo IX, Libro II del Codice penale, l'analisi giurisprudenziale condotta in precedenza circa la materia dell'*osceno* e le difficoltà che in quella sede sono state evidenziate circa l'individuazione dei parametri di riferimento per la determinazione dei confini dell'*oscenità*, dovrebbero dimostrare che la convinzione della maggiore determinatezza del concetto “penalistico” di «buon costume», rispetto alle alternative ermeneutiche prospettate dalla dottrina, si rivela in buona sostanza illusoria²³. Se è vero che è un compito arduo, per l'interprete, stabilire con precisione quali condotte contrastino con la «morale sociale», il compito di verificare cosa è *osceno*, e dunque offensivo del

²² Per cogliere la complessità delle posizioni dottrinali al riguardo si v. la *Rassegna di dottrina sul concetto di buon costume*, cit., p. 123 ss., che individua cinque sotto-orientamenti di matrice “penalistica”: 1) «coincidenza con la nozione penalistica non ulteriormente precisata» (p. 123 ss.); 2) «coincidenza con la nozione penalistica, limitata ai reati di cui al Titolo IX, Libro II, c.p.» (delitti contro la moralità pubblica e il buon costume) (p. 129 ss.); 3) «coincidenza con la nozione penalistica, comprensiva dei reati di cui sopra e delle contravvenzioni per violazione della pubblica decenza» (p. 135 ss.); 4) «coincidenza con la nozione penalistica, comprensiva dei reati di cui sopra e di quei reati “a contenuto plurimo” ledenti anche il buon costume» (p. 139 ss.); 5) «coincidenza con la tutela della morale sessuale» (p. 143 ss.).

²³ V. *supra*, Cap. III, par. 2.

«pudore», non sembra affatto meno difficoltoso. Ne sia riprova il fatto che la giurisprudenza e la dottrina più recenti, come si è visto, hanno preferito porre l'accento sul carattere *volontario* o meno dell'esposizione all'*osceno*, piuttosto che dirimere in un senso o nell'altro, e una volta per tutte, il contrasto tra i vari criteri per l'accertamento del «comune sentimento del pudore».

L'argomento si sposta allora sul dato *quantitativo* della minor compressione dei diritti di libertà che deriva dalla limitazione del campo operativo del «buon costume» alla sola sfera dell'*eros*. In sostanza, si fa notare che l'estensione dei limiti alle libertà costituzionalmente garantite sarebbe pericolosamente elevata, qualora si affermasse che il «buon costume» non deve rimanere confinato entro i limiti (in ipotesi molto angusti) della *morale sessuale*, ma può spaziare entro altri ambiti applicativi.

Ora, riflettendo in maniera rigorosamente matematica, questa posizione è difficilmente contestabile: poiché il più ricomprende il meno, la portata applicativa di una clausola generale che concerne diversi settori della vita sociale (anche nel solo numero di due) sarà verosimilmente più ampia di quella spettante ad una clausola generale che ne concerne soltanto uno. Il ragionamento condotto in questi termini, tuttavia, si rivela alquanto semplicistico, poiché non tiene conto del contenuto intrinseco della clausola generale, che non può essere considerato in astratto, in maniera del tutto avulsa dalle implicazioni che essa ha sulla situazione giuridica con cui viene ad interagire. Si tratta di un punto su cui occorre fare chiarezza.

Mediante il «buon costume», l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica ad una serie di precetti di natura etica, volti alla protezione di *valori* dei quali è predicata l'importanza per la società intera. Questi 'codici morali' vanno valutati in concreto, in relazione al *grado* di compressione delle libertà individuali su cui vanno ad incidere, e non in astratto, in base alla *quantità* di settori della vita cui attengono. È ben possibile che un codice morale, basato su pochi e semplici imperativi riguardanti l'intera vita di relazione di un individuo, risulti meno pregiudizievole per la libertà di quest'ultimo di quanto lo sia un codice morale fondato su una moltitudine di regole estremamente dettagliate e pervasive, ma concernenti un solo settore della sua esistenza.

Se si confronta, ad esempio, un codice morale improntato all'*harm principle* milliano con un codice morale basato sui precetti della religione cattolica in materia sessuale, ci si rende agevolmente conto che il primo, pur avendo carattere generale e pur riguardando molteplici aspetti della vita di un individuo, risulta meno incisivo delle sue libertà costituzionalmente protette di quanto lo sia il secondo. Se il «buon costume» tutelabile giuridicamente fosse comprensivo dei soli precetti logicamente desumibili dal principio secondo cui «il solo e unico fine che autorizzi l'umanità, individualmente o collettivamente, a interferire con la libertà di azione di uno dei suoi membri, è quello di proteggere se stessa»²⁴, i diritti dell'individuo non verrebbero compressi più di quanto risultasse necessario per proteggere le situazioni giuridiche altrui, con un sacrificio della posizione del singolo alquanto ridotto. Se, di converso, il legislatore, richiamando il «buon costume», potesse dar voce alla morale sessuale cattolica, avrebbe titolo per vietare una serie di

²⁴ J.S. MILL, *La libertà*, cit., p. 25.

condotte (attività sessuali premaritali e/o non finalizzate alla riproduzione²⁵, contraccezione²⁶, masturbazione solitaria²⁷, detenzione e consultazione di materiale pornografico²⁸, etc.) talora riconducibili all'esercizio di libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, le quali, all'esito di tale processo di bilanciamento, risulterebbero significativamente compresse.

Il problema non risiede, dunque, nell'estensione delle *materie* nelle quali opera il «buon costume», ma nell'individuazione di criteri – per quanto possibile oggettivi – di determinazione dei contenuti di tale clausola generale. A tal fine, l'orientamento “penalistico”, richiamando un parametro dai confini incerti e dalle potenzialità espansive molto accentuate (a seconda che la *morale sessuale* di volta in volta richiamata sia più o meno pervasiva), non si rivela a nostro avviso in grado di fornire una risposta convincente al problema che impegna la presente ricerca.

b) *Le tesi “civilistiche” ed il «buon costume» come morale sociale.*

Agli orientamenti “penalistici” si contrappongono quelle opinioni che espandono l'ambito operativo del «buon costume» di cui agli artt. 19 e 21 c. 6 Cost. oltre il campo dell'*eros*, similmente a quanto avviene per quanto riguarda la medesima clausola generale nell'ambito del diritto civile²⁹. Per tale ragione le tesi in questione sono usualmente designate dalla dottrina come tesi “civilistiche”, benchè – lo si deve notare fin da subito – non tutti gli Autori facciano espresso riferimento al significato attribuito al «buon costume» nell'ambito del diritto privato, o sostengano che ad esso debba rinviarsi per la determinazione del contenuto della nozione costituzionale³⁰. Ciò che accomuna queste posizioni sembra piuttosto l'accostamento del «buon costume» a concetti astrattamente più ampi rispetto a quello di *morale sessuale* in quanto dotati di portata generale, quali la «coscienza etico-sociale del popolo»³¹, il «comune senso morale»³² o il «vivere civile»³³.

Pur se autorevolmente sostenute, le opinioni in questione sono rimaste minoritarie in letteratura. In buona parte, inoltre, esse risultano risalenti nel tempo si sono mano a mano diradate

²⁵ Cfr. CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, reperibile on-line su <http://www.vatican.va>, §§ 2351, 2353.

²⁶ Cfr. CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, cit., § 2370.

²⁷ Cfr. CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, cit., § 2352.

²⁸ Cfr. CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, cit., § 2354.

²⁹ Aderiscono ad orientamenti “civilistici”, tra gli altri, E. ONDEI, *I diritti di libertà: l'arte, la cronaca e la storiografia*, Milano, 1955, p. 60 ss.; E. BETTI, *Il controllo del diritto sull'attività cinematografica*, in *Riv. dir. ind.*, 1962, p. 36; F. CHIAROTTI, *Revisione dei films*, cit., p. 370; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Padova, 1962, p. 862 (ma l'Autore sembra rivedere parzialmente la propria posizione nelle edizioni successive dell'opera: si v. ad es. l'opinione – peraltro non chiarissima – espressa in ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, IX ed., Padova, 1976, p. 1085, dove l'Autore esclude che il costituente abbia inteso riferirsi alla sola tutela della «morale sessuale», avendo riguardo piuttosto al «sentimento etico», limitato però alle manifestazioni «atte a turbare, in modo evidente ed in misura grave – il sentimento medio del pudore»); G. VELOTTI, *La censura cinematografica*, in *Problemi minorili*, 1962, p. 21 ss.; G.G. LOSCHIAVO, *Buon costume, censura e libertà. Linguaggi diversi*, in *Riv. pen.*, 1963, p. 9 ss.; A. PERONACI, *Intervento*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit., p. 246 ss.; F. PERGOLESÌ, *Diritto costituzionale*, Padova, 1965, p. 350; G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, cit., pp. 13-14; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, VI ed., Milano, 1967, p. 581 (anche in questo caso l'Autore sembra aver mutato opinione nelle edizioni successive dell'opera: v. ad es. ID., *Diritto costituzionale*, IX ed., Milano, 1979, p. 460, ove il «buon costume» viene ricondotto soltanto al «pudore» ed alla «pubblica decenza»); P.A. D'AVACK, *Libertà religiosa (dir. eccl.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 598. Per maggiori riferimenti si v. la già menzionata *Rassegna di dottrina sul concetto di buon costume*, cit., p. 151 ss.

³⁰ Cfr. invece E. BETTI, *Il controllo del diritto*, cit., p. 36; e G. VELOTTI, *La censura cinematografica*, cit., p. 22.

³¹ Così G. VELOTTI, *La censura cinematografica*, cit., p. 21, che ragiona anche di «complesso dei principi etici e sociali comunemente accettati dalla collettività».

³² Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., cit., p. 862; G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici*, cit., p. 13; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, VI ed., cit., p. 581.

³³ Così P.A. D'AVACK, *Libertà religiosa*, cit., p. 598.

nel panorama dottrinario, soppiantate dall'affermarsi dell'orientamento 'penalistico'. Un primo problema di queste impostazioni risiede nella scarsità degli argomenti portati dalla dottrina a sostegno delle stesse, tanto che si è ragionato di una «carenza pressochè totale di esplicitazione delle motivazioni presumibilmente sottintendenti la scelta fatta» da parte dei vari Autori³⁴. In effetti, nella maggior parte dei casi l'opzione per un'accezione più lata del «buon costume» non è adeguatamente motivata dagli interpreti mediante il richiamo ad argomenti di carattere logico-giuridico e, pertanto, risulta difficile valutare le ragioni per tale preferenza ermeneutica. Anche le rare giustificazioni addotte per l'adesione all'orientamento «civilistico», in ogni caso, risultano scarsamente convincenti.

Innanzitutto è più che dubbia la sussistenza di una regola generale in base alla quale i concetti giuridici dovrebbero avere un significato uguale in tutti i rami dell'ordinamento, come da taluno si è sostenuto³⁵: la presenza di differenze contenutistiche tra nozioni indicate con le medesime locuzioni nei diversi settori del diritto positivo è tutt'altro che infrequente³⁶, e sembra dovuta al fatto che l'interpretazione dei concetti giuridici deve essere compiuta in maniera logico-sistematica, e non può prescindere dal contesto normativo in cui ciascuna locuzione è inserita, e dai principi che regolano ciascuna branca dell'ordinamento. Non risulta pertanto corretto, a nostro avviso, ragionare di una vera e propria *regola* che impone l'interpretazione omogenea delle espressioni utilizzate dal legislatore, potendosi al più parlare di una *presunzione* in tal senso, quando ciò non sia contraddetto da elementi ricavabili *aliunde*.

Anche qualora si volesse affermare l'esistenza di una *regola* di tal segno, comunque, non si vede perché dovrebbe essere adottata la lettura del «buon costume» invalsa nel campo del diritto civile, a preferenza di quella diffusa in ambito penalistico ovvero dell'elaborazione di un'autonoma nozione della *Generalklausel* in parola³⁷. Non convince l'assunto secondo cui, poiché in ambito privatistico l'espressione in esame ha una portata più ampia di quella che essa assume nel diritto criminale, tale significazione sarebbe stata adottata dal legislatore costituzionale come valida per l'intero ordinamento giuridico³⁸. Innanzitutto tale argomento non trova alcun conforto nei lavori preparatori della Costituente, la quale – si è visto – rifiutò l'impiego della locuzione «moralità pubblica» proprio perché potenzialmente in grado di espandersi troppo in via interpretativa³⁹. In secondo luogo, la tesi in questione si pone in contrasto con quello che si è visto essere il criterio cardine nell'interpretazione delle limitazioni ai diritti costituzionalmente garantiti, vale a dire quello della lettura restrittiva degli stessi, in ossequio al principio del *favor libertatis*. Se nell'ordinamento

³⁴ Come nota E. GRASSI, *Premessa*, cit., p. 118. Conf. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 463, che cita l'opinione di Grassi.

³⁵ V. A. PERONACI, *Intervento*, cit., p. 247.

³⁶ Si pensi ad es. alla differenza che intercorre tra il concetto di *possesso* nell'ambito del diritto penale e nell'ambito del diritto civile: v. al riguardo F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2002, p. 285 ss.; o, ancora, alla diversa portata della nozione di *domicilio* nei due settori del diritto positivo: sul punto sempre F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 223 ss.; e R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 531.

³⁷ Cfr. S. GALEOTTI, *Intervento*, cit., p. 250, il quale ritiene che «[...] per dare un contenuto al concetto di "buon costume", richiamato nell'art. 21 Cost., mutare una nozione "penalistica" del concetto non sia molto più esatto di quel che non sia mutuarla dal diritto civile». Sembra dunque che, secondo l'Autore, non sia corretto adottare *de plano* la nozione di «buon costume» diffusa in un altro settore dell'ordinamento.

³⁸ In questo senso F. CHIAROTTI, *Revisione dei films*, cit., p. 373.

³⁹ V. *supra*, Cap. I., par. 3. V. anche R. CORTESE, *Moralità pubblica*, cit., p. 41.

coesistono più accezioni di un medesimo concetto posto come limite ad una libertà fondamentale, e in ipotesi l'una sia asseritamente di natura molto ampia, la scelta dovrebbe cadere su una delle altre, per evitare un sacrificio eccessivo del diritto protetto dalla Costituzione. Può discutersi se si possa ritenere che il concetto di «comune senso morale», e le espressioni affini, siano più ampi della nozione di *morale sessuale* (e si è visto che vi sono ragioni per affermare che, in concreto, non sia necessariamente così), ma certo non si può preferire i primi *proprio* perché li si ritiene più estesi del secondo.

Posto che le argomentazioni alla base di questo orientamento si rivelano piuttosto fragili, deve rilevarsi che il vero *punctum dolens* delle tesi “civilistiche”, al pari di gran parte di quelle “penalistiche”, ci sembra essere comunque un altro. Esso risiede nella tendenza ad individuare il contenuto del «buon costume» mediante il richiamo a concetti mutevoli e difficilmente afferrabili, cosicché i vari tentativi definitivi sono destinati a rimanere privi di vera e propria efficacia euristica. È infatti evidente che stabilire la coincidenza della clausola generale in esame con la «coscienza etico-sociale» non fa che spostare il problema sull'identificazione dei confini di quest'ultima nozione, esattamente come affermare la corrispondenza del «buon costume» con la *morale sessuale* costringe l'interprete ad interrogarsi su che cosa sia quest'ultima e quali siano i parametri per il suo accertamento. Ha quindi poco senso domandarsi se sia maggiormente garantista ancorare il «buon costume» all'una o all'altra di queste locuzioni, fino a che non siano stabiliti punti di riferimento oggettivi per la determinazione del significato di ciascuna di esse. Da questo punto di vista, pertanto, la concezione “civilistica” del «buon costume» non presenta alcun vantaggio rispetto a quella “penalistica”.

c) Le tesi “costituzionalistiche”.

Quale *tertium genus* tra le impostazioni “civilistiche” e “penalistiche” devono menzionarsi quelle opinioni che affermano di dover ricavare il significato del «buon costume» partendo dai dati interni alla Costituzione e che, per tale ragione, sono usualmente designate come “costituzionalistiche”⁴⁰.

Si tratta, anche in questo caso, di tesi variegata, che mettono capo a risultati non omogenei, senza nascondersi che alcuni Autori arrivano a sostenere posizioni non dissimili, nei risultati, da quelle predicate dalle impostazioni “penalistiche”, affermando la sussistenza di «un buon costume inteso come afferente esclusivamente alla morale sessuale, molto vicino (ma non

⁴⁰ In questo orientamento possono annoverarsi, tra gli altri, G. ABBAMONTE, *Jus superveniens, giudizio di rilevanza e censura cinematografica*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, p. 373; E. CAPACCIOLI, *Intervento*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit., p. 136 ss.; V. CHIEPPA, *Intervento*, ivi, p. 222; V. D'ORSI, *Intervento*, ivi, p. 235; S. GALEOTTI, *Intervento*, ivi, p. 250 ss.; G. GAVOTTI, *Intervento*, ivi, p. 193 ss.; G. GRASSO, *Aspetti costituzionali della legge sulla censura cinematografica*, in *Temi marchig.*, 1963, p. 328 ss.; M. ALBANESE, *Limiti giuridici del “fotocinereportage”*, in *Dem. dir.*, 1965, p. 381 ss.; G. LIMITI, *Violenza e buon costume*, in *Rass. mag.*, 1969, p. 275 ss.; C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero*, cit., p. 10. Sembra aderire ad un'interpretazione “costituzionalistica” anche R. CORTESE, *Moralità pubblica*, cit., p. 41 ss. Non del tutto chiara la posizione di G. DE ROBERTO, *Buon costume*, cit., p. 2, che tuttavia, in linea generale, si pronuncia a sfavore di «un'interpretazione extra-costituzionale» del limite di cui all'art. 21 c. 6 Cost. e, dunque, sembra accedere ad un'impostazione “costituzionalistica”. Per maggiori riferimenti si veda anche in questo caso la *Rassegna di dottrina sul concetto di buon costume*, cit., p. 165 ss., che, tuttavia, sul punto opera una classificazione in parte diversa da quella qui proposta.

coincidente) alla nozione penalistica di osceno di cui all'art. 529 c.p.»⁴¹. Più che il contenuto del «buon costume» in sé, dunque, l'elemento comune delle tesi "costituzionalistiche" sembra essere l'*esplicito* riferimento al testo costituzionale quale parametro interpretativo, che vale a differenziare le opinioni in parola sia da quelle che reputano necessario un *rinvio* al significato attribuito al «buon costume» negli altri rami dell'ordinamento, sia da quelle (che abbiamo pure ricondotto entro i due filoni illustrati in precedenza) che, pur non facendo riferimento al diritto civile o al diritto penale, nemmeno richiamano espressamente la Carta fondamentale quale elemento determinante il contenuto del «buon costume».

Di particolare interesse, nelle opinioni degli esponenti dell'orientamento "costituzionalistico", si rivelano anche i parametri cui viene di volta in volta riconnessa l'individuazione del «buon costume». Secondo un'opinione, ad esempio, può affermarsi che

Sembra invece che l'art. 21 cost., con il riferimento al buon costume, voglia tutelare *la persona e le comunità umane*; vengono in rilievo, oltre che il pudore sessuale, i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 cost.), i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (artt. 29 ss. cost.), la protezione della gioventù (art. 31, 2° comma cost.) ed, in genere, il rispetto delle istituzioni che formano la persona [...]»⁴².

È presente, tra i sostenitori dell'indirizzo interpretativo in parola, la convinzione che, essendo connaturata all'idea di «buon costume» la tutela di valori etici⁴³, questi ultimi debbano essere ricercati all'interno del testo costituzionale. Si legge infatti nell'opinione di un Autore:

Ciò che, a mio avviso, è da considerare è, invece, che quel limite risulta enunciato nella «Carta fondamentale», la quale, sotto il Titolo II, tratta anche dei «rapporti etico-sociali», e che, comunque, ha ricevuto in sé tutti i principali valori etici della nostra società: par ovvio, quindi, che il legislatore costituente abbia voluto riferirsi alla «pubblica moralità» intesa nel suo senso più ampio, come comprendente, cioè, tutto il patrimonio morale della nostra società, secondo la *comune coscienza* di essa e secondo l'enunciazione che, dei fondamentali valori etici di essa società, la stessa Costituzione ha fatto⁴⁴.

Tra i valori etici tutelati dalla Costituzione sotto l'etichetta del «buon costume», si sostiene, «il sesso e i suoi moralistici e pruriginosi pudori vengono [...] buon ultimi»⁴⁵. La limitazione del

⁴¹ Così G. DE ROBERTO, *Buon costume*, cit., p. 2. V. anche E. CAPACCIOLI, *Intervento*, cit., p. 138, il quale si premura di escludere dal limite del «buon costume» ogni controllo di tipo ideologico sulle manifestazioni di pensiero, confermando l'attinenza della clausola generale in parola alla *morale sessuale*; nonché R. CORTESE, *Moralità pubblica*, cit., p. 42 ss.

⁴² Così G. ABBAMONTE, *Jus superveniens*, cit., p. 373.

⁴³ Cfr. P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, I, Milano, 1969, p. 356, che, nell'affrontare la tematica del «buon costume», vi riconduce la salvaguardia «di tutti quei dettami scaturenti dal costume e dalla coscienza sociale della civiltà italiana odierna che, come tali, costituiscono altrettanti valori essenziali inderogabili del nostro stesso ordinamento giuridico vigente». Ma cfr. anche S. GALEOTTI, *Intervento*, cit., p. 254, che ragiona del contenuto del «buon costume» nei termini di una «sfera di valori»; e G. GRASSO, *Aspetti costituzionali*, cit., pp. 327-328.

⁴⁴ M. ALBANESE, *Limiti giuridici*, p. 383.

⁴⁵ Sempre M. ALBANESE, *Limiti giuridici*, p. 383. Lo stesso Autore sostiene infatti che «[...] una concezione del "buon costume" sociale ridotto ai limiti del "pudore sessuale", della c.d. "morale sessuale" e della "decenza sessuale", è semplicemente vergognosa e, comunque, assolutamente indegna di uno Stato civile» (*op. cit.*, p. 382).

«buon costume» ai soli comportamenti attinenti alla sfera erotica viene vista da taluni come il retaggio di una morale di stampo cattolico, dunque come una violazione del principio di neutralità dello Stato in materia etico-religiosa⁴⁶. In effetti il sospetto è difficile a fuggirsi, soprattutto a fronte di prese di posizione – pur autorevoli – secondo le quali il «buon costume» comprenderebbe necessariamente la morale tradizionale cattolica, di cui non si potrebbe ignorare l'influenza sul diritto e sulla società⁴⁷.

Il principio personalista, accolto fra i principi costituzionali fondamentali (art. 2), implica il riconoscimento del valore dell'uomo come persona umana, in sintesi indissolubile di valori individuali e sociali; privilegiare all'interno di questa sfera, attraverso una tutela rafforzata (o con la previsione di una forma di tutela esclusiva), il solo momento della sessualità, in difetto della minima indicazione testuale in tal senso, sembra troppo immediatamente riconnesso alla matrice ideologica cattolica tradizionale per poter ritenere che sia stato fatto proprio da una Carta costituzionale, notoriamente frutto di compromesso ideologico e politico⁴⁸.

Ancora, si è affermato che

La concezione di un buon costume sociale esclusivamente riferito alla sfera sessuale è indegna di un paese progredito e democratico, poiché, attribuendo importanza a un solo aspetto della vita individuale e sociale, troppo spesso interpretato in maniera moralistica piuttosto che morale, e con il pregiudizio della inferiorità della donna, trascura altri aspetti non meno importanti della onestà e della dignità umana⁴⁹.

Proprio la centralità della *persona* e la tutela della sua *dignità*, si sostiene, sembrano essere i dati su cui i costituenti, nonostante le diverse posizioni ideologiche che li animavano, si trovarono d'accordo⁵⁰. In quest'ottica, la menzione costituzionale dei *boni mores* non si riduce ad una mera *pruderie* dei redattori della Carta fondamentale, ma risulta la conferma del principio

⁴⁶ Così specialmente M. ALBANESE, *Limiti giuridici*, cit., pp. 382-383, il quale fa anche notare che la «comune coscienza» secondo la quale deve essere valutato il «buon costume» non può esser fatta coincidere con la «coscienza cattolica» più di quanto possa essere identificata con quella delle altre confessioni religiose, stante il «principio fondamentale costituito dell'art. 8».

⁴⁷ Cfr. A. TRABUCCHI, *Buon costume*, cit., p. 703. Affermando poi che, nel diritto civile, occorre adottare un'accezione vasta della locuzione in esame, «[...] superando il concetto ristretto di buon costume del codice penale (art. 519 ss.) e della stessa Costituzione (art. 21), legato ai problemi della vita di relazione sessuale o familiare» (ivi, p. 705), l'Autore implicitamente ammette che, nel diritto pubblico, la clausola generale in parola vede limitata la sua operatività alla sfera erotica.

⁴⁸ Così E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume*, cit., p. 550.

⁴⁹ Così Z.O. ALGARDI, *Limiti incostituzionali alla manifestazione del pensiero ed alla libertà dell'arte*, in *Dem. dir.*, 4, 1960, p. 11. Cfr., in altro settore della dottrina, quanto sostenuto da G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991, p. 192: «Se il tabù sessuale va dunque progressivamente sradicandosi dall'inconscio collettivo, appare più che legittima – ci sembra – la domanda perché il diritto penale debba continuare a *sopravvalutare* l'esigenza di proteggere il diritto di ciascun individuo a non essere investito, senza previo consenso, dalla visione di atti o immagini a contenuto erotico? [...] A ben vedere, nel mantenere il controllo penale a tutela del solo diritto al riserbo sessuale, si annida così un rischio: quello di utilizzare la legge penale come strumento di riproduzione di istanze tabuistiche che tendono ormai d'appartenere al retroterra culturale del passato». L'Autore fa del resto l'esempio di altri messaggi che possono ledere la sfera individuale, tra cui quello di «scene sgradevoli di violenza» (*ibid.*).

⁵⁰ V. G. LIMITI, *Violenza e buon costume*, cit., p. 277: «La tutela del buon costume, che accomunava l'anticlericale Calosso con i democristiani Andreotti e Moro, si fondava su un più vasto concetto che investiva la tutela della libertà e della

personalista che anima tutta la Costituzione, e che trova compimento mediante la proscrizione di quelle manifestazioni di pensiero e di quei riti che pubblicamente calpestino il valore della persona, in tutti i modi in cui ciò può avvenire. Coerentemente, parte della dottrina in questione pone l'accento sulla riconducibilità al «buon costume» della repressione delle rappresentazioni di *violenza*⁵¹, il cui ripudio viene annoverato tra i «valori etico-sociali di vitale interesse per ogni società organizzata» e che la Costituzione ha recepito, tra le altre disposizioni, nell'art. 11 Cost.⁵²

L'impostazione in parola, benchè rimasta minoritaria nella letteratura giuridica, è quella che maggiormente si avvicina alle posizioni sostenute dalla Corte costituzionale nelle sue pronunce, nelle quali – lo si è visto – la *dignità* della persona compare fin dagli albori, per assumere un ruolo assolutamente determinante nella sent. 293/2000. Proprio quest'ultima decisione, peraltro, letta nel contesto della giurisprudenza degli anni precedenti, conferma l'intento della Corte di ricercare i parametri per la determinazione del contenuto del «buon costume» *all'interno* del testo della Costituzione, senza fare affidamento su aprioristici rinvii ai significati attribuiti alla clausola in altri settori dell'ordinamento, ma ricercando invece degli *shared standards* che possano fornire una guida sicura all'interprete. Per tali ragioni, l'orientamento «costituzionalistico» si rivela a nostro avviso particolarmente fecondo di spunti, dei quali occorrerà tenere conto al momento dell'elaborazione di una nozione costituzionalmente accettabile di «buon costume».

3. Il «buon costume» nella dottrina penalistica e civilistica.

Sia la dottrina penalistica, nell'interpretare il «buon costume» quale bene giuridico meritevole di tutela mediante lo strumento del diritto criminale, sia quella civilistica, nel tentare di delineare i tratti del «buon costume» quale limite all'agire dei privati, sembrano essersi trovate di fronte al medesimo *busillis*, vale a dire la difficoltà di individuare parametri sicuri di orientamento ermeneutico.

Medesimo il problema, diversa invece si è rivelata la direzione dell'indagine nei due settori del diritto. Conviene dunque dare conto, sia pur in maniera riassuntiva, dei percorsi seguiti dagli Autori nei due settori del sapere giuridico, al fine di cogliere gli eventuali suggerimenti che possono rivelarsi utili per il presente studio.

a) La dottrina penalistica.

Per quanto riguarda specificamente il «buon costume» in ambito penalistico, sempre sullo sfondo di un dibattito dottrinale fecondo e mai sopito circa la *vexata quaestio* del rapporto tra diritto e morale, e del rispetto del principio di laicità da parte del legislatore penale⁵³, gli studiosi hanno

dignità della persona». Ciò risulta confermato dall'analisi dei lavori della Costituente da noi svolta all'inizio dell'indagine: v. *supra*, Cap. I, par. 3.

⁵¹ V. M. ALBANESE, *Limiti giuridici*, cit., p. 383; G. LIMITI, *Violenza e buon costume*, cit., p. 275 ss.

⁵² Così M. ALBANESE, *Limiti giuridici*, p. 383, da cui è tratta la citazione.

⁵³ Sul punto si vedano, ad es., i contributi contenuti in AA.Vv., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, nonché, sempre a titolo esemplificativo, G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale*, cit., p. 167 ss.; ed il ricco saggio di G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini ed E.C. Paliero, Milano, 2006, p. 283 ss.

focalizzato l'attenzione massimamente sui reati in materia di osceno e, forti di un dettato normativo che obbliga l'interprete alla ricerca del «comune sentimento del pudore» (art. 529 c.p.), si sono concentrati soprattutto sui parametri di accertamento di tale «comune sentimento», in maniera non dissimile da quanto ha fatto la giurisprudenza delle corti penali. Anche in questo caso si sono dunque distinti sostenitori dell'orientamento «storico-statistico»⁵⁴, sostenitori del «criterio dell'uomo normale»⁵⁵ e sostenitori del «criterio deontologico»⁵⁶.

Il punto di approdo più avanzato delle riflessioni penalistiche, che ha influenzato a suo tempo parte della giurisprudenza di merito e, almeno nei risultati, anche quella di legittimità⁵⁷, ci sembra risiedere nella valorizzazione del *consenso* del soggetto che entra in contatto con materiale contrario al «buon costume», limitando la punibilità alle sole condotte che mettono l'individuo adulto a confronto con l'*oscenità* (ma il discorso può valere anche per l'*indecenza*) senza un suo preventivo assenso, violando così la sua libertà personale *sub specie* di libertà sessuale⁵⁸. In questi casi, la garanzia della volontarietà dell'esposizione alle violazioni del «buon costume» viene rinvenuta nel carattere *privato* delle condotte di detenzione e distribuzione dei beni che tali violazioni realizzano (l'esempio più noto è quello – ampiamente illustrato in precedenza – della rivendita di videocassette pornografiche da parte di edicolanti)⁵⁹. Resta invece ferma la sanzione per il caso in cui il destinatario del materiale in questione sia un minore, prescindendosi in questo caso dal suo consenso.

Portata alle sue estreme conseguenze, questa tesi giungerebbe in sostanza ad identificare il «buon costume» con i singoli interessi individuali di volta in volta pregiudicati dalle condotte vietate, operando così una «individualizzazione» o «privatizzazione» del bene in questione⁶⁰. Il «buon costume» non sarebbe dunque altro se non la *summa* delle varie posizioni giuridiche appartenenti ai singoli che l'ordinamento intende tutelare. Si tratta di tesi indubbiamente animata

⁵⁴ V. ad es. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 370 ss.; M. MAZZANTI, *L'osceno e il diritto penale*, cit., pp. 41-42.

⁵⁵ Cfr. ad es. R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 26 ss.; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 222 ss.; S. CRIMI, *Le offese al pudore*, cit., p. 35.

⁵⁶ V. per tutti G. ALLEGRA, *Il «comune» sentimento del pudore*, in *Iustitia*, 1950, p. 78 ss.

⁵⁷ V. *supra*, Cap. III, par. 2.

⁵⁸ In questa prospettiva già G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 51 ss. e 105 ss. Più di recente v. ad es. M. FARINA, *Il reato di atti osceni*, cit., p. 871 ss.; M. DONINI, «Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'«offense» di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1548 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., pp. 72 ss. e 296 ss. (spec. pp. 300-301); A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Dei delitti contro la moralità pubblica*, cit., p. 16 ss.

⁵⁹ V. in particolare G. FIANDACA, *Commento a Cass. pen. n. 1063/1988*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 8 ss. Per l'analisi del caso v. *supra*, Cap. II, par. 3, e Cap. III, par. 2.

⁶⁰ Cfr. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 15 ss.: «Una simile ricostruzione della tutela, peraltro, (ri-)orienta anche la ricerca del significato da attribuire alla natura “pubblica” dell'interesse oggetto di protezione. Precisamente, nel senso che il concetto di “pubblico” non evocerà più l'idea di una moralità (sessuale) super-individuale da far prevalere, anche coattivamente, rispetto ad eventuali atteggiamenti individuali devianti [...] analogamente a quanto ad esempio avviene nell'ambito dei reati contro l'“incolumità pubblica”, la qualifica *pubblico* o collettivo sottintenderebbe soltanto la circostanza che la carica offensiva della molestia può investire una molteplicità di individui, non determinabili *a priori*»; M. FARINA, *Il delitto di atti osceni*, cit., pp. 871-872: «In effetti, l'impressione è che, senza ammetterlo esplicitamente, le Sezioni Unite prima e la Corte costituzionale poi abbiano profondamente rimodellato l'oggettività giuridica delle norme in esame, espellendo dal diritto vivente la “moralità pubblica” e il “buon costume”, intesi come beni collettivi indisponibili. Al contrario, ciò che la legge oggi tutela non è più il pudore collettivo, bensì il pudore del singolo individuo, che deve sempre poter essere libero di scegliere quando e come esporsi alle sollecitazioni erotiche»; nonché A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Dei delitti contro la moralità pubblica*, cit., p. 16: «[...] il bene giuridico, così reinterpretato, non sarebbe più di tipo superindividuale – come quello diviso dal legislatore del 1930 – ma di tipo individuale». S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»*, cit., pp. 998-999, definisce «individualistiche» le concezioni in parola, contrapponendole a quelle «organicistiche», che invece attribuiscono rilevanza superindividuale al bene «buon costume».

da intenti garantisti, oltre che dalla progressiva presa d'atto del venir meno di un ideale di società omogenea negli ultimi decenni del ventesimo secolo e dalla conseguente necessità di tutela del pluralismo ideologico-culturale venutosi via via affermando.

Nonostante sia stata riproposta anche in ambito sovranazionale, in relazione alla clausola della «*public morality*» inserita nella C.E.D.U.⁶¹, questa linea argomentativa – come si è visto – non ha incontrato il favore della giurisprudenza, né costituzionale né di legittimità⁶², che ha sottolineato la pertinenza collettiva, e non meramente individuale, del «buon costume». Senza contare che l'adesione a questo orientamento finisce col privare di autonoma consistenza il concetto stesso di «buon costume», ciò che sembra smentito anche dai lavori preparatori, dai quali si desume chiaramente la volontà di attribuire una rilevanza sostanziale, e non meramente riassuntiva, alla clausola generale in parola⁶³.

Ai fini della presente indagine, pertanto, risulta con tutta probabilità più corretto leggere i risultati cui perviene la dottrina penalistica in chiave meno radicale, e – seguendo le indicazioni emerse in sede giurisprudenziale – intendere il requisito della *pubblicità* della condotta, ai fini di un giudizio di contrarietà o meno al «buon costume», come il risultato di un *bilanciamento* tra l'interesse pubblico alla tutela di determinati valori e quello individuale al rispetto di una sfera di autonomia decisionale posta al riparo dalle istanze comunitarie; bilanciamento che arriva a costituire, in sostanza, un vero e proprio confine concettuale della nozione di «buon costume», posto che l'*enforcement* di tale bene non può spingersi oltre il limite dell'interferenza dello Stato con le scelte più intime ed interamente *self-regarding* operate dall'individuo. Se lette (o rilette) in quest'ottica, le conclusioni degli Autori menzionati si rivelano di notevole utilità per l'elaborazione di una definizione della clausola generale oggetto del presente studio⁶⁴.

b) *La dottrina civilistica.*

Anche la dottrina civilistica si è interrogata più volte sui confini del «buon costume», soprattutto per quel che concerne l'ambito del diritto dei contratti, forte peraltro – in questo settore – della lunga tradizione giuridica di cui gode la clausola generale in esame, che affonda le sue radici nel diritto romano⁶⁵.

⁶¹ V. *infra*, Cap. V, par. 5.

⁶² V. *supra*, rispettivamente Cap. II, par. 3, e Cap. III, par. 2.

⁶³ V. *supra*, Cap. I, par. 3. Non ci sembra, invece, che il rigetto delle teorie «individualistiche» in tema di «buon costume» possa essere motivato in base alle considerazioni secondo cui a) tali impostazioni postulano l'adesione alla «tutt'altro che pacifica c.d. *concezione del diritto per valori*»; e b) esse si espongono alle obiezioni che la dottrina muove all'emersione di «nuovi diritti»: in questo senso S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»*, cit., pp. 998-999, nota 34. Per quanto riguarda il primo rilievo, la connessione tra «concezione del diritto per valori» e «individualizzazione» del bene «buon costume» non sembra affatto necessaria come asserisce l'opinione in commento, ben potendosi concepire una reinterpretazione del bene in parola ben all'interno di impostazioni teoriche di segno differente. Quanto al secondo punto, sostenere che le norme a tutela del «buon costume» possono essere lette come poste a tutela di un interesse alla *riservatezza sessuale*, ricavabile ex art. 13 Cost., non significa postulare l'emersione di un «nuovo diritto» (come avverrebbe se tale interesse fosse ricondotto alla sola clausola generale dei «diritti inviolabili dell'uomo» di cui all'art. 2 Cost.), quanto piuttosto far emergere un aspetto precedentemente rimasto in ombra di un diritto positivamente previsto (quello della libertà personale di cui all'art. 13 Cost.), attraverso una lettura logico-sistematica dello stesso: cfr. sul punto l'impostazione di F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 1 ss.

⁶⁴ Va infatti osservato che l'impostazione «individualistica» prospettata dagli Autori menzionati in precedenza e quella «organicistica» fatta propria dalla giurisprudenza, pur passando attraverso un percorso argomentativo differente, giungono al medesimo risultato concreto: così S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»*, cit., p. 999.

⁶⁵ V. *supra*, Cap. I, par. 1.

Per quanto concerne le proposte interpretative avanzate, va detto che gli studiosi sono propensi ad ammettere che il «buon costume» abbia una natura «schiettamente assiologica»⁶⁶, vale a dire che esso sia funzionale alla tutela di *valori* di matrice etica prima ancora che giuridica, ritenuti di tale importanza dall'ordinamento, da essere elevati a limite della libertà privata dell'agire. Il problema è l'individuazione di tali valori e della fonte da cui essi promanano. Anche in questo caso si ripropone l'alternativa tradizionale tra la scelta di un sistema di valori assoluto e trascendente la realtà giuridica, cui dunque la formula «buon costume» farebbe rinvio (c.d. concezione deontologica del «buon costume»), e l'opzione per il richiamo ad una «morale sociale», vale a dire a «quell'insieme di valori caratterizzanti una collettività perché in questa vengono con particolare intensità sentiti e praticati»⁶⁷ (c.d. concezione sociologica del «buon costume»)⁶⁸. In entrambi i casi, il contenuto della concetto giuridico in esame sarebbe di matrice extra-giuridica, ed avrebbe ingresso nell'ordinamento per il tramite dello 'spiraglio' lasciato aperto dalla clausola generale stessa. Accanto a queste due impostazioni, tuttavia, ne emerge una terza, volta ad individuare la fonte del «buon costume» *dall'interno* dell'ordinamento giuridico, mediante un diverso procedimento interpretativo⁶⁹. Alle indicazioni emergenti da questo orientamento riteniamo sia da prestare la massima attenzione.

Nella diffuso scetticismo circa la possibilità di individuare, all'interno del tessuto sociale e senza alcun criterio orientatore, un vero e proprio «sentimento comune», una morale sociale ricavabile semplicemente in maniera empirica, quasi fosse un dato obiettivamente accertabile mediante l'osservazione della realtà⁷⁰, «se non a costo di arbitrarie generalizzazioni di quella propria di determinati ceti o gruppi»⁷¹, le tesi in esame dirigono la ricerca dei parametri di riferimento verso le indicazioni provenienti dal diritto positivo. In che modo?

Secondo taluno, negli ordinamenti moderni, ed in particolare in quello italiano contemporaneo, ci si troverebbe di fronte ad un fenomeno di «giuridicizzazione della morale»⁷², vale a dire ad una «acquisizione, nell'ordine giuridico, di quei principî della morale (non, quindi, tutti o necessariamente tutti) che, meglio armonizzandosi con gli altri *valori* espressi dal sistema giuridico, rendano questo ultimo maggiormente organico»⁷³. Ciò può affermarsi in base alla tendenza dello Stato di diritto a porsi come «sistema di *valori* autonomo» e «il più "completo"»

⁶⁶ F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 384.

⁶⁷ Così G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 71, ma v. *amplius* l'esame condotto a p. 74 ss.

⁶⁸ Per una ricostruzione dei principali orientamenti sul punto si v. l'analisi effettuata da G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 629 ss.

⁶⁹ Per questo orientamento si vedano ad es. G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit.; S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. merito*, 1970, p. 105 ss.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973; A. GENTILI, *Le invalidità*, in AA.VV., *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, vol. *I contratti in generale*, t. 2, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1501 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, vol. II. *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 459 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità*, cit., p. 378 ss.

⁷⁰ Cfr. al riguardo G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 265 ss.; S. RODOTÀ, *Ordine pubblico*, cit., p. 106; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1504; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., p. 461.

⁷¹ Così G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., p. 461.

⁷² G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 262.

⁷³ *Ibid.*

possibile», assorbendo al proprio interno il patrimonio etico proveniente da fonti esterne, che va dunque ad affiancare e ad integrare i principi fondamentali del sistema stesso⁷⁴.

È dunque all'interno del sistema di valori dell'ordinamento che si deve guardare per selezionare, tra le molteplici istanze etiche emergenti dalla compagine sociale, quelle che possono, mediante il richiamo della clausola del «buon costume», fungere da limite alla libertà individuale. In quest'ottica, la Costituzione rappresenta uno strumento di confronto pressochè obbligato⁷⁵, a cagione del contenuto etico che la caratterizza in modo particolare⁷⁶, e che è suscettibile di fornire un punto di partenza per la ricerca di alcuni valori di base sui quali c'è (o dovrebbe esserci) un consenso delle forze sociali⁷⁷. È alla Costituzione che occorre guardare per rinvenire un patrimonio morale comune, su cui fondare il concetto di «buon costume», che perde dunque il suo carattere propriamente *extragiuridico*, per entrare a far parte dell'ordinamento positivo⁷⁸. Si è così efficacemente concluso che

Date le caratteristiche sue proprie, e la forte legittimazione ripetuta dalla procedura di formazione e modificazione, la Costituzione si presta come punto di riferimento su cui è facile raggiungere ampio consenso per decidere sui valori di buon costume: non esclusivamente, ma accanto alle conquiste (quando non rimosse) della tradizione (che, però, non paiono rimosse in quanto assorbite nei vasti principi costituzionali).

*In definitiva, al di là degli steccati che separano contrapposte visioni del diritto (e del mondo), si dovrebbe concordare sulla opportunità del riferimento ai valori costituzionali per dare chiara sostanza ai precetti, altrimenti inutilizzabili per eccessiva opinabilità, del buon costume.*⁷⁹

⁷⁴ Sempre G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 263: «Lo Stato di diritto, dunque, tende fatalmente a porsi come sistema di *valori* il più "completo" possibile; un sistema, cioè che sia direttamente in grado di cogliere e regolare i molteplici aspetti in cui la realtà sociale si articola, attraverso *valori* che esso esprime». V. anche p. 270: «L'unica morale "comune" cui è possibile far riferimento, ci sembra, dunque, quella giuridica; "comune non soltanto perché operante nei confronti di ognuno ed il cui rispetto è *imposto* a tutti coloro che si trovano ad agire nell'ambito del nostro sistema giuridico, ma "comune anche perché, forse, sentita da tutti coloro cui le norme si rivolgono; *comune*, dunque, come risultato di una educazione a quel tipo morale, che indubbiamente l'imperatività di una norma, soprattutto se di non recente introduzione, finisce per ottenere».

⁷⁵ Cfr. G. PANZA, *Buon costume*, cit., p. 151: «Si tratta, invece, di decidere tra due tipi diversi di espansione assiologica: l'uno facente capo direttamente ad un sistema sovraordinato di valori che l'interprete sceglie più o meno conformemente al punto di vista corrente, l'altro segnato dal sistema positivo e per questo meno soggettivo o arbitrario. In presenza di una Costituzione di tipo rigido la scelta non può che cadere su questa seconda soluzione».

⁷⁶ Sulla possibilità di una *moral reading* della Carta Costituzionale v. *amplius infra*, al Cap. VII, par. 2.

⁷⁷ V. S. RODOTÀ, *Ordine pubblico*, cit., p. 106: «La Costituzione non è un toccasana o un talismano, lo sappiamo tutti e non da ieri: ma non è neppure una legge come tutte le altre (e questo, per chi fa mestiere di giurista, dovrebbe pure significare qualcosa). Soprattutto non è una legge come tutte le altre, perché ha rappresentato, bene o male, una "convenzione tra le classi sociali" [...]: proprio questa sua caratteristica, allora, la presenta come un testo particolarmente idoneo a fornire quelle indicazioni di principio (o valori, se così si vuol chiamarli) sulle quali può richiedersi un consenso generalizzato e che, di conseguenza, con minor margine di arbitrio possono costituire lo strumento di controllo dell'attività privata» (la citazione interna è di M.S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, p. 6). Ma v. anche G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., pp. 461-462; F. DI MARZIO, *La nullità*, cit., p. 389 ss.

⁷⁸ Cfr. G. PANZA, *Buon costume*, cit., p. 151: «Si può trarre una conclusione: il necessario approdo alla problematica dei principi generali inespressi non autorizza ad attribuire natura extragiuridica al buon costume. Nella polemica al riguardo fra sociologismo o storicismo e positivismo la verità sta, come spesso accade, nel mezzo e coincide con il vigore dell'attuale Costituzione».

⁷⁹ Così F. DI MARZIO, *La nullità*, cit., pp. 390-391; ma v. già ID., *Buon costume*, in AA.VV., *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, VI, p. 252: «Incontestabilmente, la nozione di morale sociale cessa di essere un concetto inattuabile per eccesso di opinabilità solo se viene ancorata ai valori (non presumibilmente ma) positivamente condivisi dalla collettività. Tali valori, si ripete, sono quelli espressi dalla Costituzione».

Secondo la stessa dottrina, dunque, «buon costume» e «ordine pubblico», due locuzioni spesso giustapposte nel diritto civile per fissare un limite all'autonomia privata, non sarebbero due nozioni distinte, ma la prima sarebbe ricompresa nella seconda, ed entrambe avrebbero alla radice i «valori fondamentali dell'ordinamento»: il «buon costume» arriverebbe così a configurare un «ordine pubblico non economico»⁸⁰.

Quali risultano essere, dunque, questi valori, tutelati a livello costituzionale, che formano il *minimo etico* da cui partire nella ricerca di un contenuto della clausola generale oggetto del presente studio? Mentre dottrina più risalente, riferendosi alle fattispecie di più frequente realizzazione nel settore civilistico, sostiene che «i valori utili per l'individuazione del contenuto del buon costume siano rappresentati dalla correttezza, dalla buona fede, dalla diligenza e, più in generale, da quella solidarietà che s'impone nell'ambito della famiglia, nei rapporti professionali, non meno che nel commercio e nei traffici»⁸¹, opinioni più recenti adottano una prospettiva di più ampio respiro, affermando che «Il tratto caratterizzante della contrarietà al buon costume consisterebbe nella lesione della *dignità umana*, quindi di un “valore assoluto dell'ordinamento positivo”»⁸².

Appaiono evidenti i punti di contatto delle tesi in parola con l'impostazione adottata dalla Corte costituzionale con la sent. 293/2000, in particolare con riguardo al punto di partenza dell'indagine, vale a dire la ricerca di un *minimo comune denominatore etico* della società, ed al punto di arrivo di tale percorso, che mette capo ancora una volta alla *dignità umana* quale valore condiviso e condivisibile dalle svariate componenti sociali di una società liberal-democratica quale quella italiana. Sembra dunque che la prospettiva in parola goda anche del supporto di una parte autorevole della dottrina civilistica, ciò che conforta lo studioso che, nella ricerca dei confini concettuali del «buon costume», intenda seguire un percorso ermeneutico di tal fatta.

4. Le opinioni più recenti alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 293/2000.

Dopo l'importante pronuncia resa dalla Corte costituzionale nel 2000, avente ad oggetto l'art. 15 l. 47/1948, la dottrina costituzionalistica ha concentrato l'attenzione sulle implicazioni della sent. 293/2000 per il 'futuro' del «buon costume». Le opinioni dottrinali riguardanti la decisione della Corte, sia di segno positivo che di segno negativo, sono già state prese in considerazione, nel presente studio, al momento dell'esposizione e commento della sentenza, ove sono state messe in luce le principali critiche ed i principali elogi mossi dagli Autori all'apparato argomentativo impiegato dalla Consulta nella motivazione⁸³. In questa sede non si tornerà dunque sull'argomento, se non per sottolineare un aspetto meritevole di segnalazione.

La prospettiva fatta propria dalla Corte costituzionale circa la ricerca di un nucleo di valori ampiamente condiviso a livello sociale, pur se accolta con favore da parte della dottrina, viene

⁸⁰ In questo senso sempre F. DI MARZIO, *Buon costume*, cit., p. 252.

⁸¹ Così G.B. FERRI, *Buon costume. II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 6, ribadendo la posizione già espressa in ID., *Ordine pubblico*, cit., p. 271 ss.

⁸² Così G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., p. 461; la citazione interna è tratta da F. DI MARZIO, *Buon costume*, cit., p. 252.

⁸³ V. *supra*, Cap. II, par. 5.

dalla stessa ulteriormente precisata nel senso di non poter condurre all'introduzione surrettizia di un «ordine pubblico ideale mascherato sotto le spoglie del buon costume»⁸⁴, vale a dire di un complesso di norme etiche imposte «dall'alto» alla società, alla guisa di una vera e propria «moralità di regime», sia pure di un regime di ispirazione liberaldemocratica. Il «buon costume» è un elemento che non può ignorare la realtà sociale e non può essere determinato in maniera totalmente indipendente da essa, al di fuori di un'ottica di confronto e di evoluzione delle tendenze emergenti «dal basso». Secondo questa posizione, il complesso dei principi costituzionali, con la sua carica di indole etica, non sembra fungere tanto da *contenuto* della clausola del «buon costume», quanto piuttosto – e come si è già fatto notare – da *filtro* alle posizioni morali emergenti dalla comunità e dalle varie forze che la compongono. Secondo quest'opinione, dunque

Il ruolo che i valori costituzionali possono giocare consiste nel filtrare o depurare il limite in esame dai sentimenti od opinioni palesemente contrastanti con lo spirito della Costituzione. [...] Da questo punto di vista si confermerebbe, sia pure in termini ridotti e addolciti dal pluralismo costituzionale, la tradizionale permeabilità della morale pubblica ai principi di regime, e la sottoposizione della libertà di pensiero ad un limite non tanto indeterminato (perché dipendente dal mutevole atteggiarsi della coscienza collettiva), quanto sensibile alla tutela del principio di autorità⁸⁵.

L'idea dei valori costituzionali come *filtro* alle convinzioni emergenti dal tessuto sociale non è nuova, ed emerge già nella dottrina civilistica poc'anzi esaminata, pure quando essa si dimostra non contraria all'enucleazione di un vero e proprio «ordine pubblico costituzionale»⁸⁶. In questo senso, il patrimonio morale racchiuso nella Costituzione è lungi dal rappresentare un sistema chiuso e astratto, impermeabile alla realtà sottostante, cui non si impone affatto «dall'alto», autoritativamente; al contrario, esso si presenta invece in costante dialogo con essa, nella piena consapevolezza delle difficoltà che presenta la ricerca di posizioni condivise in un contesto pluralista e potenzialmente conflittuale. In quest'ordine di idee, è stato detto,

[...] soprattutto in situazioni di laceranti conflitti (com'è l'attuale), è necessario trovare dei punti precisi da cui muovere nell'affermazione del valore prevalente di alcuni principi rispetto ad altri. A questo risultato, la Costituzione si presta non soltanto per la sua posizione gerarchica tra le fonti del diritto, ma anche per la sua struttura interna, articolata in principi che consentono un continuo adeguamento con la realtà sociale: *solo che non si tratta di un adeguamento condotto secondo criteri arbitrari, ma sulla base delle stesse indicazioni rinvenibili nel testo costituzionale, che [...] ha una funzione di «filtro» nei confronti degli orientamenti espressi nell'ambito della collettività*⁸⁷.

⁸⁴ Così M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 217.

⁸⁵ M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 217. Ancora, commentando la sent. 293/2000, l'Aurice rileva: «Accanto al filtro rappresentato dal pluralismo vivente nella società, il buon costume subisce pertanto il filtro delle convinzioni morali condivise dai Costituenti e poste a base della società, riconfermando la dialettica che tradizionalmente lo colloca tra società e istituzioni. – Come si è già rilevato, se si intende mantenere il limite in esame nella sua accezione di bene collettivo, e non individuale, è indispensabile infatti renderlo impermeabile ai pregiudizi sociali palesemente contrastanti con lo spirito della Costituzione, ovvero condizionarne l'operatività ai principi di regime» (ivi, p. 223).

⁸⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Ordine pubblico*, cit., p. 107. Ma sull'idea di un «ordine pubblico costituzionale» v. *amplius* L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XII, 1965, p. 132 ss.

⁸⁷ S. RODOTÀ, *Ordine pubblico*, cit., pp. 106-107 (corsivo aggiunto).

Ancora, si è rilevato che lo Stato di diritto, in questa prospettiva, arriva ad essere in sostanza

[...] non dunque, mero registratore di eventi e fatti sociali, né passivo esecutore di tendenze ed aspirazioni sociali, ma coordinatore di quelli, come di queste; che si di essi è, dunque, destinato ad incidere, valutandoli e scegliendoli; alcuni facendoli propri, altri respingendo, proprio perché è necessariamente nella logica di ogni sistema di *valori* (come accade per la stessa morale) l'esigenza di plasmare la realtà su cui si intende incidere e non tanto quella di essere plasmato⁸⁸.

Per la sua portata indubbiamente garantista, e per il tentativo di contemperare l'esigenza di un controllo sulle convinzioni etiche emergenti dalla società con la necessità di non ignorare la realtà concreta della comunità di riferimento, ci pare che la prospettiva in esame sia meritevole di seria considerazione nell'ambito delle riflessioni che saranno svolte nella parte conclusiva della presente indagine.

⁸⁸ G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 263.

PARTE II

IL «BUON COSTUME» NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE

CAPITOLO V

IL «BUON COSTUME» NELLA DIMENSIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive; 2. La clausola delle «(public) morals» nella C.E.D.U. 3. I *leading cases* in tema di «moralità pubblica»: *Handyside* e *Dudgeon*; 4. La giurisprudenza successiva; 5. Critica della giurisprudenza EDU in tema di «*public morals*»; 6. «Moralità pubblica», margine di apprezzamento e giurisprudenza U.E.; 7. Considerazioni di sintesi.

1. Considerazioni introduttive.

Per il rilievo che la normativa sovranazionale ha assunto nei confronti dell'ordinamento italiano, anche in virtù della particolare posizione che le fonti europee ed internazionali rivestono nell'ambito di quest'ultimo in virtù degli artt. 11 e 117 c. 1 Cost., sembra opportuno volgere l'attenzione alla giurisprudenza degli organi dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa, al fine di valutare se possano da essa ricavarsi suggerimenti utili ai fini della presente indagine. Appurato infatti che i testi fondamentali delle due organizzazioni internazionali contengono riferimenti a concetti in qualche modo assimilabili al «buon costume» italiano, si tratta di vedere in che modo tali locuzioni 'vivano' nel diritto pretorio delle Corti U.E. e di Strasburgo. A tale obiettivo è dedicato il presente Capitolo.

2. La clausola delle «(public) morals» nella C.E.D.U.

Come si è visto¹, la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali menziona più volte le «*morals*» quale legittima causa di restrizione dei diritti garantiti dalla Convenzione. A fronte infatti del parco uso testuale del «buon costume» da parte del Costituente italiano, si può rilevare una notevole pervasività della clausola generale in parola in ambito C.E.D.U., comparando la stessa quale legittima causa di restrizione di svariati diritti (diritto alla vita privata e familiare; libertà di pensiero, coscienza e religione; libertà di espressione; libertà di associazione e di riunione; libertà di circolazione). Va inoltre premesso che, benchè nella Convenzione il sostantivo «*morals*» non sia accompagnato dall'aggettivo «*public*»², ci sembra di doverlo tradurre nei termini di «moralità pubblica» («*public morals*»), non essendo verosimile che la «morale» di cui fanno parola gli articoli citati, e che consente la limitazione dei diritti degli individui,

¹ V. *supra*, Cap. I, par. 2.

² L'unica disposizione in cui l'aggettivo «*public*» compare vicino alle «*morals*» è l'art. 9.2, ove si legge: «*Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*» (enfasi aggiunta). Ci sembra tuttavia che, in tale contesto, la specificazione «*public*» sia riferita al solo «*public order*»: negli artt. 8.2, 10.2, 11.2 e 2.3 del 4° Protocollo aggiuntivo, infatti, l'endiadi «*health and morals*», non più preceduta dal «*public order*», si presenta priva dell'aggettivo «*public*».

sia effettivamente altro da un interesse collettivo, dotato di elementi di *pubblicità* che ne comportino la fuoriuscita dalla sfera del singolo³.

Orbene, la clausola in questione è stata più volte invocata dagli Stati, nel corso degli anni, per giustificare le diverse misure limitative delle situazioni giuridiche garantite agli individui: di conseguenza si è sviluppata una giurisprudenza di rilievo degli organi deputati a vigilare sul rispetto della Convenzione da parte degli ordinamenti nazionali. In questa sede si prenderanno dunque in considerazione gli orientamenti giurisprudenziali emersi in materia di «moralità pubblica» in ambito C.E.D.U., focalizzando l'attenzione sui casi più importanti al vaglio degli organi di Strasburgo. Si rende necessario precisare che, siccome fino al 1998 i ricorsi alla Corte europea dei diritti umani erano soggetti ad un meccanismo di filtro che si basava sull'operato della (ora abolita) Commissione europea dei diritti umani⁴, ai fini della presente indagine si rivela opportuno tener conto anche delle pronunce di quest'organo.

Occorre inoltre chiarire che, nel corso della trattazione, si prenderanno in esame le decisioni nelle quali la clausola delle «*(public) morals*» è invocata *espressamente* come giustificazione alle misure statali e come tale considerata dal giudice. Non si ignora, invero, che considerazioni di carattere morale possano essere state alla base di numerose decisioni della Commissione e della Corte⁵, ma – in disparte la scarsa affidabilità, in linea generale, di un'indagine sulle presunte ragioni di fondo delle pronunce giudiziarie – riteniamo che la menzione delle «*morals*» nelle motivazioni delle sentenze rappresenti una fonte più sicura di indizi circa la reale estensione di questo concetto nella giurisprudenza E.D.U.

3. *I leading cases in tema di «moralità pubblica»: Handyside e Dudgeon*

Le pronunce più significative in tema di «*public morals*» nella giurisprudenza E.D.U. sono rappresentati dalle sentenze rese dalla Corte nei casi *Handyside*⁶ e *Dudgeon*⁷, la cui struttura argomentativa è stata più volte ripresa dai giudici di Strasburgo negli anni successivi. Si rivela dunque opportuno iniziare l'indagine dalle decisioni in parola.

a) *Il caso Handyside*⁸

³ Sul punto si rinvia peraltro alle riflessioni svolte *amplius infra*, Cap. VII, par. 5.

⁴ Per effetto del Protocollo addizionale n. 11, entrato in vigore il giorno 01 novembre 1998, la Commissione Europea dei diritti dell'Uomo è stata abolita ed i ricorsi sono ora proposti direttamente alla Corte.

⁵ Non si può in effetti nascondere il sospetto che argomenti di carattere morale abbiano giocato un ruolo determinante nella decisione di interi filoni giurisprudenziali, nei quali tuttavia non si è fatto espresso richiamo alla clausola generale in esame. È il caso, ad esempio, del contenzioso sui diritti dei transessuali: al riguardo si v. G. REPETTO, *I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica*, in AA.VV., *Diritti fondamentali europei. Casi e problemi di diritto costituzionale comparato*, a cura di A. Vespaziani, Torino, 2008, p. 118 ss.; ma si veda anche P. KOERING-JOULIN, *Public Morals*, in AA.VV., *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, a cura di M. Delmas-Marty, Dordrecht, 1992, p. 92 ss.

⁶ Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso 5493/72, sent. del 7 dicembre 1976; tutte le pronunce della Corte e della Commissione europea dei diritti umani sono consultabili on-line sul database della giurisprudenza E.D.U., all'indirizzo <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁷ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso 7525/76, sent. del 22 ottobre 1981.

⁸ Sul caso *Handyside* v. C.S. FEINGOLD, *The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights*, in *Notre Dame Lawyer*, 53, 1977-1978, p. 90 ss. e Id., *The Little Red Schoolbook and the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Rev.*, 1978, 3, p. 21 ss. Per un riassunto del caso in lingua italiana v. L.F. COLOMBO, *Il caso Handyside: presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle pubblicazioni oscene destinate ai minori*, in *Jus*, 1976, p. 397 ss.

Il caso *Handyside* riguarda un ricorso per violazione della libertà di espressione, nel quale il titolare di una casa editrice britannica lamenta che la normativa inglese in materia di oscenità⁹, sulla base della quale egli è stato condannato in seguito alla pubblicazione di un volume, *The Little Red Schoolbook*¹⁰, comprime illegittimamente il diritto garantitogli dall'art. 10 C.E.D.U. (oltre ad altre situazioni giuridiche che in questa sede non vengono in rilievo).

La Commissione, pur ritenendo che non vi sia stata violazione dei diritti del ricorrente, ritiene ammissibile il ricorso e la questione viene pertanto ad essere esaminata dalla Corte. Il modello argomentativo impiegato da quest'ultima con riguardo ai profili attinenti la libertà di espressione è destinato a ripetersi spesso nelle pronunce successive riguardo alla limitazione dei diritti C.E.D.U. per le ragioni giustificative previste dal testo della Convenzione stessa, ed in particolare per quella relativa alle «*public morals*». Più nel dettaglio, l'esame della Corte inizia con la verifica che la misura adottata dallo Stato incida effettivamente su una situazione giuridica protetta dalla C.E.D.U. e che tale misura sia «*prescribed by law*»¹¹, vale a dire che rispetti il principio di legalità. Dopo tale accertamento, i giudici passano a vagliare lo *scopo* della misura, *id est* la riconducibilità dell'interesse protetto dalla stessa ad uno di quelli menzionati nella Convenzione («morale», «sicurezza», etc.). Infine, la Corte ritiene di dover appurare se la misura, pur se rispettosa delle altre condizioni, possa ritenersi anche «necessaria in una società democratica».

Con riguardo al caso in esame, la Corte ritiene che la normativa inglese in materia di oscenità persegua una finalità legittima, essendo deputata a tutelare la «morale» di cui all'art. 10 par. 2 C.E.D.U.¹², così ammettendo che la repressione della pornografia rientri nell'ambito applicativo della clausola generale in questione. Il *punctum crucis* della questione rimane tuttavia l'individuazione dei *parametri* sulla base dei quali la legittimità del fine e la necessità della misura in una società democratica debbano essere accertati¹³. Per vero, in Commissione era emersa un'opinione secondo la quale tali criteri avrebbero dovuto ricavarsi dall'interno della Convenzione stessa¹⁴, ma la Corte non ritiene di seguire tale suggerimento (peraltro rimasto minoritario anche nella Commissione), preferendo seguire un diverso schema argomentativo, già impiegato in alcune pronunce e successivamente mai ripudiato dai giudici di Strasburgo: si tratta della c.d. dottrina del *margin di apprezzamento*. Con tale locuzione si designa il livello più o meno ampio di discrezionalità che un organo giudicante riconosce agli Stati membri di un'organizzazione internazionale circa la valutazione dei presupposti per l'applicazione di determinati istituti, ritenendo

⁹ Si tratta dell'*Obscene Publications Act* (1959), 7 & 8 Eliz. 2, Ch. 66, come modificato dall'*Obscene Publications Act* (1964), Ch. 74.

¹⁰ Il testo, redatto dagli autori danesi S. Hansen e J. Jensen e già in circolazione in diversi Paesi europei, tra cui l'Italia, è diretto a un pubblico giovanile (scolari dai 12 anni in poi) e tratta di vari argomenti, molti dei quali legati a temi di particolare delicatezza (attività sessuali, pornografia, contraccezione, omosessualità, aborto, uso di droghe etc.), sostenendo opinioni dichiaratamente in controtendenza rispetto agli orientamenti educativi tradizionali.

¹¹ Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., §§ 43-44.

¹² Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 46.

¹³ Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 47 ss.

¹⁴ Cfr. la *separate dissenting opinion* espressa dal giudice Opshal in in Commissione europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso 5493/72, rapporto del settembre 1975. L'opinione minoritaria emersa all'interno della Commissione è menzionata dalla Corte in Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 47.

di non intervenire per censurare le scelte operate dagli stessi¹⁵. La dottrina in esame ha origine nella giurisprudenza amministrativa francese e trova le sue basi nei sistemi di diritto amministrativo degli ordinamenti di *civil law* ed era stata inizialmente impiegata dalla Commissione in relazione al solo art. 15 C.E.D.U., concernente le misure che gli Stati possono adottare in situazioni di emergenza¹⁶. Successivamente la giurisprudenza E.D.U. recepisce espressamente tale dottrina e ne amplia la portata operativa anche oltre i ricorsi riguardanti tale disposizione, come è esemplificato appunto dal caso *Handyside*¹⁷.

Con riguardo alla questione dell'accertamento delle «*morals*», dunque, la Corte sottolinea il carattere sussidiario di tutela approntato dalla C.E.D.U. rispetto ai rimedi di diritto interno e, constatato che non vi è una nozione di «morale» condivisa dagli Stati membri¹⁸, giunge ad affermare che «in ragione del loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro Paesi, le autorità statali si trovano in linea di principio in una posizione migliore del giudice internazionale per fornire un'opinione sull'esatto contenuto di tale requisito, così come sulla "necessità" di una "restrizione" o di una "sanzione" volta a soddisfarlo»¹⁹. La Corte ritiene dunque che la normativa inglese persegua uno scopo legittimo e, accertato anche il requisito della «necessità in una società democratica» della misura statale²⁰, la Corte rigetta tutte le argomentazioni avanzate dal ricorrente, ritenendo insussistente, nel caso di specie, una violazione dei suoi diritti C.E.D.U.

b) Il caso *Dudgeon*

A distanza di pochi anni dalla pronuncia testè riassunta, la Corte si trova ad affrontare nuovamente la tematica della «moralità pubblica» nel caso *Dudgeon c. Regno Unito*²¹, riguardante

¹⁵ Per altre proposte definitorie emerse in dottrina si v. F. TULKENS-L. DONNAY, *La teoria del margine nazionale di apprezzamento e la Corte europea dei diritti dell'uomo: paravento giuridico o criterio interpretativo indispensabile?*, in *lus17@unibo.it*, 2008, p. 420 ss.

¹⁶ In particolare, l'art. 15 par. 1 C.E.D.U. dispone che «In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere delle misure in deroga alle obbligazioni previste nella presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale». In alcune occasioni la Commissione ritenne che gli Stati beneficiassero di un certo *margin of appreciation* circa la valutazione delle misure richieste dall'emergenza: si vedano i casi Commissione europea dei diritti umani, *Grecia c. Regno Unito*, ricorso 176/56, rapporto del 26 settembre 1958; Commissione europea dei diritti umani, *Lawless c. Irlanda*, ricorso 332/57, decisione del 19 dicembre 1959.

¹⁷ Per approfondimenti sulla dottrina del *margin of appreciation* si vedano, oltre al saggio di F. Tulkens e L. Donnay testè citato, le due monografie di H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, 1996, e di Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Theory and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the E.C.H.R.*, Antwerpen, 2002, nonché, per la dottrina italiana, R. SAPIENZA, *Il margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.

¹⁸ V. Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 48, con affermazione ripresa in numerose pronunce successive e mai smentita dalla Corte. Al riguardo si v. anche *infra*, al par. 4.

¹⁹ Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 48. Il passo recita testualmente: «*By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or penalty intended to meet them.*».

²⁰ La Corte infatti – pur rimarcando la fondamentale rilevanza della situazione giuridica protetta dall'art. 10 nell'ambito del sistema dei diritti C.E.D.U. e nel contesto delle società liberaldemocratiche, e pur riconoscendo un obbligo, per gli Stati, di fornire tutela anche alle «informazioni» e alle «idee» suscettibili di «offendere, scioccare o disturbare lo Stato ovvero ogni altro settore della popolazione» (Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 49) – afferma che la libertà di espressione comporta anche «doveri e responsabilità» a carico del singolo, ciò che autorizza lo Stato ad intervenire sui mezzi attraverso i quali è data attuazione al diritto in parola. Nel caso di specie, peraltro, la necessità della misura deve essere valutata, secondo la Corte, anche sulla base della particolare età dei destinatari delle pubblicazioni (Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 52).

²¹ Sul caso *Dudgeon* si v., tra gli altri, G. REPETTO, *I diritti all'identità sessuale*, cit., p. 105 ss., anche per la traduzione in italiano delle parti più salienti della sentenza della Corte.

questa volta l'art. 8 C.E.D.U., che protegge la libertà della vita privata dell'individuo. Benchè lo schema argomentativo della sentenza non sia differente da quello impiegato nel caso *Handyside*, i giudici pervengono a conclusioni di segno opposto rispetto a quelle raggiunte nella prima decisione, rilevando una lesione della Convenzione da parte della normativa nazionale.

Il caso origina dalle doglianze di un cittadino britannico residente nell'Irlanda del Nord, il quale viene sottoposto a procedimento penale per violazione della normativa nord-irlandese che vieta gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso, anche se compiuti tra soggetti adulti ed in luogo privato²². Benchè le autorità locali, alla fine, decidano di non esercitare l'azione penale nei confronti dell'indagato, egli si determina ad adire comunque gli organi di Strasburgo, ritenendo la semplice esistenza della normativa penale in questione lesiva del diritto garantitogli dall'art. 8 C.E.D.U.

Seguendo i passaggi del modello di giudizio inaugurato con la sentenza *Handyside*, la Corte, in linea con l'opinione della Commissione,²³ accerta innanzitutto che la legge dell'Irlanda del Nord comporta una restrizione del diritto alla vita privata del ricorrente²⁴ e deve pertanto essere giustificata sulla base di una delle motivazioni previste dalla Convenzione (deve cioè perseguire uno «scopo legittimo»)²⁵. Lo Stato resistente, nello specificare quali siano gli interessi tutelati mediante la propria normativa, invoca sia la protezione della «moralità» che quella dei «diritti degli altri» di cui all'art. 8 par. 2 C.E.D.U., non limitandosi dunque all'impiego di una linea difensiva basata su argomenti di *moralismo giuridico puro*. La Corte riconosce nella normativa nord-irlandese la presenza di entrambe le componenti: da un lato, infatti, essa era stata adottata in epoca risalente per dar voce alle convinzioni prevalenti in fatto di morale sessuale al momento della sua entrata in vigore²⁶; dall'altro lato non può ignorarsi, secondo i giudici, che una legge del tenore di quella impugnata possa mirare a «fornire strumenti di tutela per i componenti vulnerabili della società, come i giovani, contro le conseguenze delle pratiche omosessuali»²⁷, potendosi dunque richiamare anche motivazioni giuridiche in una prospettiva *harm-based* e non semplicemente diretta alla protezione di valori etici. Nell'opinione della Corte i due profili sono contigui e, nella materia in esame, non facilmente separabili: la tutela delle «*morals*», che la Corte definisce come l'«ethos morale» o come gli «*standards* morali della società nel suo complesso»²⁸, va in questo caso a braccetto con la protezione delle situazioni giuridiche di pertinenza dei terzi, talchè si rende necessario prendere in considerazione entrambi gli aspetti.

²² Si tratta delle sezz. 61 e 62 dell'*Offences Against the Person Act* (1861), *Regnal. 24 & 25 Vict.*, ch. 100, e della sez. 11 del *Criminal Law Amendment Act* (1885), *48 & 49 Vict.*, ch. 69. Le norme in questione, peraltro, sono state successivamente abrogate.

²³ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso 7525/76, rapporto della Commissione 13 marzo 1980.

²⁴ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., §§ 40-41.

²⁵ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., §§ 42-46.

²⁶ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 46. Occorre sottolineare che la normativa in esame risaliva al XIX secolo, in piena età vittoriana.

²⁷ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 47. Il testo della sentenza recita: «*The Court recognises that one of the purposes of the legislation is to afford safeguards for vulnerable members of the society, such as the young, against the consequences of homosexual practises*».

²⁸ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., *ibid.* Cfr. anche Commissione europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 108, che del resto la sentenza espressamente richiama.

Appurato che la legge nord-irlandese persegue fini legittimi, l'organo giudicante passa a verificare se le misure da essa previste risultino «necessarie in una società democratica». In questo *step* del giudizio la Corte tenta un difficile bilanciamento tra gli interessi in gioco. Secondo i giudici, infatti, l'ampiezza della discrezionalità di cui godono gli Stati in base al *margin* di apprezzamento loro spettante non dipende soltanto dalla diversa ragione giustificativa che pongano alla base delle misure limitative delle libertà individuali, ma anche dal contenuto di queste ultime²⁹. Poiché nel caso in esame vengono in gioco alcuni degli aspetti più intimi della vita privata di un soggetto, le motivazioni che consentono un intervento dello Stato *in subiecta materia* devono rivelarsi proporzionati allo scopo e, soprattutto, particolarmente gravi³⁰.

D'altro canto, proseguono i giudici, non può ignorarsi l'influenza esercitata dalle convinzioni che animano parte del contesto sociale di riferimento, e che risultano ostili all'omosessualità³¹. A far pendere il piatto della bilancia a favore del ricorrente, tuttavia, è il rilievo che, rispetto all'epoca di entrata in vigore della normativa censurata, gli Stati del Consiglio d'Europa hanno assunto un atteggiamento sempre più tollerante nei confronti del fenomeno omosessuale, al punto che in molti ordinamenti esso non risulta più condannato giuridicamente e nella stessa Irlanda del Nord, pur essendo le condotte erotiche omosessuali proibite *on the books*, le autorità locali non perseguono più, di fatto, gli autori delle medesime³². Agli occhi dei giudici, ciò appare come un indizio rivelatore dell'assenza di un «bisogno sociale pressante» che consenta la proibizione delle attività in parola da parte dello Stato. Il sacrificio della libertà del singolo, in tale prospettiva, risulta eccessivo rispetto all'entità dell'interesse – pur asseritamente legittimo – che l'ordinamento vuole tutelare³³: ciò conduce la Corte a dichiarare la violazione della Convenzione da parte del resistente.

4. La giurisprudenza successiva.

La giurisprudenza successiva non rinnega le conclusioni raggiunte nei casi *Handyside* e *Dudgeon* e può dunque essere esaminata alla luce dell'impianto argomentativo di tali pronunce.

Innanzitutto occorre rilevare che la Corte non ha finora fornito una definizione compiuta della clausola della «moralità pubblica» menzionata nella Convenzione. Costante è infatti rimasta l'affermazione di principio, effettuata nella sentenza *Handyside*, secondo cui non è possibile rinvenire nelle legislazioni dei diversi Stati contraenti una concezione europea uniforme di

²⁹ Il fatto che l'ampiezza del margine di discrezionalità degli Stati dipenda in primo luogo dalle ragioni poste alla base delle misure limitative dei diritti (e, dunque, dalla clausola generale di volta in volta invocata) era stato chiarito dalla Corte nel caso Corte europea dei diritti umani, *The Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, ricorso 6538/74, sent. del 26 aprile 1979, § 59, ove i giudici di Strasburgo avevano confrontato il *margin* di apprezzamento spettante agli ordinamenti nazionali per la tutela della «morale pubblica» e quello ad essi spettante per la salvaguardia del «prestigio delle autorità giurisdizionali», ritenendo il primo notevolmente più esteso (con conseguente restrizione della possibilità di sindacato della Corte) in ragione dell'assenza di una nozione condivisa delle «*public morals*», a fronte di una concezione maggiormente oggettiva del bene del «prestigio delle autorità giurisdizionali». Sul caso *Sunday Times* si v., nella dottrina italiana, R. SAPIENZA, *La libertà d'espressione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Sunday Times*, in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 43 ss.

³⁰ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., §§ 52-53.

³¹ V. Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 56.

³² Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 60. Con riguardo alla tolleranza di fatto mostrata dalle autorità nord-irlandesi, la Corte sottolinea che «*no evidence has been adducted to show that this has been injurious to moral standards in Northern Ireland or that there has been any public demand for strict enforcement of the law*» (enfasi aggiunta).

³³ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., §§ 60-61.

«moralità»³⁴. Il più avanzato tentativo definitorio degli organi di Strasburgo rimane pertanto il riferimento, operato nella motivazione di *Dudgeon*, ad un «ethos morale» e agli «standards morali della società nel suo complesso»³⁵.

In presenza di coordinate precise, nel corso degli anni l'ambito di applicazione della clausola generale in esame non è stato limitato da Corte e Commissione alla sola materia sessuale, nella quale pure si è sviluppato un filone giurisprudenziale consistente³⁶, ma ha ricompreso anche fattispecie concernenti settori diversi della vita di relazione, con una progressiva espansione dei confini della «moralità» rilevante per il diritto convenzionale.

Nell'ambito dell'art. 8, sono state ricondotte alla tutela delle «*morals*» le norme nazionali che limitavano la legittimità del ricorso a pratiche di fecondazione assistita³⁷, in particolare all'utilizzo di ovuli e sperma da donatori estranei per la fecondazione *in vitro*, ritenendo i giudici che tali procedure dessero vita a «sensibili problemi etici e morali»³⁸. Ancora, sono state ritenute sorrette da ragioni di salvaguardia della «moralità pubblica» le leggi volte a limitare l'accesso a procedure abortive di carattere terapeutico, ritenendo la Corte che – a prescindere dalla soluzione concretamente data all'esigenza di bilanciamento tra le posizioni in gioco – la problematica della tutela del diritto alla vita del soggetto non ancora nato inerisse all'interesse in parola³⁹.

Con riguardo alla libertà di espressione *ex art. 10 C.E.D.U.*, nel caso *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda* la Corte ha giustificato provvedimenti giudiziari a carico di un'associazione che esercita servizi di assistenza e consulenza diretti a donne incinte, fornendo anche informazioni e contatti per l'eventualità che costoro intendano recarsi all'estero per l'interruzione della gravidanza (vietata in Irlanda). Il divieto di attività informativa riguardante l'aborto viene giustificato dallo Stato in base alla tutela della «moralità pubblica» e la Corte accoglie

³⁴ V. Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 48: «[...] it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals». Nello stesso senso si vedano Corte europea dei diritti umani, *Müller ed al. c. Svizzera*, ricorso 10737/84, sent. del 24 maggio 1988, § 35; Corte europea dei diritti umani, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, ricorsi 14234/88 e 14235/88, sent. del 29 ottobre 1992, § 68; Corte europea dei diritti umani, *Otto Preminger Institut c. Austria*, ricorso 13470/87, sent. del 20 settembre 1994, § 50; Corte europea dei diritti umani, *Wingrove c. Regno Unito*, ricorso 17419/90, sent. del 25 novembre 1996, § 58; Corte europea dei diritti umani, *Vo c. Francia*, ricorso 53924/00, sent. 8 luglio 2004, § 82 Corte europea dei diritti umani, *Perrin c. Regno Unito*, ricorso 5446/03, decisione del 18 ottobre 2005; *A. B. e C. c. Irlanda*, ricorso 25579/05, sent. 16 dicembre 2010, § 223; Corte europea dei diritti umani, *Akdaş c. Turchia*, ricorso 41056/04, sent. 16 febbraio 2010, § 27. Tra le decisioni della Commissione si rammentano: Commissione europea dei diritti umani, *X., Y. e Z. c. Belgio*, ricorso 6782/74, decisione del 1 marzo 1977, § 1; Commissione europea dei diritti umani, *X. Company c. Regno Unito*, ricorso 9615/81, decisione del 5 marzo 1983, 6° cpv. del § 1; Commissione europea dei diritti umani, *S. e G. c. Regno Unito*, ricorso 17634/91, decisione del 02 settembre 1991; Commissione europea dei diritti umani, *S. c. Svizzera*, ricorso 17116/90, rapporto del 14 gennaio 1993, § 5.

³⁵ V. *supra*, al par. precedente.

³⁶ Corte europea dei diritti umani, *Stübing c. Germania*, ricorso 43547/08, sent. 12 aprile 2012, in tema di divieto di rapporti incestuosi tra fratello e sorella, misura ritenuta non contrastante con il diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 C.E.D.U..

³⁷ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *S.H. ed al. c. Austria*, ricorso 57813/00, sent. 1 aprile 2010, ove la Corte riconosce più volte la natura etica degli interessi pubblici coinvolti (v. parr. 69, 74); v. anche, nella medesima pronuncia, l'opinione dissenziente del giudice Jebens, § 1: «I find it clear that the above reasons fall within the limits of Article 8 § 2 of the Convention, in that they are covered partly by "the protection of health and morals" and partly by "the protection of the rights and freedoms of others"»; più esplicitamente Corte europea dei diritti umani [GC], *S.H. ed al. c. Austria*, ricorso 57813/00, sent. 3 novembre 2011, § 90, ove le misure statali sono ricondotte chiaramente alla tutela delle «*morals*».

³⁸ Letteralmente «*sensitive moral and ethical issues*»: così Corte europea dei diritti umani [GC], *S.H. ed al. c. Austria*, cit., § 97; negli stessi termini già Corte europea dei diritti umani, *S.H. ed al. c. Austria*, cit., § 69.

³⁹ V. di recente Corte europea dei diritti umani, *A. B. e C. c. Irlanda*, cit., § 222 ss., spec. § 227: «The Court concludes that the impugned restriction therefore pursued the legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn was one aspect»; la Corte riprende in questo caso le parole della sentenza *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, cit., § 63, sulla quale v. immediatamente *infra*.

tale difesa, ritenendo che le misure nazionali, riflettendo «profondi valori morali riguardanti la natura della vita», condivisi dalla maggioranza del popolo irlandese, siano riconducibili alla clausola generale in questione e siano rispettose della Convenzione. In maniera non dissimile dalla Corte costituzionale italiana⁴⁰, dunque, la Corte E.D.U. non esita a ricondurre alle «*public morals*» le manifestazioni di pensiero che riguardano l'interruzione della gravidanza, mantenendo dunque un collegamento con la materia sessuale solo *lato sensu* intesa⁴¹.

Tale collegamento sembra svanire in alcune altre decisioni, tra cui possono rammentarsi quelle rese nei casi *I.A. c. Turchia*⁴² e *Aydin Tatlav c. Turchia*⁴³, ove le decisioni della Corte riguardano la repressione di manifestazioni di pensiero di natura religiosa ritenute offensive per il sentimento dei credenti: l'attività statale è ricondotta anche in questo caso alla protezione della «moralità pubblica», pur non venendo in gioco la materia dell'osceno o dell'indecente⁴⁴.

Nei casi *Gündüz*⁴⁵ e *Erbakan*⁴⁶ la salvaguardia delle «*morals*» viene invocata, assieme alla tutela di altri beni rilevanti a livello convenzionale⁴⁷, nei confronti di misure limitative di manifestazioni di pensiero qualificate dagli Stati resistenti come «incitamento all'odio». All'interno del ventaglio di interessi cui le pronunce fanno riferimento, singolare sembra essere l'avvicinamento (esplicito nella sentenza *Erbakan*) tra «moralità pubblica» e «ordine pubblico» (inteso in senso materiale), clausola nella quale tradizionalmente sono fatte rientrare le tematiche attinenti al c.d. *hate speech*. Una linea argomentativa non dissimile è adottata anche nella sentenza resa dalla *Grand Chamber* della Corte nel caso *Mouvement Raëlien Suisse c. Svizzera*⁴⁸, nella quale i giudici ritengono che il divieto di esposizione di manifesti che pubblicizzano la religione Raeliana non violi l'art. 10 C.E.D.U., in quanto sorretto dalla necessità di tutelare, oltre alla «moralità pubblica», la «salute pubblica» ed i «diritti degli altri», nonché dall'intento di prevenire la commissione di reati⁴⁹. Anche in questo caso non si tratta di percorsi sconosciuti al diritto vivente italiano, posto che, come si è visto, la stessa Corte costituzionale ha esplorato – sia

⁴⁰ V. le sentt. 9/1965 e 49/1971, commentate *supra*, al Cap. II, par. 3.

⁴¹ Corte europea dei diritti umani, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, cit., § 63. Non può peraltro fare a meno di avanzarsi il sospetto che il richiamo alle «*public morals*» costituisca, in questo caso, una soluzione «di ripiego», adottata dalla Corte per evitare di ricondurre le misure alla clausola, pure invocata dallo Stato, della «tutela dei diritti e delle libertà degli altri». I giudici sembrano non volersi addentrare nella spinosa questione riguardante la qualificazione del feto nei termini di «*altro*», vale a dire di soggetto giuridico portatore di diritti. Ciò, del resto, emerge chiaramente dalle parole della Corte, nel momento in cui ritiene assorbita la questione sulla base dell'impiego della clausola della «moralità pubblica»: «*it is not necessary in the light of this conclusion to decide whether the term "others" under Article 10 para. 2 (art. 10-2) extends to the unborn*».

⁴² Corte europea dei diritti umani, *I.A. c. Turchia*, ricorso 42571/98, sent. 13 settembre 2005.

⁴³ Corte europea dei diritti umani, *Aydin Tatlav c. Turchia*, ricorso 50692/99, sent. 02 maggio 2006.

⁴⁴ V. Corte europea dei diritti umani, *I.A. c. Turchia*, spec. § 22; Corte europea dei diritti umani, *Aydin Tatlav c. Turchia*, cit., spec. § 21.

⁴⁵ Corte europea dei diritti umani, *Gündüz c. Turchia*, ricorso 35071/97, sent. 4 dicembre 2003

⁴⁶ Corte europea dei diritti umani, *Erbakan c. Turchia*, ricorso 59405/00, sent. 06 luglio 2006.

⁴⁷ V. Corte europea dei diritti umani, *Gündüz c. Turchia*, cit., § 28, e Corte europea dei diritti umani, *Erbakan c. Turchia*, cit., § 46.

⁴⁸ Corte europea dei diritti umani [GC], *Mouvement Raëlien Suisse c. Svizzera*, ricorso 16354/06, sent. 13 luglio 2012, che conferma la decisione presa in Corte europea dei diritti umani, *Mouvement Raëlien Suisse c. Svizzera*, ricorso 16354/06, sent. 13 gennaio 2011.

⁴⁹ Corte europea dei diritti umani, *Mouvement Raëlien Suisse c. Svizzera* [GC], cit., § 72.

pure in tempi risalenti – il possibile collegamento tra «immoralità» e lesione della *salute* e della *sicurezza pubblica*⁵⁰.

Un precedente alquanto peculiare, sempre in tema di collegamenti tra «moralità pubblica» e pensiero religioso, è quello affermato dalla Commissione nel caso *Williamson*⁵¹, nel quale un presbitero della Chiesa anglicana lamenta la violazione del diritto alla libertà di coscienza e religione di cui all'art. 9 C.E.D.U., a seguito di un atto del Parlamento inglese, cui fa seguito un Canone della Chiesa d'Inghilterra, che consente l'ordinazione sacra di individui di sesso femminile. La Commissione ritiene infondate le doglianze del ricorrente sulla base dell'assunto che la pretesa al rispetto della propria interpretazione delle Scritture da parte del Sinodo della Chiesa d'Inghilterra fosse riconducibile alla tutela delle «*morals*», secondo quanto previsto dallo stesso art. 9 C.E.D.U.⁵². La decisione desta perplessità, perché sembrerebbe far rientrare nell'ambito operativo della clausola generale in parola la salvaguardia *vi et armis*, da parte dello Stato, della particolare lettura che un organo confessionale dia di un messaggio religioso, e dunque un'identificazione parziale della «moralità pubblica» con i dettami di una confessione religiosa, ciò che potrebbe determinare uno stridente conflitto con il principio di laicità dell'ordinamento civile⁵³. Il precedente in parola, che deve peraltro essere letto alla luce della particolare posizione della Chiesa anglicana nel sistema costituzionale britannico, non ha in ogni caso avuto seguito nella giurisprudenza successiva della Corte, il *dictum* della Commissione essendo rimasto un caso isolato nel diritto pretorio sviluppatosi sulla Convenzione.

Ancora estranee alla tematica dell'etica sessuale le pronunce *Bamber c. Regno Unito*⁵⁴ e *Vlasov c. Russia*⁵⁵, rispettivamente della Commissione e della Prima Sezione della Corte, entrambe concernenti i diritti di comunicazione con l'esterno spettanti ai detenuti. La prima decisione riguarda il divieto del carcerato di contattare i *mass media* per mezzo del telefono⁵⁶, ritenuto espressivo di *legitimate aims* dello Stato, più di preciso ritenuto funzionale alla «prevenzione di disordini e alla protezione della morale e/o dei diritti e delle libertà altrui»⁵⁷. Il secondo caso concerne invece più propriamente la situazione giuridica protetta *ex art. 8 C.E.D.U.*, essendo in questione il diritto di corrispondenza del detenuto coi familiari: i giudici di Strasburgo si

⁵⁰ V. l'analisi compiuta al Cap. II, par. 2. Ma, per il collegamento tra violazione del «buon costume» e pericolo per la sicurezza pubblica si vedano anche le considerazioni effettuate nell'esame del fenomeno delle c.d. ordinanze anti-prostituzione, al Cap. III, par. 7.

⁵¹ Commissione europea dei diritti umani, *Williamson c. Regno Unito*, ricorso 27008/95, decisione del 17 maggio 1995.

⁵² Commissione europea dei diritti umani, *Williamson c. Regno Unito*, cit., 5° cpv. del *Considerato in diritto*, nel quale si legge che «*the Commission also finds that the Synod's concern to abide by its view of scripture can be regarded as coming within the meaning of "protection of... morals"*».

⁵³ Più convincente risulta invece l'affermazione della Commissione, nel medesimo § menzionato alla nota precedente, secondo la quale «*the Synod's wish to treat women equally can be regarded as necessary for "the protection of the rights and the freedom of others"*».

⁵⁴ Commissione europea dei diritti umani, *Bamber c. Regno Unito*, ricorso 33742/96, decisione 11 settembre 1997.

⁵⁵ Corte europea dei diritti umani, *Vlasov c. Russia*, ricorso 78146/01, sent. 12 giugno 2008.

⁵⁶ Il divieto in questione era contenuto nello *Standing Order 5G, rule 2B*, adottato dal Segretario di Stato sulla base della *rule 33(1)* delle *Prison Rules 1964 (S.I. 1964/388)*.

⁵⁷ V. Commissione europea dei diritti umani, *Bamber c. Regno Unito*, cit., cpv. 9 del § *The Law*: «*The Commission also considers that the restriction in question pursued proportionately a legitimate aim under the terms of Article 10 para. 2 (Art. 10-2) in that it sought to control communications with the media with a view to the prevention of disorder, and the protection of morals and/or the rights and freedoms of others*».

trovano infatti a valutare la compatibilità con la Convenzione dei provvedimenti adottati dalle autorità inquirenti russe, nel momento in cui avevano rifiutato di inoltrare alcune lettere del ricorrente ai propri congiunti. La Corte riconduce le misure adottate, in astratto, a finalità legittime, in particolare alla «prevenzione di crimini e disordini» ed alla «protezione della morale»⁵⁸.

Benchè la sentenza, sul punto, risulti favorevole al ricorrente, opinando in ultima istanza la Corte per la mancanza del requisito della «necessità in una società democratica» in capo alle restrizioni imposte al carcerato⁵⁹, solleva qualche perplessità l'asserita attinenza della materia in esame al campo delle «*morals*», senza alcuna delucidazione della motivazione (sul punto alquanto sbrigativa) circa le modalità in cui gli «*standards* morali della società nel suo complesso» possano essere vulnerati da una corrispondenza in busta chiusa, diretta a destinatari determinati. Qualora il divieto amministrativo di inoltro delle missive sia motivato in base al contenuto potenzialmente *offensivo* degli scritti in esse contenuti, come sembra di intuire dalle pronunce dei giudici nazionali sulle doglianze del detenuto e dalle stesse motivazioni della Corte⁶⁰, l'interesse protetto sembra piuttosto riconducibile alla «tutela dei diritti e delle libertà altrui», anche se il soggetto offeso sia lo Stato stesso; ovvero, nel caso – remoto – in cui l'oltraggio alle autorità inquirenti sia suscettibile di condurre a disordini o fomentare la commissione di reati, il bene tutelato resterebbe assorbito nella clausola della «prevenzione di crimini e disordini», menzionata dall'organo giudicante E.D.U., senza bisogno di postulare una pericolosa coincidenza tra vilipendio delle istituzioni e violazione della «moralità pubblica», quasi che di tale moralità esse siano necessariamente simbolo.

Un certo interesse nella presente rassegna rivestono anche i casi concernenti l'art. 11 C.E.D.U., riguardante la libertà di riunione e di associazione. Benchè in numero notevolmente inferiore rispetto alle controversie coinvolgenti la libertà di espressione ovvero il diritto al rispetto della vita privata, nelle decisioni in questione si segnala quella che probabilmente è la massima espansione giurisprudenziale del concetto di «*public morals*». Mentre infatti non desta particolare stupore la riconducibilità alla clausola della «moralità pubblica» del divieto di manifestazioni a favore degli omosessuali (la c.d. parata del *gay pride*) da parte delle autorità russe nel caso *Alekseyev*⁶¹, rientrando appieno nel campo dell'etica sessuale, singolari si presentano le sentenze *Larmela c. Finlandia*⁶² e *Friend ed al. c. Regno Unito*⁶³. La prima pronuncia, resa dalla Commissione, include nel campo di applicazione della clausola generale in esame il rifiuto, da parte dei competenti organi finlandesi, di registrare un'associazione che annoveri, tra le proprie finalità istituzionali, la promozione dell'uso dei cannabinoidi e l'attivismo per la legalizzazione di tale condotta⁶⁴. Nel secondo *dictum* i giudici della Quarta Sezione ascrivono alla tutela della «morale»

⁵⁸ V. Corte europea dei diritti umani, *Vlasov c. Russia*, cit., § 137: «*The Court also accepts that the interference pursued legitimate aims, namely "the prevention of disorder or crime" and "the protection of morals"*».

⁵⁹ V. Corte europea dei diritti umani, *Vlasov c. Russia*, cit., §§ 138-139.

⁶⁰ V. Corte europea dei diritti umani, *Vlasov c. Russia*, cit., §§ 135-138.

⁶¹ Corte europea dei diritti umani, *Alekseyev c. Russia*, ricorsi 4916/07, 25924/08 e 14599/09, sent. del 21 ottobre 2010. La Corte si pronuncia a favore del ricorrente, ritenendo che sia ravvisabile una violazione (tra l'altro) della sua libertà di riunione *ex art. 11 C.E.D.U.*

⁶² Commissione europea dei diritti umani, *Larmela c. Finlandia*, ricorso 26712/95, decisione del 28 maggio 1997.

⁶³ Corte europea dei diritti umani, *Friend ed al. c. Regno Unito*, ricorsi 16072/06 e 27809/08, decisione del 24 novembre 2009.

⁶⁴ V. Commissione europea dei diritti umani, *Larmela c. Finlandia*, cit., 7° cpv. del § 2.

l'interesse sottostante i provvedimenti volti a vietare la caccia introdotti dalle autorità inglesi, «[...] nel senso che essi sono stati concepiti per eliminare la caccia e l'uccisione di animali per sport in una maniera che il legislatore ha ritenuto causare sofferenza ed essere moralmente ed eticamente discutibile»⁶⁵. Si nota dunque, in questi casi, un ulteriore allontanamento della Corte dalla prospettiva che lega inscindibilmente la clausola della «morale pubblica» alla dimensione della sessualità, preferendo concentrare qui l'attenzione su un valore condiviso (il rigetto di attività che provocano sofferenza in altri esseri senzienti) che nulla ha a che vedere con i tradizionali temi dell'*eros*.

5. Critica della giurisprudenza E.D.U. in tema di «public morals».

Come si può notare dalla pur sommaria rassegna effettuata nelle pagine precedenti, la giurisprudenza degli organi di Strasburgo in tema di «moralità pubblica» risulta tutt'altro che lineare e di agevole lettura, rivelando taluni nodi problematici per l'interprete. Primo fra tutti sembra essere proprio quello relativo all'estensione che la locuzione in parola ha raggiunto, nel corso degli anni, nelle pronunce della Commissione e della Corte.

Si è visto che, per gli organi di Strasburgo, le «*public morals*» non concernono esclusivamente la sfera erotica. Accanto al 'nocciolo duro' rappresentato dalle controversie aventi ad oggetto comportamenti attinenti all'*ethos* sessuale, gli organi del Consiglio d'Europa non hanno esitato – sia pur in un numero di casi limitato rispetto alla quantità di pronunce riguardanti le condotte attinenti all'*eros* – ad ampliare l'ambito di operatività del limite in questione, riconducendovi fattispecie anche molto diverse tra loro. Se il dato, in sé, può rappresentare un utile indizio – che va ad aggiungersi a quelli già incontrati nel corso della presente indagine – circa l'inopportunità di restringere il significato della «moralità pubblica» (e, per l'ordinamento interno, del «buon costume») alla sola materia sessuale, ciò che invece sembra mancare quasi del tutto nella giurisprudenza E.D.U. è un criterio idoneo a selezionare gli interessi che legittimamente possono essere ricompresi nella portata applicativa di tale clausola generale. Tale carenza, all'interno del 'diritto vivente' sulla Convenzione, è dovuta al costante disimpegno degli organi giudicanti sul versante definitorio della «moralità pubblica»⁶⁶, ciò che a sua volta riflette la particolare applicazione che essi hanno fatto della dottrina del *margin of appreciation*.

Secondo i giudici di Strasburgo, «in ragione del loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro Paesi, le autorità statali si trovano in linea di principio in una posizione migliore del giudice internazionale per fornire un'opinione sull'esatto contenuto di tale requisito, così come sulla "necessità" di una "restrizione" o di una "sanzione" volta a soddisfarlo»⁶⁷: in tal modo, è

⁶⁵ Corte europea dei diritti umani, *Friend ed al. c. Regno Unito*, cit., § 50, ove i giudici affermano: «*The Court further finds that the measures served the legitimate aim of the "protection of... morals", in the sense that they were designed to eliminate the hunting and killing of animals for sport in a manner which the legislature judged to cause suffering and to be morally and ethically objectionable*».

⁶⁶ Cfr. P. VAN DIJK-G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer-Boston, 1990, p. 603; ma cfr. già C.C. MORRISSON, *Margin of Appreciation in Human Rights Law*, in *Rev. dr. homme*, 1973, pp. 285-286.

⁶⁷ Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 48, nel passo già citato *supra*, in questa Parte, al par. 2 lett. a).

riconosciuto agli Stati un margine di discrezionalità *sia* con riguardo alla definizione del concetto di «moralità pubblica» (nelle parole della Corte: l'«esatto contenuto di tale requisito»), *sia* con riguardo alla «necessità in una società democratica» delle misure adottate per la sua tutela. In dottrina vi è tuttavia chi ha opportunamente suggerito di distinguere tra *determinazione dei fatti* («*determination of facts*», riguardante le attività di «*answering the question of whether and in what way precisely the facts took place and what are the exact contents and meaning of national law*») e *determinazione delle questioni di diritto* («*determination of question of laws*», concernente «*the assessment whether the facts as they have ultimately been established in the Strasbourg proceedings constitute a violation of the Convention*») e riconoscere agli Stati un *margine di apprezzamento* sulla prima, ma non sulla seconda, sulla quale invece l'autonomia interpretativa dei giudici rimane piena ed integra⁶⁸.

Ci sembra che tale argomentazione sia condivisibile, in quanto vi è una differenza non trascurabile tra discrezionalità nella *definizione* di un istituto giuridico e discrezionalità nella *riconduzione* di una fattispecie nell'ambito operativo già definito quanto al suo contenuto sostanziale e, ad avviso di chi scrive, ci sono valide ragioni per riconoscere agli Stati la prima, ma non la seconda⁶⁹. Se, infatti, la *definizione* di un concetto giuridico, enunciato in un testo normativo, consiste nell'enunciazione – nel modo più preciso possibile – dei suoi confini applicativi, non pare che possa riconoscersi tale competenza a coloro che sono vincolati al rispetto di tali confini. Nel caso della C.E.D.U., non sembra che possa affermarsi la potestà degli Stati (per mezzo dei loro organi) di fornire, volta per volta, l'interpretazione delle disposizioni convenzionali, allo stesso modo in cui, negli ordinamenti nazionali, vi sono valide ragioni per ritenere che l'ultima parola sull'interpretazione delle espressioni contenute nelle Carte costituzionali non spetti agli organi legislativi o a quelli amministrativi, ma a quelli deputati a vigilare sul rispetto delle Carte stesse (vale a dire i Tribunali costituzionali ovvero, negli ordinamenti in cui è presente un sindacato diffuso di costituzionalità, i singoli giudici, con il correttivo dello *stare decisis*)⁷⁰.

Se è vero che, nella redazione di un testo giuridico, l'impiego di tecniche di normazione sintetica, e dunque di clausole generali⁷¹, è funzionale all'attribuzione di un certo margine di flessibilità all'esegesi dei concetti giuridici ed alla garanzia di una maggiore adattabilità degli stessi

⁶⁸ Così P. VAN DIJK-G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice*, cit., p. 585 ss.

⁶⁹ Per quanto concerne le clausole generali, la distinzione tra *definizione* delle stesse e *riconduzione* delle fattispecie all'interno della portata operativa delle norme in cui sono contenute le clausole ci sembra colta ad es. da F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, al § 5, nel momento in cui, all'interno del «progressivo processo di precisazione della singola (norma contenente una) C.G.», distingue tre livelli di problematicità, il primo dei quali sarebbe relativo al piano dell'analisi linguistica e porterebbe ad indagare «*che cosa possa significare*, all'interno del testo costituzionale», la singola clausola generale: tale indagine consentirebbe di individuare «l'*ambito materiale* (delle valutazioni sociali) di riferimento» (corsivi testuali). Tale primo livello di problematicità ci sembra avvicinato alla *definizione* della singola clausola. Gli altri livelli di problematicità in parola coinvolgono invece valutazioni non squisitamente giuridiche ed attengono al *contenuto* concreto della clausola generale ed alle modalità di accertamento dei valori sociali di riferimento.

⁷⁰ Cfr. sul punto A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, p. 9 ss., anche per maggiori indicazioni di dottrina sul punto.

⁷¹ È noto che, secondo autorevole dottrina, «per "clausola generale" dobbiamo dunque intendere una forma di fattispecie che descrive con grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica»: così K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, trad. it. *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 193: in tal modo, il concetto in questione si contrappone alle tecniche di normazione «casistica» della fattispecie. Per un'introduzione alle problematiche delle clausole generali si rinvia comunque a F. PEDRINI, *Clausole generali*, cit.

al contesto sociale di riferimento⁷², ciò che si traduce in una maggior discrezionalità dell'interprete⁷³, dev'essere chiaro che tale elasticità non può attenere alla *definizione* dei singoli istituti, giacchè, se così fosse, l'interprete potrebbe espandere o restringere a piacimento i confini degli stessi, per farvi rientrare le fattispecie a lui preferite.

Una tale eventualità si rivela pericolosa soprattutto nel caso in cui si tratti di clausole generali che esprimono le ragioni per le quali è consentito limitare le libertà individuali per la tutela di interessi concorrenti, come nel caso della «moralità pubblica». La definizione di tale concetto ad opera della giurisprudenza E.D.U. consentirebbe di selezionare una volta per tutte ed a priori gli interessi che possono prevalere in un'operazione di bilanciamento rispetto alle singole situazioni giuridiche soggettive garantite, mediante l'elaborazione di precisi *standards* di giudizio⁷⁴. Solo in tale modo è possibile addivenire ad un effettivo ed efficace controllo degli organi di Strasburgo sulle misure statali. Ricusando invece di prendere posizione sul punto, in omaggio a quello che ritiene essere il margine di apprezzamento spettante agli Stati, la Corte consente che siano questi ultimi, volta per volta, a determinare quando la libertà individuale debba prevalere e quando debba cedere di fronte ad esigenze di natura pubblicistica, con possibile pregiudizio del sistema di garanzie rappresentato dalla Convenzione stessa⁷⁵.

Non risulta sufficiente, ad ovviare a tali inconvenienti, un più stringente vaglio circa il requisito della «legalità» (intesa in questo caso nella sua dimensione di «sufficiente determinatezza») della normativa statale, giacchè esso attiene ad un aspetto differente del problema, vale a dire a quello della comprensibilità della fattispecie prevista dalla normativa nazionale per i destinatari della stessa, e non a quello della riconducibilità delle misure statali ad interessi meritevoli di protezione⁷⁶. È tutt'altro che difficile immaginare l'ipotesi di una normativa statale chiara e dettagliata, dunque rispettosa del principio di «legalità», che tuttavia limiti i diritti del singolo per scopi illegittimi. Né può supplire un maggior rigore sul parametro della «necessità in una società democratica» della misura statale, sul quale la Corte ha fatto più di una volta leva per censurare le normative nazionali. Una volta infatti che sia lasciata agli Stati la determinazione dei

⁷² Cfr. F. PEDRINI, *Clausole generali*, cit., al § 3.2.

⁷³ Cfr. ad es. K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 170.

⁷⁴ L'idea che la Corte debba elaborare *standards* europei con riguardo all'estensione dei diritti C.E.D.U. e, di conseguenza, alla portata delle limitazioni degli stessi emerge talora anche tra i componenti della Corte stessa: si v. ad es. l'opinione concorrente del giudice Zekia a margine della sent. *The Sunday Times v. the United Kingdom*, cit., ove si legge che «*whenever it considers it reasonable and feasible, this Court should work out a uniform international European standard for the enjoyment of the rights and freedoms included in the Convention. This could be done gradually when the occasion arises and after giving the appropriate full consideration to national legal systems*».

⁷⁵ In senso conforme C.C. MORRISSON, *Margin of Appreciation*, cit., pp. 285-286; nonché P. VAN DIJK-G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice*, cit., p. 601, secondo cui «*indeed, also in our view Article 19, which reflects the structure of the European Convention, leaves room for no other conclusion that in the final analysis only the Strasbourg organs are competent to conduct the weighing of interests involved in the Convention. Leaving this task to the national authorities is eventually going to undermine the Convention's entire structure. Granting the extreme latitude inherent in the above-mentioned wide version of the margin of appreciation doctrine – and exemplified by the Irish Government's claim in the Norris case – would reduce the Strasbourg supervisory machinery to a mechanism for rubberstamping almost anything a Government wants*».

⁷⁶ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Hashman e Harrop c. Regno Unito*, sent. 25 novembre 1999, ricorso 25594/94: con tale decisione, i giudici di Strasburgo ritenevano che vi fosse una violazione dell'art. 10 C.E.D.U., sotto il profilo della violazione del principio di «legalità», a cagione della normativa (di origine sia legislativa sia giurisprudenziale) che consentiva l'applicazione di sanzioni per condotte «*contra bonos mores*». Tale locuzione veniva ritenuta dalla Corte inadeguata a fornire una sufficiente descrizione della fattispecie vietata all'individuo, e pertanto la misura statale non si rivelava «*prescribed by law*» secondo quanto previsto dall'art. 10 par. 2 C.E.D.U..

connotati degli interessi pubblici meritevoli di tutela, il giudizio sulla «necessità» per la protezione dei medesimi, come è richiesto dalle varie disposizioni della Convenzione, finisce inevitabilmente per trasformarsi in un giudizio di «necessità» della misura in sé e per sé, vale a dire in una valutazione di una più o meno ampia desiderabilità sociale delle stesse⁷⁷.

Un chiaro esempio dei problemi che solleva l'impianto logico della Corte è fornito dal caso *Dudgeon*. Come si è detto, la Corte ritiene che le misure statali siano sorrette da ragioni di tutela delle «*morals*» e perseguano pertanto un fine legittimo: ciò che determina il contrasto con la Convenzione non è dunque il fatto, in sé, che il legislatore intendesse colpire le attività sessuali compiute *intra moenia* tra adulti consenzienti. Secondo i giudici, anzi, il sentimento di riprovazione che parte della società prova nei confronti delle condotte omosessuali è un dato da tenere nella dovuta considerazione nella comparazione degli interessi in gioco⁷⁸, posto che, come si legge nella sentenza, esiste oggi, come esisteva in passato, un «forte nucleo di opposizione, generato da una genuina e sincera convinzione, condivisa da un vasto numero di membri responsabili della comunità nord-irlandese, che un cambiamento nella normativa sarebbe seriamente pregiudizievole per la fibra morale della società»⁷⁹.

Secondo la Corte, la posizione testè menzionata rientra dunque tra le «*morals*» che la normativa statale è preordinata a salvaguardare, semplicemente per il fatto di rappresentare una componente della «morale positiva» del popolo⁸⁰, senza che sia condotto un giudizio selettivo sul suo contenuto. Se la posizione morale in esame, in ultima istanza, non prevale nel bilanciamento dei valori in gioco non è sulla base della considerazione secondo cui, in una società democratica e pluralista, risulta inammissibile che una maggioranza sia in grado di reprimere un comportamento solo perché sgradito ai più; in altre parole, non è perché la mera disapprovazione morale della maggioranza, non sorretta da ulteriori motivazioni, sia inidonea a rappresentare una *finalità legittima* del legislatore, *id est* una corretta interpretazione della clausola della «moralità pubblica». La ragione della prevalenza della libertà individuale, nel caso di specie, si basa invece sulla «maggiore tolleranza» del fenomeno omosessuale nell'epoca attuale, vale a dire su un dato di fatto contingente, ricavato da un rilievo di carattere empirico che la Corte effettua sia con riguardo alla società nord-irlandese, sia con riguardo agli altri Stati aderenti al Consiglio d'Europa⁸¹. Il *consensus* tra i Paesi sottoscrittori della decisione, cui spesso i giudici di Strasburgo fanno riferimento nelle proprie sentenze, specie quando è in gioco il margine di apprezzamento statale⁸²,

⁷⁷ Cfr. al riguardo la formula del «bisogno sociale pressante» («*pressing social need*») utilizzata dalla Corte in numerose pronunce (per tutte Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 48) per la verifica della «necessità in una società democratica» di una misura di restrizione di un diritto.

⁷⁸ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 56.

⁷⁹ Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 57: «*There is, the Court accepts, a strong body of opposition stemming from a genuine and sincere conviction shared by a large number of responsible members of the Northern Irish community that a change in the law would be seriously damaging to the moral fabric of society*».

⁸⁰ Per tale concetto v. H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, cit., p. 40.

⁸¹ V. Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 60: «*As compared with the era when that legislation was enacted, there is now a better understanding, and in consequence an increased tolerance, of homosexual behaviour to the extent that in the great majority of the member States of the Council of Europe it is no longer considered to be necessary or appropriate to treat homosexual practices of the kind now in question as in themselves a matter to which the sanctions of the criminal law should be applied*».

⁸² Cfr. quanto afferma H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 195, secondo cui «*the law of the Convention sometimes seems neither greater nor less than the consensus or lack thereof in the law and practice of the*

sembra rappresentare la vera e propria *ratio decidendi* della pronuncia⁸³. Così appare anche nelle decisioni successive della Corte in tema di attività omoerotiche compiute in privato.

L'importanza decisiva assunta (peraltro in maniera non sempre coerente e costante⁸⁴) dall'elemento del *consensus* nell'impianto decisorio, unita al persistente rifiuto di definire il concetto di «moralità pubblica», costituisce – pur nelle pieghe della motivazione di sentenze dichiaratamente *liberal* quanto ai risultati raggiunti – un dato problematico nell'ottica di una piena tutela dei diritti individuali, specie nei confronti di maggioranze ostili. Non solo si è evidenziato da più parti che il vaglio sulla sussistenza di un *consensus* tra gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa spesso non sia fondato su un'analisi comparativa rigorosa e non sia adeguatamente motivato⁸⁵, ma non si è neppure mancato di rilevare che la tendenza degli organi E.D.U. a fondare le proprie decisioni sul *consensus* sia potenzialmente pericolosa per le esigenze di tutela dei diritti C.E.D.U., giacché essa fa in ultima istanza dipendere la portata e i limiti di questi ultimi dalle pratiche diffuse tra gli Stati (quindi dalle convinzioni delle maggioranze), invece di garantire loro uno *standard* di

State Parties. This factor is an essential standard which anchors the scope of the supervision». Per un'analisi delle problematiche legate all'istituto del *consensus*, oltre che per maggiori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, si v. per tutti L.R. HELFER, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in *Cornell Int'l L.J.*, 26, 1993, p. 133 ss.

⁸³ Cfr. J. BRAUCH, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Colum. J. Eur. L.*, 11, 2004-2005, p. 139, secondo cui «*unlike Handyside, this time the Court found the consensus to be persuasive, if not dispositive. No longer did it conclude that different nations had great leeway to determine the restrictions needed to protect national morality. Instead, the European consensus was the key piece of evidence in finding that the United Kingdom had violated Article 8*».

⁸⁴ Deve infatti notarsi, incidentalmente, che, mentre in alcuni casi la sussistenza di un *consensus* assume rilievo determinante per la decisione, come nel caso *Dudgeon*, in altre circostanze la Corte non sembra aver attribuito altrettanta importanza a tale elemento: nel caso *Handyside*, ad esempio, nonostante il giudice E.D.U. avesse verificato che la pubblicazione vietata nel Regno Unito circolava liberamente nella maggioranza degli altri Stati – ammettendo dunque la presenza di un implicito *consensus* sul punto – sembra che tale dato non abbia assunto alcun peso nella pronuncia, che infatti è sfavorevole al ricorrente: sul punto v. Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, cit., § 57; cfr. anche J. BRAUCH, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 138: «*in Handyside, for example, there was a consensus, though it played a very small role in the Court's analysis*». Conf. T.A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Hum. Rts. Q.*, 4, 1982, p. 482; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 204, secondo cui, nel caso di specie, «*the Strasbourg organs consciously opted for a deferential policy*». Nel caso *Müller*, la Corte rileva un progressivo cambiamento nelle concezioni della morale sessuale negli anni precedenti il giudizio (v. *Müller and Others v. Switzerland*, cit., § 36: «*The Court recognises, as did the Swiss courts, that conceptions of sexual morality have changed in recent years*»), ma, invece di ritenere che l'evoluzione del costume e la progressiva affermazione di un *consensus* europeo in tema di morale sessuale possa fondare una decisione favorevole al ricorrente, la Corte dichiara «non irragionevole» il giudizio di oscenità adottato dai giudici svizzeri, mostrando così di non voler restringere il *margin* di apprezzamento statale: sul punto cfr. J. BRAUCH, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 133, secondo cui, nel caso in discorso, «*the Court could have relied on a changing European consensus to conclude that the core right of free speech now outweighed Switzerland's desire to enforce its moral norms. But it did not*». Nel caso *A. B. e C. c. Irlanda*, la Corte riconosce espressamente che l'esistenza di un *consensus* degli Stati sulla disciplina dell'aborto non è un fattore decisivo nella riduzione del *margin* di apprezzamento nazionale: v. *A. B. e C. c. Irlanda*, cit., parr. 235-237. Anche nella sentenza della *Grand Chamber* sul caso *S.H. ed al. c. Austria*, la Corte afferma che il *trend* verso l'accettazione delle pratiche di donazione dei gameti per la fecondazione *in vitro*, non essendo basato su principi consolidati tra gli Stati membri, non è suscettibile di ridurre il *margin* di apprezzamento statale (così Corte europea dei diritti umani, *S.H. ed al. c. Austria*, cit., § 96; cfr. anche la critica di tale argomento avanzata dai giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria nel loro *joint dissent* alla sentenza, § 10) Altri esempi di oscillazioni giurisprudenziali potrebbero portarsi in tema di controversie in tema di diritti dei transessuali: per un'analisi di questa tematica si vedano L.R. HELFER, *Consensus, Coherence and the European Convention*, cit., p. 146 ss.; J. BRAUCH, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 139 ss.; G. REPETTO, *I diritti all'identità sessuale*, cit., p. 134 ss. Una rassegna delle ipotesi in cui la Corte ha ritenuto sussistente (e rilevante) un *consensus* europeo in materie riguardanti i diritti delle persone omosessuali e transessuali, e di quelle in cui tuttora lo ritiene insussistente, si trova nella sentenza *Alekseyev v. Russia*, cit., § 83.

⁸⁵ Così P. VAN DIJK-G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice*, cit., p. 603; L.R. HELFER, *Consensus, Coherence and the European Convention*, cit., p. 138 ss.; nonché J. BRAUCH, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 145 ss. Ma cfr. al riguardo anche T.A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 482, con riguardo al caso *Handyside*. Rileva che la Corte non ha mai esplicitato i criteri in base ai quali la Corte ritiene sussistente un *consensus* anche T.H. JONES, *The Devaluation of Human Rights Under the European Convention*, in *Public Law*, 1996, p. 440, il quale sottolinea tuttavia (nota 53) la possibilità di individuare indizi al riguardo nella giurisprudenza; nonché A.M. VON LUTTICHAU, *What Is the Meaning and the Effect of the Principle of "Margin of Appreciation" Within the Jurisprudence of European Convention on Human Rights? Is This Principle Compatible With the Concept of "Effective Protection of Rights"?*, in *B. L. J.*, 1994, p. 105.

protezione comune, anche in funzione antimaggioritaria⁸⁶. In quest'ottica in dottrina si è sostenuto che la dottrina del *margin of appreciation* rappresenti uno schema di giudizio accettabile soltanto quando debba decidersi su questioni che riguardano l'intera popolazione, ma non lo sia quando si tratti di dirimere conflitti che contrappongono maggioranze e minoranze, posto che in tali casi lasciare libero campo (*margin of appreciation*) alle prime significherebbe inevitabilmente sacrificare gli interessi delle seconde⁸⁷.

Sia chiaro: non si vuole qui mettere in discussione *tout court* la dottrina del *margin* e tralasciare gli argomenti che a suo favore sono stati avanzati dalla dottrina⁸⁸, dimenticando così che essa si è rivelata preziosa al fine di favorire un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali degli individui, nel rispetto delle diversità di ordinamenti di tradizioni anche distanti⁸⁹. Si ritiene tuttavia che un maggiore impegno definitorio della Corte (con applicazione della dottrina del *margin* alle sole *questioni di fatto*) potrebbe ridurre le incertezze interpretative – chiarendo una volta per tutte cosa può essere fatto rientrare nella clausola delle «*morals*» e cosa no – e prevenire gli inconvenienti che derivano dalla concessione di uno spazio di discrezionalità degli Stati nella riconduzione di questo o quell'interesse sotto il comodo ombrello della «moralità pubblica», in particolar modo il sacrificio della posizione del singolo di fronte agli eventuali *desiderata* di maggioranze intolleranti⁹⁰.

Un altro aspetto da mettere in evidenza sembra quello dell'autonomia della clausola delle «*public morals*» rispetto ad altre clausole generali presenti nel testo della Convenzione.

Si è visto che la Corte, nell'esame delle *legitimate aims* perseguite dalle leggi statali al suo vaglio, frequentemente accosta la «moralità pubblica» ad altre giustificazioni, quali la «tutela dei diritti e delle libertà altrui», l'«ordine pubblico», la «prevenzione di crimini e disordini», e così via. Ciò può ingenerare l'impressione che la salvaguardia della «moralità pubblica» sia in realtà funzionale, o quantomeno contigua, alla tutela di svariati interessi, non necessariamente dunque alla sola salvaguardia di un «*ethos* comune».

⁸⁶ Cfr. J. BRAUCH, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 146; nonché, ancora più incisivamente, G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007, p. 121 ss. L'Autore da ultimo citato basa le proprie critiche sul principio, di derivazione dworkiniana, secondo cui in un ordinamento liberaldemocratico non dovrebbero negarsi libertà agli individui sulla base delle convinzioni, sostenute dalla maggioranza, che questi ultimi hanno un progetto di vita inferiore (c.d. *preferenze esterne*); tale principio viene ritenuto dall'Autore vigente anche in un ordinamento sovranazionale finalizzato alla tutela dei diritti fondamentali qual è il Consiglio d'Europa: si v. al riguardo il cap. 5 del testo citato. Per la concezione di Dworkin sui diritti e sull'esclusione delle *external preferences* si v. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., spec. p. 338 ss. e 391 ss.

⁸⁷ Così E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 31, 1998-1999, p. 847 ss.

⁸⁸ Si vedano ad es. le conclusioni di R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale*, cit., p. 614; quelle di H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 197; nonché quelle di Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 249.

⁸⁹ Cfr. T. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 496; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation*, p. 249.

⁹⁰ Per fare un esempio, se nel caso *Dudgeon* la Corte avesse chiarito che la «moralità pubblica» non può riguardare i comportamenti tenuti dagli individui in privato (*id est*: che la clausola in esame non può essere interpretata nel senso di ricomprendere le condotte in questione), similmente a quanto affermato dalla Corte costituzionale italiana nella sent. 368/1992 con riguardo alla nozione di *osceno* (v. *supra*, Cap. II, par. 4), la misura statale censurata dal ricorrente sarebbe risultata immediatamente in contrasto con la Convenzione, poiché – colpendo comportamenti sessuali *intra moenia* tra adulti consenzienti – non sarebbe stata giustificabile sulla base della tutela delle «*morals*» e, dunque, avrebbe perseguito un fine illegittimo (sempre che non fossero stati individuati interessi differenti, riconducibili ad una diversa clausola limitativa, come in effetti è avvenuto: v. l'analisi condotta *supra*, al par. 3 lett. b). Non vi sarebbe dunque stato

Tale linea di pensiero trova un significativo esempio nella tesi, sostenuta da taluno in dottrina, secondo cui la protezione delle «*morals*» nell'impianto C.E.D.U. si identificherebbe con la protezione di posizioni giuridiche individuali, e non dunque con un ideale di *moralismo giuridico* in senso stretto, vale a dire nell'imposizione di una serie di valori etici di pertinenza pubblicistica⁹¹. Con maggiore precisione, secondo questa impostazione, di fronte alla difficoltà che corti e legislatori incontrano nel dare attuazione coattiva ad un codice morale diffuso nella società senza tradire l'impegno al rispetto del carattere pluralista dell'ordinamento⁹², la soluzione sarebbe restringere l'intervento statale ai soli casi in cui le condotte dei singoli violino *diritti morali* (*moral rights*) di terzi⁹³.

Si è visto che opinioni non dissimili sono emerse, nel diritto interno, per quanto riguarda la tematica dell'*osceno*,⁹⁴ e non può negarsi l'*appeal* che esse hanno in un'ottica di rispetto delle libertà individuali e di riduzione al minimo della discrezionalità del legislatore nella restrizione delle stesse. Si è anche anticipato, tuttavia, come la prospettiva fatta propria dalle posizioni in parola non sembri potersi condividere. Per quanto specificamente concerne la C.E.D.U. – ma con argomento che sembra potersi applicare anche in ambito nazionale – non si può non rilevare che, come del resto ammette la stessa dottrina che propugna la tesi in questione, far coincidere «moralità pubblica» e diritti dei singoli risulta antiletterale rispetto al testo della Convenzione, giacché all'esito di tale operazione la clausola delle «*morals*» risulterebbe inutilmente ripetitiva di quella della «protezione dei diritti e delle libertà altrui»⁹⁵. Lo stesso potrebbe dirsi, in effetti, di ogni impostazione volta ad identificare «moralità pubblica» e lesione di interessi diversi da quelli attinenti alla sfera etica, quali l'«ordine pubblico», la «prevenzione di disordini e delitti», la «sanità pubblica», etc. Le soluzioni ermeneutiche *de quibus* arriverebbero in ultima analisi a privare di un contenuto sostanziale la locuzione «moralità pubblica», che diverrebbe soltanto un'espressione riassuntiva della necessità di proteggere altri interessi. Il rischio è che, in tal modo, la «moralità pubblica», lungi dal mantenere una vera e propria autonomia concettuale, divenga poco più che una 'clausola di stile', da richiamarsi *ad abundantiam* per la giustificazione delle misure limitative statali. Non ci pare, tuttavia, la strada giusta da percorrere.

Il fatto che una determinata condotta sia lesiva, ad un tempo, di taluni *standards* etici e di interessi di segno differente non deve condurre, a nostro avviso, all'identificazione dei due

bisogno di un'indagine sulla maggiore o minore tolleranza mostrata dalla società verso il fenomeno omosessuale e di fondare su tale *consensus* la decisione nel merito.

⁹¹ La tesi in questione è sostenuta da C. NOWLIN, *The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Human Rights Quarterly*, 2002, p. 264 ss.

⁹² V. C. NOWLIN, *The Protection of Morals*, cit., p. 279 ss.

⁹³ V. C. NOWLIN, *The Protection of Morals*, cit., p. 285. Il concetto di *moral right* impiegato dall'Autore (*op. cit.*, p. 273 ss.) è di derivazione milliana e ha le sue radici nell'elaborazione del filosofo inglese circa l'esistenza di una situazione soggettiva individuale diversa dal *diritto* propriamente detto (*legal right*), che costituisce parametro di valutazione della *giustizia* di una legge. Questa situazione giuridica, che egli nel saggio *L'utilitarismo* definisce *diritto morale* (*moral right*) del singolo, consiste sostanzialmente nella pretesa di ciascuno a non essere privato dei propri beni, a non subire prevaricazioni, a non essere trattato peggio di quanto meriti e a non soccombere nei conflitti con coloro che non vantino diritti prevalenti: v. sul punto J.S. MILL, *L'utilitarismo* (1863), in ID., *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Milano, 2007, p. 295 ss. Nel suo articolo, il prof. Nowlin arriva ad ammettere che questi *diritti morali* finiscano per coincidere, in ultima istanza, con i *diritti umani* o *costituzionali*: v. C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 276.

⁹⁴ V. *supra*, Cap. III, par. 2, e Cap. IV, par. 3, rispettivamente per quanto riguarda la giurisprudenza e la dottrina.

⁹⁵ Cfr. infatti C. NOWLIN, *The Protection of Morals*, cit., p. 285, secondo cui «[...] *the associated references in the Convention to protection of morals and protection of the rights of others are at worst contradictory and at best repetitive*».

fenomeni, e spingere a risolvere il primo nel secondo. La circostanza che le «*morals*» siano state menzionate accanto a diverse altre clausole generali – come nella C.E.D.U. così, in un’ottica più ampia, nei testi costituzionali nazionali – sembra invece deporre per un rilievo sostanziale autonomo della locuzione in esame. Per di più, l’unica presa di posizione dei giudici di Strasburgo circa la portata della clausola della «moralità pubblica», facendo riferimento – come si è visto – ad un «*ethos morale*» ed a «*standards morali della società nel suo complesso*», sembra presupporre una dimensione squisitamente etica del concetto richiamato, del tutto svincolata da una preoccupazione circa le connessioni dello stesso con altri beni meritevoli di protezione in una prospettiva *harm-oriented*. Di fronte alla menzione delle «(*public*) *morals*» nel testo della C.E.D.U., così come del resto nelle disposizioni delle Carte costituzionali di molti Stati, quale bene meritevole di tutela e suscettibile di controbilanciare le libertà dei singoli in un’operazione di bilanciamento, sembra che il giurista debba accettare un certo grado di (*pure*) *legal moralism*: i suoi sforzi saranno allora diretti (più che a dimostrare l’inammissibilità di un *legal enforcement of morals*) ad individuare in concreto quali si rivelino essere i *valori* cui può essere data veste giuridica dall’ordinamento di riferimento.

6. «Moralità pubblica», margine di apprezzamento e giurisprudenza U.E.

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea (*ex* Corte di giustizia delle Comunità Europee) in materia di «moralità pubblica» (anche in questo caso prendendo in considerazione soltanto i casi in cui tale clausola sia stata menzionata espressamente ed abbia costituito la *ratio decidendi* delle controversie al vaglio dei giudici) non è altrettanto copiosa come quella degli organi di Strasburgo. La ragione di tale differenza dev’essere ricercata, verosimilmente, nelle diverse finalità originarie dei Trattati istitutivi delle Comunità Europee (di natura eminentemente economica) rispetto a quelle che animavano e tuttora animano la C.E.D.U., ciò che spiega perché il riferimento alla «moralità pubblica» contenuto nell’art. 30 T.C.E. (oggi art. 36 del Trattato sul funzionamento dell’U.E.) sia l’unico presente nel diritto convenzionale dell’Unione. Nonostante il diritto comunitario abbia registrato una notevole evoluzione ed espansione, che ha condotto all’inclusione della tutela dei diritti fondamentali dell’uomo tra le finalità dell’U.E., ciò non ha ancora generato un *corpus* giurisprudenziale di rilievo circa le limitazioni per ragioni di «moralità pubblica» alle situazioni giuridiche soggettive garantite a livello comunitario⁹⁶.

I *landmark cases* della Corte di giustizia U.E. in tema di «moralità pubblica» sono dunque due: il caso *Henn-Darby*⁹⁷ ed il caso *Conegate*⁹⁸, sui quali solo poche parole occorre spendere⁹⁹.

⁹⁶ Da notare, peraltro, che la stessa *Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell’Unione Europea*, inserita a pieno titolo nel diritto convenzionale a partire dal Trattato di Lisbona, non fa alcuna menzione della «moralità pubblica», o di clausole simili, quale legittima causa di giustificazione delle limitazioni ai diritti garantiti dalla Carta stessa.

⁹⁷ Corte di giustizia, *Regina contro Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby*, causa C-34/79, sent. del 14 dicembre 1979, in *Raccolta*, 1979, p. 3795 ss. Tutte le pronunce della Corte di giustizia di seguito citate sono anche consultabili on-line sul database della giurisprudenza della Corte, sul sito <http://curia.europa.eu>.

⁹⁸ Corte di giustizia, *Conegate Limited contro HM Customs & Excise*, causa C-121/85, sent. dell’11 marzo 1986, in *Raccolta*, 1986, p. 1007 ss.

Si tratta di due fattispecie in certo senso speculari: entrambe le decisioni sono infatti rese in un giudizio di rinvio pregiudiziale di interpretazione, entrambe riguardano lo stesso Paese membro (il Regno Unito) e la medesima materia, ed entrambe sono basate sulla medesima normativa nazionale¹⁰⁰. Soltanto il risultato è di segno opposto.

Nel caso *Henn-Darby*, a seguito della confisca operata dalle autorità doganali britanniche su riviste pornografiche provenienti dall'Olanda, il giudice inglese investiva la Corte di giustizia di una questione riguardante la compatibilità col diritto comunitario della legge statale che proibiva l'importazione di materiale osceno¹⁰¹. In particolare, il remittente richiedeva se la misura statale costituisse una misura ad effetto equivalente di una restrizione quantitativa incidente sulla libertà di circolazione delle merci garantita dal Trattato C.E., e se tale misura potesse dirsi giustificata per ragioni di tutela della «moralità pubblica» ai sensi dell'art. 36 T.C.E.¹⁰², tenuto conto del fatto che le norme regolatrici del commercio di pubblicazioni pornografiche erano diverse a seconda delle varie regioni costitutive del Regno Unito e del fatto che il possesso di riviste pornografiche non costituiva reato in nessuna parte del territorio statale. Si domandava dunque se il divieto assoluto di importazione, assoggettando le merci straniere ad un trattamento più severo di quello previsto almeno in alcune parti dello Stato, rappresentasse un mezzo di discriminazione arbitraria rispetto ai prodotti di altri Paesi, non giustificabile in base all'art. 36 T.C.E.

La Corte riteneva la norma inglese compatibile con il diritto comunitario. I giudici rilevavano infatti che, nonostante le differenze di disciplina riscontrabili nelle diverse parti del Regno Unito, l'obiettivo della legislazione, *nel suo complesso*, era quello di «vietare, o almeno di frenare la produzione ed il commercio di pubblicazioni o di oggetti di natura oscena»¹⁰³. Poiché dunque non esisteva nel territorio statale un «commercio lecito» del materiale in questione, la misura oggetto della questione non poteva ritenersi un mezzo di arbitraria discriminazione tra merci nazionali e merci di altri Paesi membri, e dunque non violava l'art. 30 T.C.E.¹⁰⁴

Per quanto concerne la giustificazione della restrizione, la Corte – dopo aver accertato che, in astratto, il divieto di importazione stabilito dall'art. 42 del *Customs Consolidation Act* è suscettibile di incidere sulla libera circolazione delle merci¹⁰⁵ – afferma che la normativa statale può giustificarsi sulla base della tutela della «moralità pubblica» ai sensi dell'art. 36 T.C.E.¹⁰⁶ I giudici, tuttavia, non forniscono una definizione di tale concetto, ma – allineandosi all'opinione

⁹⁹ In dottrina si vedano sul punto i commenti di R.M.M. WALLACE, *Public Morality: The Terms of Article 36 of the EEC*, in *The Journal of the Law Society of Scotland*, 25, 1980, pp. 234-235; ed E.V. LOBETE, *Las restricciones a la libre circulación de mercancías por razones de moralidad pública*, in *Boletín. Gaceta jurídica de la CEE*, 84, 1990, p. 10 ss.

¹⁰⁰ Si tratta dell'art. 42 del *Customs Consolidation Act 1876* (1876 *ch. 36 39 and 40 Vict*), poi modificato, ai sensi del quale, tra gli oggetti di cui era vietata l'importazione nel territorio dello Stato, erano ricompresi: «[...] *Indecent or obscene prints, paintings, photographs, books, cards, lithographic or other engravings, or any other indecent or obscene articles*».

¹⁰¹ Per la ricostruzione puntuale dei fatti v. Corte di giustizia, *Regina contro Henn-Darby*, cit., p. 3798 ss., ai §§ 1-10.

¹⁰² Ci si riferisce alla numerazione degli articoli del T.C.E. in vigore al momento in cui la questione pregiudiziale fu sollevata dinanzi alla Corte.

¹⁰³ Così Corte di giustizia, *Regina contro Henn-Darby*, cit., p. 3815, al § 21 della parte *In diritto*.

¹⁰⁴ Corte di giustizia, *Regina contro Henn-Darby*, cit., *ibid*.

¹⁰⁵ V. Corte di giustizia, *Regina contro Henn-Darby*, cit., p. 3812, ai §§ 11-13 della parte *In diritto*.

¹⁰⁶ V. Corte di giustizia, *Regina contro Henn-Darby*, cit., p. 3813, al § 15 della parte *In diritto*.

dell'Avvocato Generale sul punto¹⁰⁷ – dichiarano che «[s]petta in linea di principio a ciascuno Stato membro determinare gli imperativi della moralità pubblica nell'ambito del proprio territorio in base alla propria scala di valori e nella forma da esso scelta»¹⁰⁸, in tal modo evitando di individuare uno *standard* europeo per la determinazione della nozione in esame.

Il caso *Conagate* presenta la medesima struttura di giudizio, oltre al medesimo oggetto ed al medesimo parametro. In questo caso la fattispecie all'esame del giudice inglese riguardava l'importazione di *oggetti* (nella specie: bambole gonfiabili ed altri «oggetti erotici») provenienti dalla Repubblica federale tedesca e ritenuti «osceni ed indecenti» dalle autorità locali, quindi assoggettati a confisca *ex art. 42 del Customs Consolidation Act*¹⁰⁹. A differenza di quanto deciso nel caso *Henn-Darby*, la Corte rilevava stavolta un contrasto della normativa inglese con il diritto comunitario, ed in particolare con il divieto di restrizioni quantitative all'importazione delle merci di cui all'art. 30 T.C.E., non ritenendo la misura limitativa statale giustificabile in base all'art. 36 del Trattato. A tale conclusione, tuttavia, i giudici non arrivavano attraverso l'enucleazione di una precisa definizione del concetto di «moralità pubblica», che escludesse dall'ambito di applicazione della clausola generale la fattispecie all'esame della Corte: sul punto veniva anzi ribadita la discrezionalità degli Stati riguardo alla determinazione degli «imperativi della moralità pubblica»¹¹⁰. Se la decisione risultava di segno opposto rispetto a quella resa nel 1979 era solo perché la Corte, dando ragione alla tesi della parte privata, riconosceva che, a differenza di quanto avveniva per l'ipotesi delle pubblicazioni oscene, per quanto concerne la tipologia di materiale oggetto del giudizio *a quo* esisteva nel Regno Unito un «commercio lecito»¹¹¹. Ragioni di coerenza impedivano dunque allo Stato, che consentisse la fabbricazione e la circolazione di determinati beni nel proprio territorio, di invocare la clausola della «moralità pubblica» per giustificare il divieto di importazione dall'estero, pena la realizzazione di una arbitraria discriminazione a danno degli altri Paesi membri dell'U.E.¹¹².

Di qualche interesse si presenta anche il c.d. caso *Grogan*¹¹³, riguardante il divieto di pratiche abortive previsto in passato dalla legge irlandese. Trovandosi a giudicare delle condotte di alcuni soggetti accusati di aver distribuito tra il pubblico materiale che suggeriva alle donne interessate di recarsi nel Regno Unito per ottenere l'interruzione della gravidanza e forniva anche indicazioni in tal senso, il giudice irlandese sollevava questione pregiudiziale di interpretazione di

¹⁰⁷ Corte di giustizia, *Regina contro Henn-Darby*, cit., Conclusioni dell'Avv. Generale Jean-Pierre Warner del 25 ottobre 1979, in *Raccolta*, 1979, pp. 3821-3822, il quale richiama espressamente le parole della Corte E.D.U. nel caso *Handyside* sulla sussistenza di un *margin* di apprezzamento statale sul requisito della «moralità pubblica», in assenza di una definizione comune ricavabile dalle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

¹⁰⁸ Corte di giustizia, *Regina contro Henn-Darby*, cit., p. 3813, al § 15 della parte *In diritto*.

¹⁰⁹ V. Corte di giustizia, *Conagate Ltd. contro HM Customs & Excise*, cit., p. 1018, al § 2 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁰ V. Corte di giustizia, *Conagate Ltd. contro HM Customs & Excise*, cit., p. 1022, al § 14 della parte *In diritto*, ove la Corte usa le medesime parole già impiegate nella sentenza *Henn-Darby*.

¹¹¹ Corte di giustizia, *Conagate Ltd. contro HM Customs & Excise*, cit., p. 1023, ai §§ 17-19 della parte *In diritto*.

¹¹² Corte di giustizia, *Conagate Ltd. contro HM Customs & Excise*, cit., p. 1021 ss., ai §§ 15-16 e 20 della parte *In diritto*. Si legge in particolare al § 15 che «[...] benché il diritto comunitario lasci gli Stati membri liberi di valutare la natura indecente od oscena di taluni oggetti, va tuttavia rilevato che la natura sconveniente di una merce non può considerarsi abbastanza grave da legittimare restrizioni della libera circolazione delle merci qualora lo Stato membro interessato non adotti, nei confronti delle stesse merci fabbricate o messe in commercio nel proprio territorio, provvedimenti repressivi o altri provvedimenti concreti ed efficaci volti a impedire la distribuzione nel proprio territorio».

¹¹³ Corte di giustizia, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan ed al.*, causa C-159/90, sent. del 4 ottobre 1991, in *Raccolta*, p. 4733 ss.

fronte alla Corte di giustizia, domandando se l'attività di interruzione della gravidanza potesse essere considerata, ai fini del diritto comunitario, un «servizio», e se risultasse compatibile con il diritto comunitario il divieto, posto da uno Stato membro a carico dei suoi residenti, di fornire informazioni circa le pratiche abortive lecitamente poste in essere all'interno di un altro Stato membro¹¹⁴.

Con riguardo alla prima questione, e per quanto qui interessa, da taluna delle parti private intervenute nel giudizio si sosteneva che il carattere «gravemente immorale» delle condotte abortive ne impediva la qualificazione nei termini di «servizio» ai sensi dell'art. 60 T.C.E.¹¹⁵. La Corte non accoglieva tale argomento: i giudici sostenevano infatti di non poter sovrapporre le proprie valutazioni a quelle del legislatore dello Stato membro che aveva deciso di non vietare le attività in questione, a prescindere dalla fondatezza o meno delle censure morali mosse alle pratiche abortive in sé¹¹⁶. Benchè la risposta della Corte sia alquanto laconica, ed il punto sia più approfonditamente argomentato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale¹¹⁷, anche mediante il richiamo alla giurisprudenza E.D.U.¹¹⁸, si coglie ancora una volta la deferenza mostrata dal giudice comunitario nei confronti delle autorità nazionali nel momento in cui si tratti di effettuare valutazioni di carattere squisitamente etico.

Lo stesso schema di ragionamento è stato adottato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Schindler*¹¹⁹ e *Jany*¹²⁰, nelle quali il *thema decidendum* verteva, rispettivamente, sulla qualificazione giuridica della pubblicizzazione del gioco d'azzardo e su quella delle attività di prostituzione ai sensi del diritto comunitario.

Il primo caso aveva ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario del divieto, sancito dalla legge britannica, delle attività di pubblicizzazione delle lotterie nel territorio del Regno Unito¹²¹. Dovendo valutare se le stesse fossero riconducibili al concetto di «prestazione di servizi»

¹¹⁴ V. Corte di giustizia, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan ed al.*, cit., § 9: «La High Court, ritenendo che, come essa aveva già indicato nella sentenza 11 ottobre 1989, la controversia sollevasse problemi di interpretazione del diritto comunitario, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: – 1) Se un'attività organizzata o una pratica diretta a procurare l'aborto o l'interruzione della gravidanza per intervento medico rientrino nella definizione di "servizi" contemplata nell'art. 60 del Trattato CEE. 2) Se, in mancanza di qualsiasi misura che stabilisca il ravvicinamento delle normative degli Stati membri relative alle attività organizzate o alle pratiche per procurare l'aborto o l'interruzione della gravidanza per intervento medico, uno Stato membro possa vietare la diffusione di specifiche informazioni sull'identità, l'ubicazione di una o più cliniche determinate di un altro Stato membro in cui vengono praticati aborti o sulle modalità per entrare con esse in contatto. 3) Se nel diritto comunitario un soggetto disponga del diritto di diffondere nello Stato membro A specifiche informazioni sull'identità, l'ubicazione di una o più determinate cliniche di uno Stato membro B in cui vengono praticati aborti e sulle modalità per entrare con esse in contatto, qualora il procurato aborto sia vietato dalla costituzione e dalla legge penale dello Stato membro A, ma sia lecito, a determinate condizioni, nello Stato membro B».

¹¹⁵ V. Corte di giustizia, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan ed al.*, cit., p. 4736-4737, al § 19.

¹¹⁶ V. Corte di giustizia, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan ed al.*, cit., p. 4739, al § 20.

¹¹⁷ Cfr. Corte di giustizia, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan ed al.*, conclusioni dell'Avvocato Generale Walter Van Gerven, presentate l'11 giugno 1991, p. 4719, 4725 e 4727 ss., rispettivamente ai § 26, 34, 37-38.

¹¹⁸ Cfr. Corte di giustizia, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan ed al.*, conclusioni dell'Avvocato Generale Walter Van Gerven, cit., pp. 4727-4728, § 37.

¹¹⁹ Corte di giustizia, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler e Jörg Schindler*, causa C-275/92, sent. del 24 marzo 1994, in *Raccolta*, 1994, p. 1078 ss.

¹²⁰ Corte di giustizia, *Jany ed al. c. Staatssecretaris van Justitie*, cit. Criticamente sulla pronuncia si v. M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 398 ss.

¹²¹ V. Corte di giustizia, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler e Jörg Schindler*, cit., p. 1085, al § 12, n. 4).

ai sensi del diritto comunitario¹²², e trovandosi di fronte a censure di immoralità delle lotterie avanzate dagli Stati membri intervenuti¹²³, la Corte rilevava che queste ultime non potevano considerarsi vietate in tutti gli Stati membri e, dunque, non spettava al giudice comunitario sostituire la propria opinione sul punto a quella dei legislatori dei Paesi ove tali attività erano consentite¹²⁴.

Il secondo caso originava dal diniego, da parte delle autorità olandesi, di rilascio del permesso di soggiorno ad alcune donne straniere, cittadine della Polonia e della Repubblica Ceca (Paesi con i quali l'U.E. aveva sottoscritto un accordo di associazione, che garantiva ai lavoratori autonomi di tali Stati alcuni diritti riconosciuti ai cittadini di Stati dell'Unione, tra cui il diritto di stabilimento), esercitanti il meretricio sul territorio olandese. Il diniego era motivato in base al fatto che «[...] la prostituzione è un'attività vietata o che quantomeno non costituisce una forma socialmente accettata di lavoro e che non può essere considerata né un lavoro regolare né un'altra libera professione»¹²⁵. Le istanze proponevano ricorso contro le decisioni delle Autorità amministrative olandesi ed il giudice investito della controversia sollevava questione pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia, domandando, tra l'altro, se ai sensi del diritto comunitario il meretricio dovesse essere incluso tra le «attività economiche [svolte] in qualità di lavoratori autonomi» e dunque meritevoli di protezione da parte del diritto comunitario nel caso di loro svolgimento sul territorio di uno Stato membro¹²⁶.

L'obiezione svolta contro la qualificazione giuridica della prostituzione nei termini di «lavoro autonomo» faceva dunque leva anche sulla natura immorale dell'attività di meretricio¹²⁷. Anche in questo caso, la Corte, nell'affermare la qualificabilità della prostituzione nei termini suddetti, ribadiva di non poter sovrapporre le proprie valutazioni di carattere etico a quelle effettuate dagli Stati membri nei quali un'attività di carattere asseritamente immorale veniva lecitamente praticata¹²⁸. Ancora una volta, dunque, il giudice comunitario ricusava di scalfire la discrezionalità degli Stati in tema di «moralità pubblica», adeguando in ultima istanza le proprie considerazioni a quelle dei legislatori nazionali.

7. Considerazioni di sintesi.

L'analisi della giurisprudenza dell'area europea mostra, come si è potuto constatare, un disimpegno degli organi giudicanti con riguardo alla delimitazione del contenuto delle «*public morals*». Nella giurisprudenza E.D.U. ciò ha condotto ad un'espansione dell'ambito di operatività di tale nozione: accanto infatti ai tradizionali temi attinenti alla sfera sessuale, si rileva una disponibilità ad invocare la clausola in esame anche in fattispecie di natura differente, come ad

¹²² V. Corte di giustizia, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler e Jörg Schindler*, cit., p. 1082 ss., ai §§ 5 ss.

¹²³ Corte di giustizia, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler e Jörg Schindler*, cit., p. 1090, al § 54.

¹²⁴ V. Corte di giustizia, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler e Jörg Schindler*, cit., p. 1090, al § 32.

¹²⁵ V. Corte di giustizia, *Jany ed al. c. Staatssecretaris van Justitie*, cit., p. 8667, al § 18.

¹²⁶ V. Corte di giustizia, *Jany ed al. c. Staatssecretaris van Justitie*, cit., p. 8669, § 24, nn. 3) e 4).

¹²⁷ V. Corte di giustizia, *Jany ed al. c. Staatssecretaris van Justitie*, cit., p. 8680, al § 51.

esempio il contrasto alla diffusione di idee in controtendenza (la legalizzazione del consumo di sostanze stupefacenti: caso *Larmela v. Finland*) o repute offensive per un messaggio religioso (casi *I.A. v. Turkey* e *Aydin Tatlav v. Turquie*) o pericolose per l'ordine pubblico (casi *Gündüz, Erbakan* e *Mouvement Raëlien Suisse*), o addirittura si arriva a ricondurre alla «moralità pubblica» la riprovazione per le sofferenze inflitte agli animali (caso *Friend and Others v. United Kingdom*). Non sono chiariti, tuttavia, i criteri che consentono di ritenere applicabile la clausola generale in esame all'una o all'altra situazione, e fino a che punto essa sia suscettibile di espandersi a livello interpretativo. Al contrario, si è notato che Corte e Commissione, così come del resto la Corte di giustizia U.E., attraverso l'impiego della dottrina del *margin of appreciation*, preferiscono rimettere la determinazione dei confini delle «*public morals*» alla valutazione degli Stati.

Si è poi avuto modo di notare come anche la Corte di giustizia U.E., nella sua non copiosa giurisprudenza in tema di «*moralità pubblica*», non si sia discostata significativamente dall'impostazione già sperimentata dalla Corte E.D.U., arrivando ad affermare un *margin of appreciation* statale, di sufficiente ampiezza, circa la definizione della clausola generale che qui viene in rilievo. Benchè l'incidenza del concetto di «moralità pubblica» sia stata finora quantitativamente e qualitativamente meno importante, nel diritto U.E., rispetto a quella assunta da altri istituti, la già menzionata espansione delle competenze dell'Unione, fino a ricomprendere la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, non può che richiamare alla mente i rilievi già svolti circa l'opportunità dell'elaborazione di uno *standard* comune, "europeo", di giudizio circa il contenuto della clausola in questione.

Non può ignorarsi, naturalmente, la differenza che intercorre tra le Corti europee ed i Tribunali costituzionali interni agli Stati, e le difficoltà che le prime inevitabilmente incontrano nel ricercare un delicato equilibrio tra la garanzia di effettività del diritto comunitario o convenzionale ed il rispetto per la sovranità statale e per la specificità dei singoli contesti nazionali. Le soluzioni di compromesso, talora, si rendono necessarie *ad mala maiora vitanda*, per evitare cioè che un'indifferenza degli organi giudicanti sovranazionali nei confronti delle realtà presenti nei vari Paesi, ed un conseguente tentativo di uniformare coattivamente la normativa degli stessi, dia vita ad una reazione ostile degli Stati membri, con verosimile pregiudizio per l'attuazione della Convenzione o del diritto comunitario.

D'altro canto la tendenza delle Corti europee è quella di non invocare la «moralità pubblica» quale unica causa giustificativa delle misure limitative dei diritti dei singoli: la clausola generale in questione è infatti quasi sempre accompagnata dal riferimento alla necessità di tutelare altri interessi (diritti degli altri, prevenzione di crimini, etc.), maggiormente afferrabili dal punto di vista interpretativo. Talora il richiamo a beni diversi assume la funzione di fornire una base argomentativa e giuridica aggiuntiva – e meno contestabile – a misure la cui *ratio*, altrimenti, poggerebbe soltanto sulla disapprovazione morale di parte della comunità verso pratiche sgradite. Il caso *Dudgeon* è emblematico in questo senso¹²⁹. Altre volte sono le «*public morals*» ad essere

¹²⁸ Corte di giustizia, *Jany ed al. c. Staatssecretaris van Justitie*, cit., p. 8681, al § 56.

¹²⁹ V. *supra*, nel presente Capitolo, par. II, spec. alla nota 31.

richiamate in aggiunta ad altri interessi, al fine di chiarire l'esistenza di una forte riprovazione sociale nei confronti di determinati comportamenti, il cui divieto è comunque agevolmente giustificabile sulla base della tutela di altri beni¹³⁰. Questa tendenza delle Corti a non focalizzare l'attenzione esclusivamente sulla «moralità pubblica», nel complesso, mitiga notevolmente le difficoltà definitorie per i giudici sovranazionali, ma al prezzo di far assumere alla clausola in esame un ruolo in qualche modo ambiguo nelle operazioni di bilanciamento di interessi che sono alla base del vaglio sulle misure limitative dei diritti individuali.

L'atteggiamento delle Corti europee sul tema della «moralità pubblica» non può dunque sorprendere più di tanto, benchè, ad avviso di chi scrive, il tentativo di elaborazione di un concetto «europeo» di «moralità pubblica» possa condurre a risultati fruttuosi, pur non potendosi in questa sede affrontare compiutamente la problematica¹³¹. L'esame condotto nel presente Capitolo ha tuttavia permesso di sottolineare gli inconvenienti di un 'abbandono di campo' degli organi dell'esegesi riguardo al compito di enucleare le definizioni dei concetti giuridici. Rimane infatti il monito, anche per l'interprete che intenda affrontare la questione dal punto di vista esclusivo del diritto interno, a non trascurare la funzione antimaggioritaria degli strumenti di garanzia delle libertà fondamentali, pur a fronte di clausole generali che sembrano lasciare libero spazio alle convinzioni emergenti nella comunità di riferimento. La mancanza di delimitazione sostanziale di tali clausole ed il conseguente appiattimento sulle opinioni dei gruppi sociali predominanti può condurre agevolmente al sacrificio delle posizioni delle minoranze, piuttosto che ad un reale ed equo bilanciamento degli interessi in gioco.

¹³⁰ V. sempre *supra*, in questo Capitolo, al par. 4.

¹³¹ Per riflessioni più ampie sul punto ci sia consentito rinviare a R. PERRONE, *Il concetto di «public morals» nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo: spunti per l'elaborazione di una «moralità pubblica» europea. Parte I e Parte II*, in corso di pubblicazione su *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, ove la critica della giurisprudenza E.D.U. è svolta con maggiore ampiezza ed ove si tenta di individuare un terreno comune per l'elaborazione di un concetto di «moralità pubblica» utilizzabile da parte della Corte di Strasburgo.

CAPITOLO VI

IL «BUON COSTUME» IN PROSPETTIVA COMPARATA: LA TUTELA DELLA «PUBLIC MORALITY» NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: le ragioni di una comparazione; 2. Le basi della tutela del «buon costume» nell'ordinamento statunitense; 3. La legittimazione del moralismo giuridico puro: la sentenza *Bowers v. Hardwick*; 4. *Privacy* e *substantive due process*: la progressiva protezione dell'autonomia individuale nella giurisprudenza della Corte Suprema; 5. L'interpretazione della sentenza *Lawrence v. Texas* ed i confini della «*public morality*» clause; 6. Considerazioni di sintesi.

1. Considerazioni introduttive: le ragioni di una comparazione.

Nel presente Capitolo si intende allargare ulteriormente la prospettiva dell'indagine, già fuoriuscita dai confini nazionali nel Capitolo precedente, volgendo lo sguardo ad un ordinamento straniero, precisamente quello degli Stati Uniti d'America, in chiave comparatistica¹. Più nel dettaglio, ci si propone di valutare i connotati che, in tale contesto, ha assunto il concetto di «*public morality*» quale legittima ragione giustificativa della limitazione dei diritti dei singoli.

Occorre chiarire fin d'ora le ragioni che ci sembrano legittimare un'analisi di questo tipo. A prima vista, infatti, le due esperienze in questione si presentano alquanto distanti e le loro differenze – quanto a struttura costituzionale e storia – appaiono più evidenti dei rispettivi punti di contatto². Anche la comparazione giuridica tra ordinamento italiano ed ordinamento statunitense è relativamente recente³.

Entrambi i Paesi, tuttavia, appartengono alla c.d. tradizione giuridica occidentale, entrambi sono retti da forme di Stato liberaldemocratiche, tra i cui principi di base c'è l'impegno alla protezione delle libertà fondamentali dell'individuo ed il rispetto del carattere laico e pluralista dei rispettivi ordinamenti. Per quello che qui maggiormente interessa, inoltre, entrambi gli Stati hanno

¹ Per un'introduzione al metodo comparatistico si v. per tutti R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in AA.VV., *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1992.

² Per fare qualche esempio, può rammentarsi che gli Stati Uniti sono una repubblica federale a forma di governo presidenziale, appartenente alla famiglia di *common law*, mentre l'Italia è uno Stato regionale a forma di governo parlamentare, appartenente alla tradizione di *civil law*. Anche le condizioni storiche che hanno condotto alla formazione dei due ordinamenti sono alquanto differenti. Le rispettive Costituzioni, separate da più di un secolo (e due guerre mondiali) di distanza temporale, riflettono tali condizioni storico-sociali: la Costituzione americana (1787), nata in epoca liberale, è incentrata sulla protezione delle tradizionali libertà negative individuali (oltre che sulla creazione di una struttura statale federale), con scarso interesse per i c.d. diritti sociali, laddove la Costituzione italiana, nata dal compromesso tra forze politiche di stampo progressista e conservatore molto lontane tra loro, ha un marcato connotato solidaristico, che si rileva nella garanzia di numerosi diritti sociali, il cui costo è posto a carico dello Stato.

per lungo tempo affrontato il tema del *legal enforcement of morals* ed il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul punto è ancora intenso e ben lungi dall'essere esaurito.

La problematica della tutela della «morale» in un ordinamento giuridico è intimamente connessa con quella legata al carattere pluralista dello stesso. Pluralismo significa, tra l'altro, sussistenza di differenze tra le concezioni etiche presenti all'interno di una determinata società in un dato periodo storico. Molto spesso da tale società, e segnatamente dalle minoranze, emergono richieste di un riconoscimento positivo di queste concezioni da parte del legislatore. A tali istanze si oppongono i portatori di concezioni opposte che – sentendosi minacciati – tentano di reagire al fine di riaffermare la validità delle proprie convinzioni morali. Spesso tale contrapposizione tra posizioni opposte riflette il conflitto tra una minoranza innovatrice ed una maggioranza conservatrice: la prevalenza della seconda sulla prima dà vita al fenomeno della *morals legislation*, vale a dire di quella normativa volta alla salvaguardia di istituti tradizionali o, come accade più spesso, della lettura tradizionale di determinati istituti, come ad esempio il matrimonio.

Nell'epoca attuale, le sfide al pluralismo provengono sia dall'esterno che dall'interno dell'ordinamento, e nel loro esame si rilevano similarità tra le situazioni dei due Paesi qui presi in considerazione. Quanto al primo aspetto, può rammentarsi che, mentre gli Stati Uniti si sono caratterizzati fin dall'origine come una società multiculturale e si sono confrontati con la necessità di ospitare popolazioni provenienti da diversi contesti socio-culturali e latrici di credenze e tradizioni molto differenti tra loro, i vasti flussi migratori che si sono verificati negli anni recenti hanno posto l'Italia, che per lungo tempo si era connotata come una società sostanzialmente omogenea, di fronte a problematiche della stessa natura. Quanto alle sfide del pluralismo di origine interna, entrambe le nazioni si trovano ad affrontare le sempre più pressanti richieste di gruppi minoritari volte al riconoscimento di diritti, e molto spesso le pretese avanzate si mostrano convergenti: si pensi, per fare un esempio, al dibattito sviluppatosi negli ultimi anni circa l'introduzione del matrimonio tra coppie dello stesso sesso, che, sia in Italia sia negli U.S.A., ha coinvolto i giuristi e la giurisprudenza⁴.

³ Sul punto v. *amplius* G. BOGNETTI, *The American Constitution and Italian Constitutionalism: An Essay in Comparative Constitutional History*, Bologna, 2008.

⁴ Negli Stati Uniti, benchè la Corte Suprema non abbia ancora preso posizione sul punto, diverse Corti inferiori hanno affrontato il nodo della legittimità costituzionale dei divieti al matrimonio omosessuale, con risultati contrastanti. La decisione di rilievo più recente sul punto risulta essere la sentenza resa nel caso *Perry v. Brown* dalla Corte federale d'appello per il Nono Circuito (*Case No. 10-16696*, U.S. *Court of appeals 9th Circ.*, 7 Febbraio 2012), che ha ritenuto incostituzionale, per violazione della *Due Process Clause* e della *Equal Protection Clause* della Costituzione federale, un emendamento alla Costituzione della California (denominato *California Proposition 8*) che proibiva il matrimonio omosessuale. In Italia, la Corte costituzionale ha affrontato di recente una q.l.c. riguardante il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso che i remittenti ritenevano ricavabile dal combinato disposto di alcuni articoli del Codice civile. La questione è stata decisa con sent. 138/2010 (Corte cost., sent. 14 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1604 ss., con commento di R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, ivi, p. 1629), e la Corte ha concluso per l'insussistenza di un diritto delle coppie omosessuali al matrimonio, giacchè l'espressione contenuta nell'art. 29.1 Cost. è stata ritenuta riferibile soltanto al matrimonio eterosessuale (Sent. 138/2010, cit., al § 9 del *Considerato in diritto*). Posto che un trattamento differenziato della famiglia tradizionale rispetto a quello delle coppie di persone dello stesso sesso non può considerarsi discriminatorio, secondo la Corte, la decisione di consentire anche a queste ultime di accedere al matrimonio è rimessa alla discrezionalità del legislatore (sent. 138/2010, al § 8 del *Considerato in diritto*). Di recente sul punto v. AA.VV., *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiotta-P. Veronesi, Torino, 2010.

Sulla base di queste premesse, riteniamo che non sia improficuo indagare sul significato che la «*public morality*» ha assunto nell'ordinamento statunitense, in una prospettiva comparata rispetto a quello italiano, con particolare attenzione alle posizioni assunte dalla giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A. Più di preciso ci proponiamo di verificare se, attraverso il collegamento tra le due realtà rappresentato dal comune impegno al rispetto dei principi di base di una forma di Stato liberaldemocratica, sia possibile cogliere dall'esperienza d'oltreoceano suggerimenti utili alla ricerca di un significato costituzionalmente accettabile del «buon costume» costituzionale.

2. Le basi della tutela del «buon costume» nell'ordinamento statunitense.

La Costituzione federale americana, com'è noto, non contiene clausole limitative dei diritti individuali affini al «buon costume» di cui agli artt. 19 e 21 c. 6 della Costituzione italiana. Il Primo Emendamento⁵, infatti, che riconosce agli individui, nei confronti delle autorità federali, la libertà di manifestazione del pensiero e di stampa (*Freedom of Speech Clause*) nonché quella religiosa (*Free Exercise Clause*), vietando al contempo la costituzione di una religione di Stato (*Establishment Clause*), non fa alcuna menzione dei limiti cui i diritti garantiti ai singoli possono essere assoggettati dal potere federale. Analogamente, la Sezione I del Quattordicesimo Emendamento⁶, che attribuisce agli individui analoghi diritti nei confronti degli Stati dell'Unione, aggiungendo anche la garanzia del *due process of law* (*Due Process Clause*) e quella dell'uguale protezione della legge (*Equal Protection Clause*), non introduce alcun limite espresso alle situazioni giuridiche soggettive in parola.

L'assenza di clausole limitative di diritti nella Costituzione americana ha ragioni storiche e si giustifica principalmente in base alla concezione prettamente negativa che il Costituente ed i revisori costituzionali americani avevano delle libertà garantite ai cittadini, nell'ambito di un'impostazione politico-filosofica di stampo liberale classico⁷. L'assenza di limiti espressi ai diritti

⁵ Il Primo Emendamento dispone: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*». Com'è noto, il Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti fa parte dei primi dieci emendamenti alla Costituzione federale, introdotti nel 1791, noti nel complesso come *Bill of Rights*. Essi furono adottati per ovviare alla mancanza, nel testo della Costituzione del 1789, di un catalogo di diritti che potesse limitare il potere delle autorità federali. Successivamente l'applicabilità delle norme contenute nel *Bill of Rights* anche ai rapporti tra cittadini e Stati dell'Unione trovò riconoscimento nella giurisprudenza della Corte Suprema, mediante il richiamo alla clausola del *Due Process* contenuta nel Quattordicesimo Emendamento (per l'estensione dell'ambito applicativo soggettivo del Primo Emendamento v. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 [1925]). Sugli aspetti storico-giuridici del processo di approvazione degli emendamenti alla Costituzione Americana, e per un'introduzione agli stessi, si v. per tutti G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*. 1. *La Costituzione liberale*, Torino, 1998, pp. 69 ss. e 115 ss.

⁶ La Sezione I del XIV Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti così dispone: «*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*». È noto che il Quattordicesimo Emendamento non fa parte del *Bill of Rights*, ma dei c.d. Emendamenti della Ricostruzione. Si tratta infatti dei tre emendamenti (XIII, XIV e XV) adottati tra il 1865 ed il 1870 (rispettivamente nel 1865, nel 1868 e nel 1870), a seguito della Guerra di Secessione americana (1861-1865) e della vittoria delle forze anti-schiaviste nel conflitto. Si v. anche in questo caso G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 115 ss.

⁷ In quest'ottica è stato ad esempio sostenuto che l'impiego di clausole limitative dei diritti sia un fenomeno proprio delle costituzioni più recenti, ed in particolare di quelle dell'Europa continentale, adottate in una prospettiva (non liberale-classica, ma) liberal-democratica, ove viene messo in evidenza il carattere recessivo dei diritti del singolo di fronte ad esigenze comunitarie: v. ad es. N. RAO, *On the Use and Abuse of Human Dignity*, in *Colum. J. Eur. L.*, 14, 2007-2008, p. 227 ss. e 244 ss.

individuali, tuttavia, non ha impedito che restrizioni agli stessi fossero individuate in via ermeneutica dalla dottrina e dalla giurisprudenza. I percorsi logici che hanno consentito, e tuttora consentono, al legislatore – in particolare a quello statale – di intervenire a tutela di interessi pubblici, tra cui il «buon costume» (in inglese: «*public morality*» o «*public morals*», essendo poco in uso l'espressione «*good mores*», traduzione letterale della locuzione italiana in esame), sono tuttavia differenti a seconda della situazione giuridica con cui tali interessi vengono ad interagire.

Per comprendere al meglio le basi giuridiche del *legal enforcement of morals* nell'ordinamento statunitense, occorre accennare brevemente al meccanismo di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti (*constitutional rights*) di fronte all'operato del legislatore. È noto che, a partire dalla famosa *Footnote 4* della sentenza *U.S. v. Carolene Products Co.*⁸, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha introdotto un sistema di sindacato di costituzionalità delle leggi strutturato per strati (*tiered review*), in funzione del rango della situazione giuridica sulla quale l'atto legislativo è destinato ad incidere. In materia di diritti di libertà, si è affermata una sostanziale bipartizione di livelli ai quali opera il sindacato della Corte. Da un lato, qualora si verta in materia di un diritto considerato *fondamentale* dalla Corte, ogni misura limitativa dello stesso, per potersi considerare costituzionalmente legittima, dovrà superare uno *standard* di giudizio alquanto rigoroso (*strict scrutiny*), volto a verificare che essa risponda ad un'esigenza *imprescindibile dello Stato* (*compelling State interest*), che sia rigorosamente adeguata (*narrowly tailored*) a soddisfare tale interesse, e che rappresenti lo strumento meno restrittivo (*the least restrictive means*) a disposizione del legislatore per raggiungere tale fine. Quando invece si verta in tema di meri *interessi di libertà* (*liberty interests*), vige il meno severo *standard* denominato «*rational basis review*», che richiede allo Stato di essere in grado di giustificare la restrizione del diritto individuale sulla base della salvaguardia di un *interesse pubblico ragionevole*. Tale è stato tradizionalmente ritenuto quello alla protezione della *moralità pubblica*.

Il potere statale di legiferare a tutela della *public morality* va rinvenuto, prima ancora che nelle costituzioni dei singoli Stati, nel c.d. *police power* che viene tradizionalmente ritenuto appartenente a questi ultimi indipendentemente dalla presenza di un'esplicita previsione costituzionale in tal senso⁹, e le cui origini sono riconducibili al diritto inglese¹⁰. In sostanza, e

⁸ 304 U.S. 144, 152 (1938).

⁹ Cfr. S. LEGARRE, *The Historical Background of the Police Power*, in *U. Pa. Jour. Const. L.*, 9, 2006-2007, p. 771 ss.; V. STARK, *Public Morality as a Police Power After Lawrence v. Texas and Carhart v. Gonzales*, in *Geo. J. Gender & L.*, 10, 2009, p. 177, ove si legge che «*It seems beyond doubt that the Framers considered the Police to be a power of government that the states possessed prior to the framing of the Constitution and thus [...] the Framers incorporated the Police into the retained sovereignty of the states in the Union*».

¹⁰ Il concetto di *Police* (che diverrà *police power* solo in seguito) è teorizzato infatti dal famoso giurista inglese William Blackstone nei suoi *Commentari al diritto dell'Inghilterra* (see W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, IV, Chicago-London, 1915 (1765), p. 129 ss. Il concetto di *Police* si rinviene anche nell'opera dell'internazionalista svizzero Emmerich De Vattel, molto conosciuta in ambito anglosassone (come riporta C. G. FENWICK, *The Authority of Vattel*, parti 1 e 2, rispettivamente in *Am. Pol. Sci. Rev.*, 7, 1913, p. 395 ss., e *Am. Pol. Sci. Rev.*, 8, 1914, p. 375 ss.) e di poco precedente gli scritti di Blackstone: si v. E. DE VATTEL, *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Washington, 1916 (1749-1750). Per una ricostruzione storica del concetto di «*police power*» si v. S. LEGARRE, *The Historical Background of the Police Power*, cit., p. 745 ss., benchè le trattazioni più complete – ancorchè datate – su tale istituto siano probabilmente i due trattati di Christopher Tiedeman ed Ernst Freund: si vedano rispettivamente C. TIEDEMAN, *A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States Considered From Both Civil And Criminal Standpoint* (1886), New York, 1971; ed E. FREUND, *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights* (1904), Buffalo, 1981; si v. inoltre, nello stesso periodo, W.G. HASTINGS, *The Development*

benchè la nozione stessa di *police power* sia oggetto di dibattito tra gli studiosi americani¹¹, può dirsi che con questa espressione si designa un potere residuale del legislatore statale¹² di intervenire per reprimere condotte lesive di un interesse all'ordinato vivere civile (*public order*), riguardo a fattispecie che non rientrano nelle competenze legislative espressamente previste¹³. Tra le componenti del *police power* è tradizionalmente ricompreso anche il potere di tutelare la *public morality*.

In effetti, dalle sue origini, l'ordinamento degli Stati Uniti d'America si è dimostrato propenso alla sanzione dell'immoralità, sia pubblica sia privata. Come notava Tocqueville nel XIX secolo commentando la legislazione penale del Connecticut

I legislatori, in questo codice di leggi penali, sono più che altro preoccupati di mantenere l'ordine sociale e i buoni costumi nella società; perciò penetrano senza tregua nel dominio della coscienza, e non c'è quasi peccato che essi non giungano a sottoporre alla censura del magistrato¹⁴.

Indubbiamente l'austerità puritana dei Padri Fondatori ha avuto un peso determinante nella compilazione della *morals legislation* delle prime colonie, ma le tracce di *legal moralism* non sono venute meno nel tessuto normativo degli Stati dell'Unione, ed i frutti di tale atteggiamento sono visibili anche ai giorni nostri, posto che – almeno sulla carta – permane tuttora la proibizione di numerose condotte motivata originariamente (anche se non sempre esclusivamente) sulla base della riprovazione morale delle stesse da parte della maggioranza. Si pensi ai reati di bigamia¹⁵, incesto¹⁶, adulterio¹⁷, bestialità¹⁸ e, in maniera ancora più evidente, alle fattispecie di sodomia¹⁹ e

of Law as Illustrated by the Decisions Relating to the Police Power of the State, in *Proc. Am. Phil. Soc'y*, 1900, n. 39, p. 359 ss.

¹¹ V. S. LEGARRE, *The Historical Background of the Police Power*, cit., p. 747: «The police power suffers from a surprising problem. Though it has been in constant use for many years and has proved important in the vocabulary of American constitutional law [...], it is, or stands for, one of the most misunderstood ideas in constitutional law»

V. anche W.W. COOK, *What Is the Police Power?*, in *Colum. L. Rev.*, 7, 1907, p. 322, il quale, riguardo al *police power*, rileva che «no phrase is more frequently used and at the same time less understood».

¹² L'elaborazione del concetto di *police power* negli Stati Uniti si inserisce, è bene ricordarlo, nella forma di Stato federale propria dell'ordinamento in questione: il potere in esame, pertanto, è proprio degli Stati componenti l'Unione, ma non del legislatore federale, le cui attribuzioni sono specificamente enumerate: sul punto v. per tutti V. STARK, *Public Morality as a Police Power*, cit., p. 174 ss. Non esistendo riferimenti alla «*public morality*» nella Costituzione federale, e non disponendo il *Federal Government* di un *police power* residuale, deve concludersi, a nostro avviso, che la tutela del «buon costume» può realizzarsi solo a livello di normativa statale.

¹³ Blackstone stesso caratterizza la *Police* come un potere residuale, il quale riguarda illeciti che sono «*very miscellaneous, as it [the Police] comprises all such crimes as especially affect public society, and are not comprehended under any of the four preceding species*» (p. 162), vale a dire che non sono ricompresi entro le «*offences against public justice, against public peace, against public trade, against the public health*» (W. BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., p. 128).

¹⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *Démocratie en Amérique*, trad. it. *La democrazia in America*, Torino, 2010 (1835), p. 56. Ma si veda *amplius* alle pp. 55 ss. e 836 ss. per l'esame delle *morals legislations* degli Stati Uniti all'epoca della visita di Tocqueville.

¹⁵ Senza voler passare in rassegna la legislazione penale di tutti gli Stati dell'Unione, qui e nelle note seguenti (ad eccezione di quelle riguardanti fornicazione e sodomia) si prenderanno come esempio quattro Stati in particolare: California, Massachusetts, Mississippi, Utah. I primi due, collocati rispettivamente nella *West* e nella *East Cost*, sono considerati oggi di orientamento *liberal*, mentre gli altri due, collocati rispettivamente nell'Est e nell'Ovest, sono considerati di orientamento conservatore. Per quanto concerne il reato di bigamia v. *Cal. Penal Code* §§ 281-283; *Mass. Gen. Laws Ann. ch. 272* § 15; *Miss. Code Ann.* § 97-29-13 (2011) e § 97-29-15 (2011), ma si v. anche *Miss. Code Ann.* § 97-29-43 (2011), che incrimina la condotta di insegnamento o incitamento alla pratica della poligamia; *Utah Code Ann.* § 76-7-101.

¹⁶ V. *Cal. Penal Code* § 285; *Mass. Gen. Laws Ann. ch. 272* § 17; *Miss. Code Ann.* § 97-29-27 (2011) e § 97-29-29 (2011); *Utah Code Ann.* § 76-7-102.

¹⁷ V. *Mass. Gen. Laws Ann. ch. 272* § 14; *Miss. Code Ann.* § 97-29-1 (2011) e ss., fino al *Miss. Code Ann.* § 97-29-9 (2011); *Utah Code Ann.* § 76-7-103. Il Codice penale della California (*Cal. Penal Code*, § 285) punisce l'adulterio solo tra consanguinei.

fornicazione²⁰, oltre ovviamente all'incriminazione degli atti e spettacoli osceni²¹ o indecenti²², e ad altri divieti (come quello di circolare pubblicamente con recipienti di bevande alcoliche in vista) spesso funzionali più al mantenimento di un'apparenza di moralità, di un «buon costume» «ideale», che alla repressione del vizio in sé e per sé. In tutti gli Stati, poi, con l'eccezione del Nevada²³, è sanzionata penalmente l'attività di prostituzione.

Per quanto riguarda l'atteggiamento della giurisprudenza, va detto che, fin dalle sue più risalenti pronunce, ed in particolare dall'opinione del giudice Marshall nella sentenza *Gibbons v. Ogden*²⁴, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha costantemente affermato che la *public morality*, quale componente del *police power*, è un interesse legittimamente tutelabile dallo Stato e, dunque, una giustificazione ragionevole per la restrizione dei diritti individuali²⁵. La posizione della

¹⁸ V. *Cal. Penal Code* § 286.5; *Mass. Gen. Laws Ann. ch. 272* § 32, ai sensi del quale «*Whoever commits the abominable and detestable crime against nature, either with mankind or with a beast, shall be punished by imprisonment in the state prison for not more than twenty years*», punendosi così la condotta sodomitica con umani al pari di quella tra essere umano ed animale; quasi negli stessi termini *Miss. Code Ann. § 97-29-59* (2011), che prevede una pena fino a dieci anni; *Utah Code Ann. § 76-9-301.8*.

¹⁹ Le *sodomy laws* sono state dichiarate incostituzionali dalla Suprema Corte soltanto nel 2003, con la sentenza *Lawrence v. Texas*. Al momento della pronuncia, erano 14 gli Stati nei quali permanevano in vigore norme che proibissero atti sessuali «innaturali» tra persone, peraltro non sempre e non necessariamente di sesso diverso. Questi Stati erano Alabama, Carolina del Nord, Carolina del Sud, Florida, Idaho, Kansas, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Oklahoma, Texas, Utah e Virginia. Sulla giurisprudenza americana in tema di *sodomy laws*, oltre alle considerazioni svolte *infra*, nei paragrafi seguenti, si v. V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005.

²⁰ La condotta di fornicazione è tuttora incriminata in alcuni Stati, benchè sia discusso se le fattispecie penali in questione debbano essere dichiarate incostituzionali sulla base dei principi affermati dalla Corte Suprema nella sentenza *Lawrence v. Texas* (v. *infra*), come alcune Corti statali hanno sostenuto (ciò è avvenuto in Louisiana: v. *La. Electorate of Gays and Lesbians, Inc. v. Connick*, 902 So. 2d 1090 (La. Ct. App. 2005); nella Carolina del Nord: v. *Hobbs v. Smith*, No. 05 CVS 267, 2006 WL 3103008 (N.C. 2006); ed in Virginia: v. *Martin v. Zihel*, 607 S.E.2d 367 (Va. 2005), e *Singson v. Commonwealth*, 621 S.E.2d 682, 688 (Va. Ct. App. 2005). Gli Stati nei quali sopravvivono norme che puniscono il compimento di atti sessuali tra persone non legate da matrimonio sono: Idaho (v. *Idaho Code Ann. § 18-6603*); Illinois (v. *720 Ill. Comp. Stat. 5/11-40*); Massachusetts (v. *Mass. Gen. Laws Ann. ch. 272* § 18); Minnesota (v. *Minn. Stat. Ann. § 609.34*); Mississippi (v. *Miss. Code Ann. § 97-29-1*); North Dakota (v. *N.D. Cent. Code 12.1-20-09*); South Carolina (v. *S.C. Code Ann. § 16-50-60*); Utah (v. *Utah Code Ann. § 76-7-104*); e Wisconsin (v. *Wis. Stat. Ann. § 944.15*). La Florida ed il Michigan non utilizzano l'espressione «*fornication*», ma sanzionano rispettivamente il «*lewd and lascivious behavior*» (v. *Fla. Stat. Ann. § 798.02*) e la «*lewd and lascivious cohabitation and gross lewdness*» (v. *Mich. Comp. Laws Ann. § 750.335*), entrambe riguardanti, nella sostanza, condotte di fornicazione. Per un'analisi delle *fornication laws* dopo la sentenza *Lawrence v. A. CONNOR, Is Your Bedroom a Private Place? Fornication and Fundamental Rights*, in *N.M. L. Rev.*, 39, 2009, p. 507 ss..

²¹ V. *Cal. Penal Code* §§ 311-312.7; *Mass. Gen. Laws Ann. ch. 272* § 29; *Miss. Code Ann. § 97-29-101* (2011) e ss., fino a *Miss. Code Ann. § 97-29-109* (2011); *Utah Code Ann.*, § 76-10-1204 ss., fino a § 76-10-1206, e 76-10-1222

²² V. *Cal. Penal Code* § 314 (*Indecent Exposure*); *Mass. Gen. Laws Ann. ch. 272* § 16 (*Open and Gross Lewdness and Lascivious Behavior*); *Miss. Code Ann. § 97-29-31* (2011) (*Indecent Exposure*); *Utah Crim. Cod. 76-09-702* (*Lewdness*), 76-10-1227 e 76-10-1228 (*Indecent Public Displays*);

²³ V. *Nv. Rev. Stat. § 201.354*

²⁴ V. *Gibbons v. Ogden* (22 U.S. (Wheat.) 1(1824), ove il giudice Marshall ragiona di «*good order of society and public morals*» (p. 56).

²⁵ Nella giurisprudenza più risalente si vedano ad es. *Thurlow v. Massachusetts*, 46 U.S. (5 How.) 504, 592 (1847): «*If [an article or item] be injurious to health or morals of the community, a State may, in exercise of that great and conservative police power which lies at the foundation of its prosperity, prohibit the sale of it*»; *Phalen v. Virginia*, 49 U.S. (8 How.) 163 (1850): «*[...] the suppression of nuisances injurious to public health or morality is among the most important duties of the government*»; *L'Hote v. New Orleans*, 177 U.S. 587 (1900), ove si sostiene (p. 596) che il potere dello Stato di proteggere la salute pubblica e la morale («*public health and morals*») è indiscusso («*beyond question*»). Tra le asserzioni più esplicite del potere statale di tutelare legislativamente la morale deve ricordarsi l'opinione dissenziente del giudice Harlan in *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 545-546 (1961): «*Yet the very inclusion of the category of morality among state concerns indicates that society is not limited in its objects only to the physical wellbeing of the community, but has traditionally concerned itself with the moral soundness of its people as well. Indeed, to attempt a line between public behavior and that which is purely consensual or solitary would be to withdraw from community concern a range of subjects with which every society in civilized times has found it necessary to deal*». In tempi più recenti si veda l'opinione concorrente del giudice Scalia nella sentenza *Erie v. Pap's A.M.*, 529 U.S. 277, 310 (2000) (Scalia, J., concurring): «*The traditional power of government to foster good morals (bonos mores), and the acceptability of the traditional judgment (if Erie wishes to endorse it) that nude public dancing itself is immoral, have not been repealed by the First Amendment*». Per analisi più approfondite della giurisprudenza della Suprema Corte in tema di «*public morality*» si vedano, in particolare, S. GOLDBERG, *Morals-Based Justification for Lawmaking: Before and After Lawrence v. Texas*, in *Minn. L. Rev.*, 88, 2003-2004, p. 1247 ss.; V. STARK, *Public Morality as a Police Power*, cit., p. 179 ss.; nonché W.J. NOVAK, *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill, 1996, p. 149 ss.

giurisprudenza sul punto, confortata dalla dottrina²⁶, è rimasta compatta nel corso degli anni, al punto che si è affermato:

*The authority of the State, under the Constitution, to enact 'morals legislation' – laws reflecting some traditional morality having no authentic social purpose to protect other persons or property – has always been assumed; it has deep roots, and it has seemed obvious and beyond question.*²⁷

L'ammissibilità di forme di *legal enforcement of morals* deve però coniugarsi con la tutela delle libertà individuali garantita dalla Costituzione americana (ed in particolare dai suoi Emendamenti), e con l'elaborazione che di questi ultimi ha fatto la giurisprudenza della Corte Suprema. Nel corso degli anni, in effetti, la parabola compiuta dalla libertà dell'individuo nella sfera privata ha toccato, com'era prevedibile, anche il tema della protezione giuridica della «*public morality*», con arresti di una certa rilevanza per l'indagine in corso. All'analisi – pur breve – dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema sul punto sono dedicate le pagine che seguono.

3. La legittimazione del moralismo giuridico puro: la sentenza *Bowers v. Hardwick*.

Nonostante l'accettazione espressa della «*public morality*» quale interesse pubblico legittimamente tutelabile dallo Stato, a scapito delle posizioni dei singoli, e pur in un contesto caratterizzato, come si è visto, dalla presenza di esempi incisivi di *morals legislation*, si è rilevato che la Corte Suprema è stata piuttosto cauta nel giustificare le misure restrittive statali sulla base di argomenti di puro moralismo giuridico, nell'affermare cioè il potere dello Stato di limitare la libertà individuale sulla sola considerazione dell'*immoralità* delle condotte dei singoli²⁸. Dalla Seconda Guerra mondiale, in effetti, l'unico caso in cui ciò è avvenuto è rappresentato dalla sentenza *Bowers v. Hardwick* (d'ora innanzi: *Bowers*)²⁹, peraltro ora espressamente *overruled*³⁰. L'esame di questa pronuncia è di particolare interesse, specie se confrontata con il successivo sviluppo della giurisprudenza della Corte Suprema e con la decisione che ne ha decretato il superamento, *Lawrence v. Texas*, per comprendere quali possano essere i confini della «*public morality*» legittimamente tutelabile nell'ordinamento U.S.A.

²⁶ Si vedano ad es. E. FREUND, *The Police Power*, cit., pp. 7-8: «[...] the cultivation of moral, intellectual and aesthetic forces and interests which advance civilization and benefit of the community [...] cannot be a matter of indifference to the state»; e T.M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, New York, 1972 (1878), p. 596: «The preservation of the public morals is peculiarly subject to legislative supervision»; W.J. NOVAK, *The People's Welfare*, cit., p. 189: «[...] regulation of public morality played an absolutely central role in nineteenth century American life. Morals police remained one of the matter-of-fact obligations of government in a well-regulated society». Riguardo al *law enforcement of morality* nella storia dei primi anni degli U.S.A. si v. D.H. FLAHERTY, *Law and the Enforcement of Morals in Early America*, in AA.Vv., *Law in American History*, a cura di D. Fleming-B. Bailyn, Toronto, 1971, p. 208 ss., e W.J. NOVAK, *op. cit.*

²⁷ Così L. HENKIN, *Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity*, in *Colum. L. Rev.*, 63, 1963, pp. 401-402.

²⁸ Così S. GOLDBERG, *Morals-Based Justification for Lawmaking*, cit., p. 1244 ss.; ma v. anche R. WEST, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, in *Mich. L. Rev.*, 88, 1990, p. 663.

²⁹ 478 U.S. 186 (1986). La sentenza, tradotta in italiano, è riportata in *Foro it.*, 1986, IV, c. 397 ss. V. anche l'analisi di V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., p. 103 ss.

³⁰ Cfr. S. GOLDBERG, *Morals-Based Justification for Lawmaking*, cit., p. 1245.

Il caso *Bowers* riguardava una legge penale dello Stato della Georgia³¹ che proibiva il compimento di atti consensuali di «sodomia»³² tra individui adulti, a prescindere dal sesso dei partecipanti (non era dunque, almeno sulla carta, una normativa volta alla repressione dei soli rapporti omosessuali). Quella delle *sodomy laws* era una lunga tradizione, che originava dal diritto inglese (nel quale peraltro permase in vigore fino alla seconda metà del XX secolo, dando vita al famoso dibattito dottrinale che vide opposti il giudice lord Devlin ed il professor Hart) e che aveva trovato fertile terreno nelle radicali convinzioni religiose dei Padri fondatori. Le *sodomy laws* erano rimaste in vigore in molti Stati dell'Unione e, al momento della sentenza in commento, erano 25 gli ordinamenti che prevedevano simili fattispecie³³. Al di là dell'aspetto storico, la sorte di queste norme penali è rilevante per l'indagine in corso, giacchè si tratta di esempi di moralismo giuridico puro, in quanto difficilmente giustificabili in base ad esigenze diverse dalla mera disapprovazione morale della maggioranza nei confronti di condotte interamente private.

I fatti del caso possono essere agevolmente riassunti: dopo esser stato arrestato per violazione della *sodomy law* della Georgia, l'indagato – Michael Hardwick – nonostante l'intenzione della pubblica accusa di non procedere a giudizio, citava il Procuratore Generale dello Stato della Georgia, Michael Bowers, innanzi ai giudici federali, per ottenere una dichiarazione di incostituzionalità della normativa in esame. Mentre il giudice di prime cure decideva a sfavore dell'attore, la Corte d'appello federale dava ragione ad Hardwick, ritenendo lo *statute* della Georgia costituzionalmente illegittimo in quanto lesivo dei diritti fondamentali garantiti all'appellante dal Nono Emendamento e dal Quattordicesimo Emendamento. L'appellato presentava dunque alla Corte Suprema una *petition of certiorari*, ed il relativo giudizio veniva concesso dalla Corte, tenuto anche conto delle diverse conclusioni cui altre Corti di seconda istanza erano giunte³⁴.

La Corte Suprema riformò il giudizio della Corte d'appello e rifiutò di dichiarare incostituzionale la legge della Georgia. Il giudice White, redattore per conto della maggioranza, affermava che il diritto fondamentale alla *privacy*, riconosciuto dalla precedente giurisprudenza della Corte in determinati settori della vita della persona, non si estendeva fino a ricomprendere le attività di sodomia, in quanto esse non rientravano in nessuna delle definizioni di «diritto fondamentale» fornite dal collegio fino a quel momento. Non ritenendo infatti che tali condotte potessero essere ricomprese tra i diritti «impliciti nel concetto di libertà ordinata», tali che «né il concetto di giustizia né il concetto di libertà esisterebbero se essi fossero sacrificati»³⁵, né che esse

³¹ Si trattava del *Georgia Code Ann.* § 16-6-2.

³² La nozione di «sodomia» fatta propria dallo *statute* era alquanto ampia (come del resto era comune tra le *sodomy laws*) e ricomprendeva sostanzialmente tutti gli atti sessuali differenti dal coito vaginale. La «sodomia» era infatti definita come la condotta che una persona compie «when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another» (*Georgia Code Ann.* § 16-6-2, lett. a).

³³ Più precisamente, nel 1986 erano in vigore *sodomy laws* – sia pur differenti tra loro quanto ad estensione applicativa sia sotto il profilo soggettivo (con riguardo cioè al fatto che i divieti colpissero solo individui dello stesso sesso ovvero anche individui di sesso opposto) che sotto quello oggettivo (con riguardo cioè alle tipologie di condotte vietate) – negli Stati di Arizona, Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New York (limitatamente agli appartenenti alla Guardia Nazionale dello Stato di New York, essendo la normativa di portata generale già stata dichiarata incostituzionale dalla Corte d'appello dello Stato di New York: v. *People v. Ronald Onofre*, 51 N.Y.2d 476, 1980), North Carolina, Oklahoma, Puerto Rico, Rhode Island, South Carolina, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, oltre che nel Distretto di Columbia.

³⁴ Così *Bowers*, 478 U.S., 189.

³⁵ Così la Corte nella sent. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325-326 (1937) (traduzione nostra).

fossero «radicate nella storia e nella tradizione di questa Nazione»³⁶, l'estensore bollava la pretesa di individuare un «diritto alla sodomia» come «faceta, nel migliore dei casi»³⁷.

Pur riconoscendo che, in passato, la Corte, invocando la *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, aveva protetto condotte giudicate immorali dai più (come la detenzione di materiale osceno) purchè eseguite in privato³⁸, la maggioranza dei giudici rifiutava di espandere ulteriormente la portata della disposizione in parola, sia per non incorrere in accuse di attivismo giudiziario³⁹, sia per evitare che una tale soluzione conducesse ad uno *slippery slope* in base alla quale molte fattispecie, tra cui l'adulterio e l'incesto, avrebbero dovuto essere dichiarate illegittime⁴⁰. Di più, e per l'aspetto che qui maggiormente interessa, la Corte non solo ricusava di riconoscere un «diritto fondamentale» in capo al resistente: essa affermava apertamente la sufficienza del mero *moral bias* della maggioranza dei cittadini, espresso attraverso l'attività legislativa, quale ragione giustificativa della compressione dei *liberty interests* individuali. Secondo il giudice White

*The law, however, is constantly based on notions of morality, and if all laws representing essentially moral choices are to be invalidated under the Due Process Clause, the courts will be very busy indeed*⁴¹.

Alla decisione della maggioranza si opponeva fermamente il giudice Blackmun, con un ampio ed incisivo *dissent* che non mancava di cogliere molti dei punti critici della stringata motivazione della sentenza.

Innanzitutto, il *dissenter* sottolineava che il caso all'esame della Corte non riguardava tanto il «diritto fondamentale alla sodomia», quanto piuttosto il «diritto alla *privacy*», vale a dire il diritto, riconosciuto agli individui dalla giurisprudenza della Corte Suprema in numerose pronunce, di effettuare alcune importanti scelte relative alla propria sfera privata⁴². La Corte, secondo il giudice Blackmun, aveva messo in luce sia l'aspetto *decisionale*, sia quello *spaziale*, del diritto alla *privacy*, chiarendo che esso attiene alle determinazioni riguardanti gli aspetti più intimi della propria vita, quando compiute in alcuni luoghi non aperti al pubblico⁴³. Tale situazione giuridica soggettiva, continuava il giudice, non viene protetta dall'ordinamento statunitense per il contributo che essa fornisce al benessere pubblico (non è, potrebbe dirsi col linguaggio noto al giurista italiano, un

³⁶ Così il giudice Powell nella sent. *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977) (traduzione nostra).

³⁷ *Bowers*, 478 U.S., 195: «Against this background, to claim that a right to engage in such conduct is "deeply rooted in this Nation's history and tradition" or "implicit in the concept of ordered liberty" is, at best, facetious». In senso conforme anche l'opinione concorrente del Chief Justice Burger in *Bowers*, 478 U.S., 197 (Burger, C.J., concurring): «To hold that the act of homosexual sodomy is somehow protected as a fundamental right would be to cast aside millennia of moral teaching».

³⁸ Il riferimento è alla sentenza *Stanley v. Georgia*, 349 U.S. 557 (1969), con la quale la Corte, sulla base del Primo e del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione federale, dichiarava l'incostituzionalità della normativa della Georgia che puniva la detenzione di materiale pornografico.

³⁹ *V. Bowers*, 478 U.S., 194.

⁴⁰ *V. Bowers*, 478 U.S., 195-196.

⁴¹ *Bowers*, 478 U.S., 196.

⁴² *V. Bowers*, 478 U.S., 204 (Blackmun, J., dissenting). Sulla giurisprudenza in tema di *privacy* nelle decisioni attinenti alla sfera privata v. *amplius infra*, nel paragrafo seguente.

⁴³ *Ibid.*

«diritto funzionale»), ma in quanto essa rappresenta «una parte così essenziale nella vita di un individuo»⁴⁴.

Proprio per l'importanza di questo spazio di autonomia individuale, secondo il *dissenter*, la mera disapprovazione morale della maggioranza, per quanto antiche possano essere le sue radici e per quanto essa possa riflettere convinzioni sincere e profonde della popolazione, non può sottrarre le restrizioni della libertà individuale allo scrutinio della Corte⁴⁵ e non può considerarsi prevalente sulla stessa in assenza di altre giustificazioni⁴⁶, tenuto anche conto del divieto, per lo Stato, di fondare le proprie leggi esclusivamente su prescrizioni di carattere religioso⁴⁷. Secondo Blackmun, dunque, occorre tenere distinte le leggi che mirano a proteggere le «*public sensibilities*» da quelle che intendono disciplinare la «*private morality*»⁴⁸, risultando ammissibili soltanto le prime, anche in base al rilievo che la mera conoscenza, da parte di taluno, che altri non aderiscano al suo stesso sistema di valori, non è un interesse giuridicamente rilevante⁴⁹. Si individuava dunque un confine non dissimile da quello rilevato dalla Corte costituzionale italiana nella sent. 9/1965⁵⁰.

Anche il giudice Stevens dissentiva dalla decisione della maggioranza, compilando un'opinione più concisa rispetto a quella di Blackmun, ma altrettanto incisiva. Il *dissenter* affermava chiaramente che il fatto che una maggioranza ritenga una data condotta immorale non è una ragione sufficiente per ritenere legittime le leggi che vietano tale condotta: secondo Stevens, la storia e la tradizione, ad esempio, non potevano mettere al riparo le leggi contro i matrimoni misti dallo scrutinio della Corte⁵¹.

Sempre secondo Stevens, il diritto dell'individuo di scegliere come condurre la propria vita privata in materia di relazioni intime rappresentava una libertà protetta dalla *Due Process Clause* della Costituzione americana. La giurisprudenza aveva già riconosciuto situazioni soggettive di contenuto omogeneo, nel corso degli anni, e le aveva qualificate sotto il nome di «privacy», ma il

⁴⁴ *Ibid.*: «We protect those rights not because they contribute, in some direct and material way, to the general public welfare, but because they form so central a part of an individual's life».

⁴⁵ *V. Bowers*, 478 U.S., 210 (Blackmun, J., dissenting): «I cannot agree that either the length of time a majority has held its convictions or the passions with which it defends them can withdraw legislation from this Court's scrutiny».

⁴⁶ *V. Bowers*, 478 U.S., 212 (Blackmun, J., dissenting): «No matter how uncomfortable a certain group may make the majority of this Court, we have held that «[m]ere public intolerance or animosity cannot constitutionally justify the deprivation of a person's physical liberty» (la citazione è tratta dalla sent. *O'Connor v. Donaldson*, 422 U.S. 563, 575, 1975).

⁴⁷ *V. Bowers*, 478 U.S., 211 (Blackmun, J., dissenting): «The assertion that "traditional Judeo-Christian values proscribe" the conduct involved [...] cannot provide an adequate justification for § 16-6-2. That certain, but by no means all, religious groups condemn the behavior at issue gives the State no license to impose their judgments on the entire citizenry. The legitimacy of secular legislation depends instead on whether the State can advance some justification for its law beyond its conformity to religious doctrine». Rilevante anche il parallelo con il caso delle leggi discriminatorie dal punto di vista razziale, laddove il *dissenter* afferma (pp. 211-212): «A State can no more punish private behavior because of religious intolerance than it can punish such behavior because of racial animus».

⁴⁸ *V. Bowers*, 478 U.S., 212 (Blackmun, J., dissenting).

⁴⁹ *V. Bowers*, 478 U.S., 213 (Blackmun, J., dissenting).

⁵⁰ Si ricorderà che la Corte, nella sent. 9/1965, aveva sottolineato la distinzione tra l'idea di una moralità "privata", che «vive nella coscienza individuale e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo», e quella di una «moralità pubblica» e di un «buon costume», i quali consistono rispettivamente in «regole [...] di convivenza e di comportamento che devono essere osservate in una società civile» e in «un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione» (così Corte cost., sent. 9/1965, par. 5 del *Considerato in diritto*). V. comunque *amplius supra*, Cap. II, par. 3.

⁵¹ Tradotto quasi testualmente da *Bowers*, 478 U.S., 216 (Stevens, J., dissenting): «[...] the fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice; neither history nor tradition could save a law prohibiting miscegenation from constitutional attack».

giudice dissenziente sosteneva che esse «fossero animate da una preoccupazione ancora più fondamentale»⁵². Per spiegare la sua posizione, Stevens richiamava una sua precedente opinione, nella quale aveva sostenuto:

*These cases do not deal with the individual's interest in protection from unwarranted public attention, comment, or exploitation. They deal, rather, with the individual's right to make certain unusually important decisions that will affect his own, or his family's, destiny. The Court has referred to such decisions as implicating "basic values," as being "fundamental," and as being dignified by history and tradition. The character of the Court's language in these cases brings to mind the origins of the American heritage of freedom-the abiding interest in individual liberty that makes certain state intrusions on the citizen's right to decide how he will live his own life intolerable. Guided by history, our tradition of respect for the dignity of individual choice in matters of conscience and the restraints implicit in the federal system, federal judges have accepted the responsibility for recognition and protection of these rights in appropriate cases*⁵³.

Anche in questo caso, dunque, il giudice dissenziente, al pari del collega Blackmun, poneva l'accento sull'aspetto *decisionale* della libertà garantita all'individuo dalla Costituzione: il diritto protetto dall'ordinamento è il diritto del singolo di «prendere alcune decisioni particolarmente importanti che incidano sul suo destino, o su quello della sua famiglia». Si trattava di un diritto conforme alla tradizione americana di salvaguardia della libertà individuale da ingerenze dello Stato, e di una situazione giuridica della massima importanza, tanto che il giudice ragionava di «dignità della scelta individuale in materie di coscienza». Il linguaggio utilizzato da Stevens è di grande rilievo, giacchè riecheggia quello che sarà impiegato dalla (maggioranza della) Corte di lì a pochi anni.

4. Privacy e substantive due process: *la progressiva protezione dell'autonomia individuale nella giurisprudenza della Corte Suprema.*

Le *dissenting opinions* in *Bowers* richiamano più volte le precedenti pronunce della Corte Suprema in materia di *privacy*, che rappresentano indubbiamente un ostacolo all'affermazione della sufficienza della riprovazione morale della maggioranza ai fini della limitazione della libertà individuale. In effetti, concentrando la sua attenzione sull'esclusione della «fondamentalità» di un fantomatico «diritto alla sodomia», e limitandosi ad affermare che la *public morality* è un interesse statale legittimo ai fini della *rational basis review*, l'estensore di *Bowers* sembra risolvere in maniera alquanto sbrigativa il bilanciamento tra la posizione del singolo e quella della collettività, destinata ad avere la meglio in un conflitto di interessi, anche in caso di attività innocue e non direttamente percepibili dal pubblico. In realtà una tale soluzione sembra trascurare gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale negli anni precedenti a *Bowers* e successivamente

⁵² *Bowers*, 478 U.S., 217 (Stevens, J., dissenting) (traduzione nostra).

⁵³ *Bowers*, 478 U.S., 217 (Stevens, J., dissenting), citando *Fitzgerald v. Porter Memorial Hospital*, 523 F. 2d 716, 719-720 (CA7 1975), *cert. denied*, 425 U. S. 916 (1976) (corsivi aggiunti).

riconfermati in importanti decisioni, con un percorso che approderà alla sentenza *Lawrence v. Texas*.

Com'è noto, il concetto di *privacy* nell'ordinamento U.S.A. nasce originariamente in ambito civilistico, nella *law of torts*, quale protezione accordata alla riservatezza di determinati dati di pertinenza dell'individuo⁵⁴. Per quanto riguarda il diritto costituzionale, esso si sviluppa solo nella seconda metà del XX secolo, a partire dall'importante sentenza *Griswold v. Connecticut*⁵⁵, con la quale viene riconosciuto un diritto costituzionalmente tutelato delle (sole) coppie sposate a fare uso di anticoncezionali. Il fondamento di tale situazione giuridica, in assenza di una previsione espressa in tal senso nel testo della Costituzione, veniva individuato dal giudice redattore Douglas nella «penombra di diritti» creata da diverse disposizioni della Costituzione, tra cui il Primo, il Quarto ed il Quinto Emendamento⁵⁶, vale a dire in un diritto ricavato dall'interpretazione sistematica e teleologicamente orientata delle stesse. Le opinioni concorrenti dei giudici Harlan⁵⁷ e White⁵⁸, peraltro, suggerivano di fondare la decisione della Corte, invece che sul concetto di «*penumbra of rights*», sulla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, laddove si stabilisce che «*[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [...]*»⁵⁹.

Mentre la strada dei *penumbral rights* verrà presto abbandonata dalla Corte, il richiamo al *due process*, già tentato (e ripudiato) dalla stessa con riguardo alle libertà economiche durante i primi anni del Novecento⁶⁰, riuscirà ad attecchire nelle pronunce successive della *Supreme Court*,

⁵⁴ È d'obbligo ricordare il famosissimo articolo di Brandeis e Warren in argomento: v. L.D. BRANDEIS-S.T. WARREN, *The Right to Privacy*, in *Harvard L. Rev.*, 4, 1890-1891, p. 193 ss. Per una rapida ricostruzione dell'evoluzione del diritto di *privacy* v. J.M. MILLER, *Dignity as a New Framework, Replacing the Right to Privacy*, in *Thomas Jefferson L. Rev.*, 30, 2007, p. 5 ss. Nella letteratura italiana, per tutti, v. A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione: l'esperienza statunitense*, Roma, 1974.

⁵⁵ 381 U.S. 479 (1965).

⁵⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S., 484-485: «*The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. [...] Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment, in its prohibition against the quartering of soldiers "in any house" in time of peace without the consent of the owner, is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the "right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures." The Fifth Amendment, in its Self-Incrimination Clause, enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: "The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people" – The Fourth and Fifth Amendments were described in Boyd v. United States [...] as protection against all governmental invasions "of the sanctity of a man's home and the privacies of life." We recently referred in Mapp v. Ohio [...] to the Fourth Amendment as creating a "right to privacy, no less important than any other right carefully and particularly reserved to the people." – The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees.*»

⁵⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S., 499 (Harlan, J., concurring).

⁵⁸ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S., 502 (White, J., concurring).

⁵⁹ Cost. U.S.A., XIV Em. Si rammenta che il Quinto Emendamento contiene un'analogia previsione, volta a proteggere l'individuo (non dal potere degli Stati, come nel Quattordicesimo Emendamento, bensì) dal potere del *Federal Government*.

⁶⁰ Benchè non manchino precedenti più risalenti, e nonostante l'origine del concetto di *due process* sia solitamente fatto risalire alla sentenza *Bloomer v. McQuewan*, 55 U.S. 539 (1852), la Corte Suprema aveva battuto la strada del *substantive due process* in particolar modo all'inizio del Ventesimo Secolo, in quella che è conosciuta come la *Lochner era*. Tale periodo prende nome dalla nota sentenza *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (benchè l'inizio dello stesso sia fatto coincidere con una pronuncia precedente: *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, 1897), con la quale la Corte riteneva costituzionalmente illegittima una legge dello Stato di New York che limitava l'orario massimo di lavoro giornaliero e settimanale dei fornai, per violazione della libertà contrattuale ritenuta implicita nella *Due Process Clause* del XIV Emendamento. La *Lochner era* si caratterizzò per un ruolo attivo della Corte nel dichiarare l'incostituzionalità di leggi che interferissero (spesso a tutela del lavoratore) sulla libertà contrattuale delle parti. Essa si concluse attorno alla fine degli anni '30, più precisamente nell'anno convenzionalmente individuato nel 1937, attraverso l'adozione della sentenza *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), che effettuava l'*overruling* della sentenza *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923). Sulla *Lochner era* e sull'impiego dello strumento del *substantive due process* in questo periodo si vedano per

dando vita al filone giurisprudenziale basato sul concetto di *substantive due process*⁶¹. In sostanza, facendo leva sulla protezione della «*liberty*» sancita dal testo del Quattordicesimo Emendamento, la Corte arriva a stabilire che la disposizione costituzionale non offre solo una garanzia contro limitazioni della libertà individuale che siano adottate dagli organi statali senza il rispetto di determinate procedure (c.d. *procedural due process*), ma essa consente alla Corte anche un controllo sul contenuto delle leggi, imponendo che le restrizioni ai diritti dei singoli siano sorrette da particolari ragioni giustificative, secondo quel sistema di *tiered review* di cui già si è dato conto⁶².

Per questa via, la Corte arriva progressivamente ad estendere la tutela costituzionale ad una serie di condotte che rappresentano scelte dell'individuo riguardanti la sua sfera personale, tutelando in questo modo un «interesse all'indipendenza nell'effettuare un certo tipo di importanti decisioni»⁶³. Oltre infatti a riconoscere il diritto di ciascuno, e non delle sole coppie sposate, di fare uso di contraccettivi⁶⁴, la Corte arriva a sancire il diritto di detenere e consultare materiale osceno⁶⁵; il diritto di decidere se interrompere la gravidanza oppure no⁶⁶; il diritto di scegliere chi sposare (ciò che comporta l'illegittimità costituzionale delle c.d. *miscegenation laws*)⁶⁷; e giunge infine a dichiarare l'incostituzionalità delle *sodomy laws*⁶⁸.

Il filone giurisprudenziale in parola non è sempre omogeneo ed i confini della libertà garantita all'individuo sono tutt'altro che cristallini. Gli argomenti impiegati dai giudici variano da sentenza a sentenza: talora essi ragionano di «*privacy*» e talora utilizzano altri concetti; talora essi affermano l'esistenza di un «diritto fondamentale», talora il riconoscimento in parola manca. Il cammino verso l'affermazione delle situazioni giuridiche individuali, inoltre, incontra alcune battute d'arresto, nelle quali la Corte sembra tornare momentaneamente sui propri passi⁶⁹. Ciononostante, le aperture mostrate dalla giurisprudenza non sono episodiche e le decisioni della *Supreme Court*

tutti M.J. PHILLIPS, *The Lochner Court, Myth and Reality: Substantive Due Process from the 1890s to the 1930s*, Westport, Conn., 2001; e H. GILLMAN, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Durham, 2004.

⁶¹ Per un breve riassunto dell'evoluzione del *substantive due process* v. per tutti D. O'CONNOR, *Three Theories of Substantive Due Process*, in *N.C. L. Rev.*, 85, 2006, p. 69 ss. Più in generale sull'istituto si v. E. KEYNES, *Liberty, Property, and Privacy. Toward a Theory of Substantive Due Process*, University Park, 1996; E. CHERMERINSKY, *Substantive Due Process*, in *Touro L. Rev.*, 15, 1998-1999, p. 1501 ss.; R.C. WILLIAMS, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, in *Yale L.J.*, 120, 2010-2011, p. 408 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶² V. *supra*, al par. 2 del presente Capitolo. Sulla terminologia «*substantive due process*» e «*procedural due process*» v. *amplius* R.C. WILLIAMS, *The One and Only*, cit., p. 417 ss.

⁶³ Così la Corte in *Whalen v. Roe*, 429 U.S., 589 (1977), 599-600.

⁶⁴ V. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1976). Nella sentenza *Eisenstadt v. Baird* si legge (p. 453): «*If, under Griswold, the distribution of contraceptives to married persons cannot be prohibited, a ban on distribution to unmarried persons would be equally impermissible. It is true that, in Griswold, the right of privacy in question inhered in the marital relationship. Yet the marital couple is not an independent entity, with a mind and heart of its own, but an association of two individuals, each with a separate intellectual and emotional makeup. If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child*» (enfasi aggiunta).

⁶⁵ V. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1968).

⁶⁶ V. la contestata sentenza *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); nonché *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1985); e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), che opera in parte l'*overruling* di *Roe v. Wade*.

⁶⁷ V. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1966).

⁶⁸ V. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁶⁹ Si pensi alla già citata sentenza *Bowers v. Texas*, 478 U.S., ed alla più recente sentenza *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), con la quale la Corte all'unanimità ricusava di riconoscere un diritto al suicidio assistito fondato sulla *Due Process Clause*, sostenendo che tale disposizione fornisce protezione ai soli diritti «profondamente radicati nella storia e nella tradizione della nazione» («*deeply rooted in the nation's history and tradition*»: v. anche *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503, 1977), laddove la pretesa in parola non poteva vantare tale caratteristica.

in tema di *substantive due process* non si sviluppano completamente 'a macchia di leopardo': sembra esservi un filo rosso che collega le stesse, e tale filo rosso può individuarsi nella volontà di tutelare una sfera di autonomia individuale, una libertà di effettuare determinate scelte che risultano di particolare rilevanza per la persona ai fini della determinazione del proprio essere e della propria identità⁷⁰. È questa salvaguardia dell'autonomia personale – cui la giurisprudenza ha generalmente attribuito il «nome, fortemente ingannevole, di “diritto alla *privacy*”»⁷¹ – che lega assieme le sentenze in esame e le rende un «*continuum* razionale»⁷², al pari della libertà che esse tutelano, e non una serie di decisioni isolate e talora contraddittorie.

Si è visto come il giudice Stevens, nel suo *dissent* alla sentenza *Bowers v. Hardwick*, abbia colto questo aspetto dichiarando che, di fronte a pretese di riconoscimento di una sfera di autonomia individuale posta al riparo dall'ingerenza statale, «[...] la Corte ha posto l'accento sull'interesse individuale alla *privacy*, ma le sue decisioni sono state animate da un interesse ancora più fondamentale»⁷³, e come questo interesse fondamentale sia stato rinvenuto dal *dissenter* nel «rispetto per la *dignità* della scelta individuale nelle materie riguardanti la coscienza»⁷⁴. Questo collegamento tra autonomia e dignità, tuttavia, appare anche in altre pronunce della Corte (questa volta in opinioni maggioritarie o in *plurality opinions*), dove si presenta talora ancora più esplicito.

Ne troviamo un esempio nella sentenza *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, dove la Corte, riaffermando il diritto di interrompere la gravidanza già sancito dalla pronuncia *Roe v. Wade*, afferma che

Our cases long have recognized that the Constitution embodies a promise that a certain private sphere of individual liberty will be kept largely beyond the reach of government [...]. *That promise extends to women as well as to men. Few decisions are more personal and intimate, more properly private, or more basic to individual dignity and autonomy, than a woman's decision – with the guidance of her physician and within the limits specified in Roe – whether to end her pregnancy. A woman's right to make that choice freely is fundamental.*⁷⁵

Un'altra importante statuizione del collegamento in esame è quella contenuta nella sentenza *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (d'ora innanzi: *Casey*).

⁷⁰ Cf. J. FEINBERG, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy*, in *Notre Dame L. Rev.* 58, 1982-1983, p. 487, secondo il quale le decisioni della Corte in tema di *privacy* «seguono un percorso a zig-zag, ma rivelano un disegno» (traduzione nostra), che secondo l'Autore è imperniato sulla *privacy* quale «autonomia-sovrانيتà» dell'individuo su se stesso.

⁷¹ J. FEINBERG, *Autonomy*, cit., p. 483 (traduzione nostra).

⁷² L'espressione è utilizzata dal giudice Harlan nel suo *dissent* alla sentenza *Poe v. Ullman* (367 U.S. 497, 593 (1961): «[...] *the full scope of the liberty guaranteed by the Due Process Clause cannot be found in or limited by the precise terms of the specific guarantees elsewhere provided in the Constitution. This 'liberty' is not a series of isolated points pricked out in terms of the taking of property; the freedom of speech, press, and religion; the right to keep and bear arms; the freedom from unreasonable searches and seizures; and so on. It is a rational continuum which, broadly speaking, includes a freedom from all substantial arbitrary impositions and purposeless restraints*» (enfasi aggiunta).

La citazione di Harlan riguardo al «*rational continuum*» compare nuovamente nella sentenza *Casey*, 505 U.S., 858, questa volta riferita più propriamente al filone giurisprudenziale volto a tutelare l'autonomia personale.

⁷³ *Bowers*, 478 U.S., 217 (Stevens, J., dissenting): «[...] *the Court has emphasized the individual interest in privacy, but its decisions have actually been animated by an even more fundamental concern*».

⁷⁴ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S., 217 (Stevens, J., dissenting), citando *Fitzgerald v. Porter Memorial Hospital*, 523 F. 2d 716, 719-720 (CA7 1975), *cert. denied*, 425 U. S. 916 (1976) (traduzione nostra).

⁷⁵ *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S., 772 (corsivi aggiunti).

Casey è un *landmark case* in materia di diritto all'interruzione della gravidanza, che interviene sulla delicatissima materia diciannove anni dopo la contestata sentenza *Roe v. Wade*, la quale aveva riconosciuto il diritto della donna di abortire come «fondamentale» e protetto dalla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, stabilendo precisi limiti all'esercizio di tale libertà e condizionando la legittimità costituzionale delle normative statali volte a vietare il ricorso all'interruzione della gravidanza al superamento di uno *strict scrutiny test* (coerentemente, del resto, con la natura «fondamentale» della situazione giuridica in esame). Trovandosi nuovamente a giudicare della questione, e di fronte a richieste di *overruling* della propria precedente decisione, la Corte rimane divisa sul merito e non riesce a produrre una *majority opinion*. Il concorso delle *plurality opinions*, tuttavia, ribadisce il *dictum* centrale di *Roe v. Wade* circa la sussistenza di un diritto fondamentale della donna all'interruzione della gravidanza ed il suo fondamento nel *substantive due process*⁷⁶, modificando le condizioni di accesso alle procedure da parte delle interessate e sostituendo lo *strict scrutiny test* di legittimità costituzionale delle normative statali in materia di aborto con un diverso *standard*, il c.d. *undue burden test*⁷⁷.

A venire in rilievo è soprattutto la *plurality opinion* dei giudici O'Connor, Kennedy e Souter con riguardo ai profili del fondamento costituzionale del diritto della donna, affrontata nella Parte II della sentenza. I redattori procedono innanzitutto a riaffermare la sussistenza di una sfera di autonomia personale che la Costituzione mette al riparo dall'intervento statale, mediante la tutela di libertà individuali che non sono sempre menzionate nel testo della Carta fondamentale, ma che trovano la loro base giuridica nella *Due Process Clause*⁷⁸. Rammentando la giurisprudenza della Corte in tema di matrimonio, procreazione, contraccezione, relazioni familiari ed allevamento ed educazione dei figli, i giudici – con linguaggio alquanto enfatico⁷⁹ – dichiarano

These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the

⁷⁶ V. *Casey*, 505 U.S. 846: «Constitutional protection of the woman's decision to terminate her pregnancy derives from the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. It declares that no State shall "deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law." The controlling word in the cases before us is "liberty." Although a literal reading of the Clause might suggest that it governs only the procedures by which a State may deprive persons of liberty, for at least 105 years, since *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. 623, 660–661 (1887), the Clause has been understood to contain a substantive component as well, one "barring certain government actions regardless of the fairness of the procedures used to implement them" [...]

⁷⁷ L'*undue burden standard* era un test già conosciuto dalla Corte Suprema al momento dell'adozione della sentenza *Casey*. In sostanza esso prevede che la restrizione di una libertà sia illegittima qualora essa renda eccessivamente difficoltoso il suo esercizio. Il giudice O'Connor, parte di una delle *plurality opinions* in *Casey*, aveva già suggerito l'impiego di tale *standard* in materia abortiva in un precedente *dissent*: v. *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416, 461 ss. (1983) (O'Connor, J., dissenting), rilevando peraltro come esso non fosse estraneo alla giurisprudenza della Corte (p. 461, nota 8, cui si rinvia per una rassegna di precedenti al riguardo).

⁷⁸ «It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty that the government may not enter» (*Casey*, 505 U.S., 847). I giudici rammentano che tale spazio di libertà ha già trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte, e citano ad esempio il caso *Loving v. Virginia*, cit., col quale era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, sulla base della *Due Process Clause*, il divieto di matrimoni interraziali, nonostante il matrimonio in sé non sia menzionato nella Costituzione.

⁷⁹ Il linguaggio utilizzato dai giudici O'Connor, Kennedy e Souter nella *plurality opinion* della sentenza *Casey* è stato criticato da taluno per il suo linguaggio appassionato e per l'utilizzo di espressioni quali «concetto di esistenza», «mistero della vita umana», «destino», e così via. Il giudice Robert Bork ha affermato icasticamente che quello impiegato nella pronuncia in discorso «non è un ragionamento, ma un'orazione degli anni Sessanta»: così R.H. BORK, *Introduzione a A Country I Do Not Recognize: The Legal Assault on American Values*, a cura di R.H. Bork, Stanford, 2005, p. xviii.

universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State⁸⁰.

La tutela costituzionale dell'autonomia individuale, ribadita anche in altre parti della sentenza⁸¹, è qui espressamente accostata alla dignità della persona, con una statuizione che trova concorde anche il giudice Stevens nella sua *concurring opinion*⁸². Si tratta di una libertà che, secondo gli scriventi, non trova ostacolo né nella disapprovazione morale altrui, né nelle potenzialmente diverse convinzioni etiche dei giudici. Al riguardo, si afferma con molta chiarezza:

*Men and women of good conscience can disagree, and we suppose some always shall disagree, about the profound moral and spiritual implications of terminating a pregnancy, even in its earliest stage. Some of us as individuals find abortion offensive to our most basic principles of morality, but that cannot control our decision. Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code*⁸³.

Sembra esservi dunque un contrasto evidente tra il *dictum* della sentenza in esame, che peraltro recepisce un lungo percorso giurisprudenziale, e la decisione assunta dalla Corte appena sei anni prima nel caso *Bowers*, ed armonizzare le due pronunce si rivela alquanto difficile. Non è un caso, con tutta probabilità, che la *plurality* di *Casey* non faccia alcun riferimento a *Bowers* e che la maggioranza in *Bowers*, dal canto suo, non richiami la precedente giurisprudenza della Corte in materia di *privacy*. Il contrasto tra le due decisioni sembra riflettere chiaramente i termini del potenziale conflitto tra i due interessi che vengono in rilievo in ogni analisi dei confini del «buon costume»: l'interesse pubblico alla sanzione giuridica di determinati valori morali e l'interesse del singolo ad autodeterminarsi liberamente per quanto concerne le attività che coinvolgono esclusivamente la sua sfera privata.

La Corte Suprema si ritrova così a dover tentare di conciliare le due anime della problematica in esame e l'occasione le è offerta dalla *petition of certiorari* in un processo concernente un altro esempio di *sodomy law*, la quale condurrà all'importante pronuncia *Lawrence v. Texas*. Per la rilevanza che i suggerimenti ricavabili da tale decisione rivestono nella presente indagine, all'esame della stessa saranno dedicate le pagine seguenti⁸⁴.

5. *L'interpretazione della sentenza Lawrence v. Texas ed i confini della «public morality» clause.*

Il caso *Lawrence v. Texas* (d'ora innanzi: *Lawrence*) viene portato di fronte alla Corte Suprema all'inizio del nuovo Millennio, a seguito dell'arresto e della successiva condanna di due

⁸⁰ *Casey*, 505 U.S. 851 (corsivi aggiunti).

⁸¹ V. anche *Casey*, 505 U.S., 857 e 860-861.

⁸² V. *Casey*, 505 U.S., 916 (Stevens, J., concurring): «The authority to make such traumatic and yet empowering decisions is an element of basic human dignity».

⁸³ *Casey*, 505 U.S., 850 (corsivo aggiunto).

⁸⁴ Per un'analisi di *Lawrence* in lingua italiana v. anche V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., p. 139 ss.

individui, John Geddes Lawrence e Tyron Garner (entrambi di sesso maschile), per violazione della *sodomy law* del Texas, che proibiva i rapporti omosessuali benchè compiuti tra adulti consenzienti⁸⁵. Avendo ottenuto decisioni sfavorevoli sia in primo grado, sia in appello, basate tra l'altro sulla perdurante vigenza della sentenza *Bowers v. Texas* quale precedente in materia, Lawrence presentava una *petition of certiorari* alla Corte Suprema, censurando la normativa statale del Texas per violazione della *Due Process Clause* e, posto che la legge in questione (a differenza dello *statute* della Georgia che era stata oggetto di giudizio in *Bowers*) colpiva esclusivamente i rapporti tra persone dello stesso sesso, anche per contrasto con la *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo Emendamento. Il ricorrente chiedeva pertanto espressamente l'*overruling* di *Bowers* come precedente vincolante.

Con una maggioranza di 6 giudici a 3, la Corte affermava l'illegittimità costituzionale della legge impugnata per violazione della *Due Process Clause* (non per violazione della *Equal Protection Clause*, giacchè il profilo riguardante il *substantive due process* era ritenuto assorbente rispetto all'altro⁸⁶) e dichiarava *Bowers* espressamente *overruled*.

Nell'*opinion of the Court*, l'estensore, il giudice Kennedy, ragiona ampiamente di «libertà», «dignità» ed «autonomia», ponendo la decisione in esame chiaramente nel solco della giurisprudenza precedente in materia di *substantive due process*⁸⁷. Secondo l'estensore

*Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence. Freedom extends beyond spatial bounds. Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions*⁸⁸.

Kennedy stigmatizza l'eccessiva attenzione posta dalla maggioranza di *Bowers* sulla natura degli atti proibiti dalla legge (attenzione che – come si è visto – conduceva il giudice White a

⁸⁵ Si trattava del *Tex. Penal Code Ann. § 21.06(a)* (2003), ai sensi del quale «*A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex*». Secondo lo stesso Codice rappresentava «*deviate sexual intercourse*»:

(A) any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person; or

(B) the penetration of the genitals or the anus of another person with an object (*Tex. Penal Code Ann. § 21.01(1)*).

⁸⁶ *Lawrence*, 539 U.S., 574-575. L'estensore è consapevole del fatto che, prendendo la normativa del Texas di mira specificamente i rapporti omosessuali, essa potrebbe rappresentare una discriminazione in violazione della *Equal Protection Clause*, specialmente tenuto conto dell'importante precedente *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), in base al quale la Corte aveva ritenuto incostituzionale un emendamento alla Costituzione del Colorado che vietava ogni misura legislativa, esecutiva o giudiziaria volta a riconoscere gli omosessuali come «*protected class*». Pur ammettendo il collegamento tra la *Equal Protection Clause*, e la *Due Process Clause* nel sistema di tutela dei cittadini, e nella consapevolezza che una decisione adottata sulla base dell'una può giovare anche agli argomenti a favore dell'altra (p. 575), l'estensore ritiene di dover focalizzare l'attenzione sulla *Due Process Clause* e sulla validità di *Bowers* come precedente: secondo il giudice Kennedy, infatti, una pronuncia basata esclusivamente sulla *Equal Protection Clause* lascerebbe intatto l'interrogativo circa la costituzionalità di una legge che proibisse le stesse condotte, senza alcuna distinzione circa la diversità di sesso dei partecipanti (com'era nel caso dello *statute* della Georgia all'esame della Corte in *Bowers*). Fonda invece la sua *concurring opinion* sulla *Equal Protection Clause* il giudice Sandra O'Connor: v. *Lawrence*, 539 U.S., 579 (O'Connor, J., concurring).

⁸⁷ V. *Lawrence*, 539 U.S., 573-574: «*The Casey decision again confirmed that our laws and tradition afford constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education*» (l'estensore cita *Casey*, 505 U.S., 581).

⁸⁸ *Lawrence*, 539 U.S., 562 (corsivo aggiunto).

deridere la pretesa del riconoscimento di un vero e proprio «diritto alla sodomia»). Secondo Kennedy, il caso *Bowers*, così come il caso *Lawrence*, riguardava piuttosto una di quelle scelte personali che la Corte aveva dimostrato di voler proteggere mediante la propria giurisprudenza⁸⁹. Citando nuovamente *Casey* nel passo in precedenza da noi riportato⁹⁰ e ribadendo la protezione costituzionale delle «scelte più intime e personali» ed il loro collegamento con la «autonomia e dignità personale»⁹¹, afferma chiaramente il diritto delle persone omosessuali di pretendere il riconoscimento di una sfera di autonomia nelle decisioni riguardanti le proprie relazioni, esattamente come le persone eterosessuali⁹², e di mantenere la propria dignità quali individui liberi⁹³. La negazione di questa libertà di autodeterminazione, operata dalle sodomy laws e legittimata dalla Corte in *Bowers*, ha un effetto profondamente degradante (*demeaning*) per l'individuo⁹⁴ e deve ritenersi contrastante con il disposto costituzionale. La conclusione del redattore ribadisce puntualmente questo assunto:

The case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot *demean their existence* or *control their destiny* by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government⁹⁵.

Sulla base di queste motivazioni, la maggioranza afferma che la normativa al suo esame «non persegue alcun legittimo interesse statale che possa giustificare l'intrusione nella vita personale e privata dell'individuo» («*furtheres no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual*»)⁹⁶ e deve pertanto ritenersi incostituzionale.

La sentenza *Lawrence* è stata oggetto di un ampio e vivace dibattito dottrinale⁹⁷, alimentato non solo dall'importanza della pronuncia in sé e dalle sue conseguenze applicative, ma

⁸⁹ V. *Lawrence*, 539 U.S., 567: «*To say that the issue in Bowers was simply the right to engage in certain sexual conduct demeans the claim the individual put forward, just as it would demean a married couple were it to be said marriage is simply about the right to have sexual intercourse. The laws involved in Bowers and here are, to be sure, statutes that purport to do no more than prohibit a particular sexual act. Their penalties and purposes, though, have more farreaching consequences, touching upon the most private human conduct, sexual behavior, and in the most private of places, the home. The statutes do seek to control a personal relationship that, whether or not entitled to formal recognition in the law, is within the liberty of persons to choose without being punished as criminals*». Sottolineando ancora una volta l'importanza dell'aspetto decisionale della libertà garantita all'individuo, l'estensore aggiunge: «*When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the liberty to make this choice*» (*ibid.*, enfasi aggiunta).

⁹⁰ V. *supra*, in questo Capitolo, alla nota 80.

⁹¹ *Lawrence*, 539 U.S., 574, citando *Casey*, 505 U.S., 851.

⁹² V. *Lawrence*, 539 U.S., 574: «*Persons in a homosexual relationship may seek autonomy for these purposes, just as heterosexual persons do. The decision in Bowers would deny them this right*».

⁹³ *Lawrence*, 539 U.S., 567: «*This, as a general rule, should counsel against attempts by the State, or a court, to define the meaning of the relationship or to set its boundaries absent injury to a person or abuse of an institution the law protects. It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons*».

⁹⁴ V. *Lawrence*, 539 U.S., 575: «*The central holding of Bowers has been brought in question by this case, and it should be addressed. Its continuance as precedent demeans the lives of homosexual persons*».

⁹⁵ *Lawrence*, 539 U.S., 578, enfasi aggiunta.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ La letteratura sul caso *Lawrence* è estremamente copiosa. Volendo citare soltanto alcuni scritti, devono rammentarsi: R.E. BARNETT, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, *Boston Univ. School of Law*

anche dalla tecnica argomentativa alquanto insolita impiegata dal suo redattore e dal linguaggio non sempre chiaro e preciso presente nel testo. Molteplici sono in effetti gli interrogativi lasciati aperti dalla decisione in esame, primo fra tutti quello relativo alla natura della situazione giuridica riconosciuta dalla Corte, cui è legato ovviamente il quesito circa lo *standard* di giudizio utilizzato (e da utilizzarsi in futuro) per il *judicial review* delle leggi. Ci si domanda dunque se la Corte abbia accertato l'esistenza di un nuovo «diritto fondamentale», come alcuni ritengono⁹⁸. In questa prospettiva, tuttavia, resta da chiedersi quale sia il contenuto di questo «diritto fondamentale», posto che il redattore della sentenza non fornisce indizi inequivoci sui confini della situazione giuridica in parola. Si tratta dunque del «diritto fondamentale alla sodomia» cui faceva sarcasticamente riferimento il giudice White in *Bowers*? O si tratta di un diritto alla libera scelta di come condurre le proprie relazioni personali? O ancora di un generico ed innominato diritto all'autodeterminazione?

Secondo altra dottrina, la Corte non avrebbe affermato la sussistenza di un «diritto fondamentale», ma avrebbe semplicemente sottoposto la legge del Texas al *rational basis review*, vale a dire allo *standard* di giustizia più basso, e la situazione protetta sarebbe pertanto un mero *liberty interest*⁹⁹. In tal caso, ci si è domandati se la tutela della «*public morality*», ritenuta soccombente in questo caso, non debba più essere considerata un *legitimate state interest* ai fini del controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

Secondo un'impostazione mediana, infine, la maggioranza in *Lawrence* non avrebbe 'scoperto' un «diritto fondamentale», né si sarebbe limitata all'utilizzo della *rational basis review*, ma avrebbe innovato la struttura del giudizio sul *substantive due process*, introducendo una forma di *intermediate* (o *heightened*) *scrutiny* simile a quella già impiegata dalla Corte nell'ambito dei giudizi di uguaglianza¹⁰⁰.

La problematica meriterebbe ovviamente maggiore approfondimento di quello che le si può in questa sede dedicare, ma – per i risvolti che essa può avere per l'indagine in corso – riteniamo

Working Paper 03-13 (2003), disponibile on-line su <http://randybarrett.com/>; C.R. SUNSTEIN, *What Did Lawrence Hold? Of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage*, in *Sup. Ct. Rev.*, 2003, p. 27 ss.; e ID., *Liberty After Lawrence*, in *Ohio St. L.J.*, 65, 2004, p. 1059 ss.; W.N. ESKRIDGE, JR., *Lawrence's Jurisprudence of Tolerance: Judicial Review to Lower the Stakes of Identity* in *Minn. L. Rev.*, 88, 2003-2004, p. 1021 ss.; S. GOLDBERG, *Morals-Based Justification*, cit.; R.C. POST, *Foreword to the Supreme Court 2002 Term. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, in *Harv. L. Rev.*, 117, 2003-2004, p. 4 ss.; L.A. GRAGLIA, *Lawrence v. Texas: Our Philosopher-Kings Adopt Libertarianism as Our Official National Philosophy and Reject Traditional Morality as a Basis for Law*, in *Ohio St. L.J.*, 65, 2004, p. 1139 ss.; K. BURGESS-JACKSON, *Our Millian Constitution: The Supreme Court's Repudiation of Immorality as a Ground of Criminal Punishment*, in *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, 18, 2004, p. 407 ss.; D. CARPENTER, *Is Lawrence Libertarian?*, in *Minn. L. Rev.*, 88, 2004, p. 1140 ss.; L.H. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, in *Harv. L. Rev.*, 117, 2004, p. 1893 ss.; D.L. BESCHLE, *Lawrence Beyond Gay Rights: Taking the Rationality Requirement for Justifying Criminal Statutes Seriously*, in *Drake L. Rev.*, 53, 2005, p. 231 ss.; P.M. SECUNDA, *Lawrence's Quintessential Millian Moment and Its Impact on the Doctrine of Unconstitutional Conditions*, in *Vill. L. Rev.*, 50, 2005, p. 117 ss.; L.K. PARSHALL, *Redefining Due Process Analysis: Anthony M. Kennedy and the Concept of Emerging Rights*, in *Alb. L. Rev.*, 69, 2005-2006, p. 237 ss.; G.A. KALSCHER, *Moral Limits on Morals Legislation: Lessons for U.S. Constitutional Law from the Declaration on Religious Freedom*, in *South. Cal. Interdisciplinary L.J.* 16, 2006, p. 30 ss.; M.F. PARK, *Defining One's Own Concept of Existence and the Meaning of the Universe: The Presumption of Liberty in Lawrence v. Texas*, in *BYU L. Rev.*, 2006, p. 837 ss.; V. STARK, *Public Morality as a Police Power*, cit., p. 194 ss.; J.L. HILL, *The Constitutional Status of Morals Legislation*, in *Ky. L.J.*, 98, 2009-2010, p. 58 ss.

⁹⁸ Cfr. ad es. D. CARPENTER, *Is Lawrence Libertarian?*, cit.; L.H. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right"*, cit.; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., p. 162 ss.

⁹⁹ V. ad es. l'opinione dissenziente del giudice Scalia nella stessa sent. *Lawrence: Lawrence*, 539 U.S., 594 (Scalia, J., dissenting); e V. STARK, *Public Morality as a Police Power*, cit., p. 195.

necessario effettuare qualche rapida considerazione sul punto. Innanzitutto, non ci sembra corretto affermare che la Corte, tramite la sentenza *Lawrence v. Texas*, abbia riconosciuto un nuovo «diritto fondamentale». Si fa notare, infatti, che, qualora la Corte avesse voluto operare in tal senso, avrebbe verosimilmente utilizzato un linguaggio più esplicito, dato che, in passato, essa non ha esitato a dichiarare espressamente la natura «fondamentale» del diritto di volta in volta tutelato, mentre nel caso in esame tale affermazione manca¹⁰¹. Il giudice Kennedy, a differenza di quanto avveniva nella maggior parte delle pronunce in tema di *substantive due process*, non ragiona nemmeno di «*privacy*» (considerata un «*fundamental right*»), ma fa più genericamente riferimento al concetto di «*liberty*»¹⁰², senza aggiungervi l'attributo della «fondamentalità»¹⁰³. La qualificazione della situazione giuridica protetta nei termini di «*fundamental right*», peraltro, avrebbe dovuto comportare, come si è detto, l'applicazione dello *strict scrutiny* sulle norme limitative della stessa, ma nella motivazione non si rinvergono gli indici rivelatori dell'impiego di tale *standard* di giudizio: non è presente alcun riferimento ad un «*compelling State interest*» che si contrapponga alla libertà individuale, né al fatto che le misure predisposte dal legislatore siano o meno «*narrowly tailored*» in funzione della protezione di tali interessi pubblici. Il linguaggio adottato dalla Corte, al contrario, ed in particolare il riferimento all'assenza di un «*legitimate state interest*»¹⁰⁴ perseguito dal legislatore texano, sembra deporre chiaramente per l'applicazione della *rational basis review*¹⁰⁵. Analoghe ragioni sembrano militare contro la tesi di un meccanismo di *intermediate scrutiny*, tenuto anche conto della quasi totale assenza, nella decisione, di indicazioni precise sui parametri di tale nuovo *standard* di giudizio¹⁰⁶.

Appurato che la valutazione della Corte si basa sul meccanismo di *rational basis review*, non riteniamo tuttavia che *Lawrence* abbia decretato la fine della *morals legislation*, ripudiando una volta per tutte la «*public morality*» quale interesse legittimamente tutelabile dallo Stato, come pure

¹⁰⁰ Così ad es. P.M. SECUNDA, *Lawrence's Quintessential Millian Moment*, cit., p. 128 ss.; e L.K. PARSHALL, *Redefining Due Process Analysis*, cit., p. 285 ss.

¹⁰¹ In questi termini V. STARK, *Public Morality as a Police Power*, cit., p. 195. *Contra* espressamente L.H. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right"*, cit., pp. 1916-1917, secondo cui «*The practice of announcing such a standard – naming the point somewhere on the spectrum from minimum rationality to per se prohibition in order to signal the appropriate level of judicial deference to the legislature and the proper degree of care the legislature should expect of itself – is of relatively recent vintage, is often more conclusory than informative, has frequently been subjected to cogent criticism, and has not shown itself worthy of being enshrined as a permanent fixture in the armament of constitutional analysis*».

¹⁰² Sul punto v. R.E. BARNETT, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution*, cit., p. 33 ss., che riassume i risultati della sua analisi affermando che «*In Lawrence v. Texas, therefore, liberty, not privacy, is doing all the work*» (p. 34). L'Autore fa notare, peraltro, che l'abbandono del concetto di *privacy* poteva notarsi già nella sentenza *Casey*, dove i redattori della *plurality opinion* non facevano riferimento al primo concetto, ma fondavano il diritto all'interruzione della gravidanza su un diritto alla *liberty* della donna, e sul Nono Emendamento (p. 33).

¹⁰³ Cfr. sempre R.E. BARNETT, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution*, cit., p. 35 ss.

¹⁰⁴ *Lawrence*, 539 U.S., 578.

¹⁰⁵ Ciò è notato con chiarezza dal giudice Scalia nel suo *dissent* in *Lawrence*: «*Not once does [the Court] describe homosexual sodomy as a 'fundamental right' or a 'fundamental liberty interest', nor does it subject the Texas statute to strict scrutiny. Instead, having failed to establish that the right to engage in sodomy is 'deeply rooted in this Nation's history and tradition,' the Court concludes that the application of Texas's statute to petitioners' conduct fails the rational-basis test, and overrules Bowers' holding to the contrary*» (*Lawrence*, 539 U.S., 594). In senso conforme cfr. L.K. PARSHALL, *Redefining Due Process Analysis*, cit., pp. 246-247; e V. STARK, *Public Morality as a Police Power*, cit., p. 195.

¹⁰⁶ Cfr. per tutti V. STARK, *Public Morality as a Police Power*, cit., p. 196: «*If, in fact, Lawrence creates a new procedure, then it is left unclear what that procedure is, what steps should be followed in carrying it out, of from where it gains legitimacy*».

è stato paventato da taluno¹⁰⁷. È vero che nella motivazione si legge, come già notato, che la *sodomy law texana* «non persegue alcun legittimo interesse statale che possa giustificare l'intrusione nella vita personale e privata dell'individuo»¹⁰⁸, ma tale affermazione può essere intesa in diversi modi. Una delle possibili letture, indubbiamente, è che la «*public morality*» non rappresenti, in sé, un interesse meritevole di tutela da parte dello Stato, e che dunque ogni normativa che limiti un *liberty interest* del singolo e sia giustificabile soltanto in base a ragioni di «*moralità pubblica*» debba essere dichiarata incostituzionale per violazione della *Due Process Clause*, in quanto esorbitante dai poteri legittimamente esercitabili dagli Stati. In sostanza, si tratterebbe di ammettere che la Corte abbia accolto *in toto* l'*harm principle* di origine milliana e bandito dall'ordinamento ogni forma, sia pur attenuata, di *legal moralism*, vale a dire di tutela giuridica di valori etici, sganciati da un concreto danno o pericolo a cose o persone. Parte della dottrina ha opinato in questo senso¹⁰⁹, ma ci sembra che questa conclusione sia poco convincente.

Si è visto che è opinione pacifica che gli Stati siano investiti di un potere normativo finalizzato alla cura di interessi pubblici, denominato *police power*, che prescinde da un'espressa previsione attributiva da parte della Costituzione federale o delle costituzioni statali¹¹⁰. Si è pure messo in evidenza come la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza abbiano riconosciuto *ab immemore* che la «*public morality*» costituisce una componente del potere in parola e che, per ciò stesso, gli Stati sono legittimati ad adottare misure volte alla tutela di tale interesse pubblico¹¹¹. Un'affermazione di segno opposto, mirante a negare la configurabilità della «*public morality*» nei termini di *legitimate State interest*, non avrebbe pertanto rappresentato una semplice operazione di *overruling* di una singola sentenza, ma il ripudio di una tradizione giurisprudenziale costante e risalente: ciò avrebbe verosimilmente richiesto un apparato argomentativo più ampio ed esplicito rispetto alla criptica asserzione secondo cui la legge censurata «*furtheres no legitimate state interest*», soprattutto tenuto conto del fatto che, a nostro avviso, è possibile fornire una lettura più persuasiva delle parole della Corte in *Lawrence*.

È un dato assodato, tanto nell'ordinamento italiano che in quello statunitense, che, quando di un concetto giuridico sono possibili diverse interpretazioni, di cui una soltanto conforme a Costituzione, quest'ultima dev'essere preferita alle altre. Nell'opinione di chi scrive, la sentenza *Lawrence* compie un'operazione di questo genere con riferimento alla clausola della «*public morality*»: non si rigetta la legittimità della «*moralità pubblica*» quale interesse tutelabile dallo Stato, ma si chiarisce quale interpretazione di tale concetto risulta incompatibile con il dettato

¹⁰⁷ V. ad es. l'opinione dissenziente del giudice Scalia in *Lawrence*, dove questi afferma: «*The Texas statute, [the Court] says, "furtheres no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual," [...]. The Court embraces instead JUSTICE STEVENS' declaration in his Bowers dissent, that "the fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice," [...]. This effectively decrees the end of all morals legislation*» (*Lawrence*, 539 U.S., 599, corsivi testuali, citazioni interne omesse).

¹⁰⁸ *Lawrence*, 539 U.S., 578 (traduzione nostra).

¹⁰⁹ Tra i sostenitori di una lettura "milliana" della pronuncia in esame v. in particolare K. BURGESS-JACKSON, *Our Millian Constitution*, cit.; L.A. GRAGLIA, *Lawrence v. Texas: Our Philosopher-Kings*, cit., pure critico verso la sentenza; P.M. SECUNDA, *Lawrence's Quintessential Millian Moment*, cit. Cfr. anche W.N. ESKRIDGE, JR., *Lawrence's Jurisprudence of Tolerance*, cit., p. 1083, nota 210, secondo cui «*Some of the language of Justice Kennedy's opinion has a whiff of Mill*».

¹¹⁰ V. *supra*, in questo Capitolo, al par. 2.

¹¹¹ *Ibid.*

costituzionale, ed particolare si rigetta la lettura cui ha acceduto la Corte nella decisione *Bowers v. Hardwick*, che viene ora *overruled*.

Si è notato che, nella sentenza *Bowers*, la Corte ha fatto coincidere la nozione di «*public morality*» con la semplice disapprovazione della maggioranza verso condotte private ed innocue tanto per i terzi che per i partecipanti. Trovandosi a giudicare di una fattispecie analoga, la Corte in *Lawrence* giunge a conclusioni opposte e sconfessa apertamente il proprio precedente¹¹². Le motivazioni di questa presa di posizione emergono chiaramente dall'opinione del giudice Kennedy: secondo il redattore, intrattenere una relazione con il proprio o la propria *partner* rappresenta una di quelle *scelte* che l'individuo compie per definire il proprio essere e per svolgere appieno la propria personalità. Nella prospettiva accolta da *Bowers*, lo Stato sarebbe legittimato a negare al singolo il diritto di compiere questa *scelta*, soltanto perché la maggioranza dei consociati (o comunque i loro rappresentanti) lo ritiene *sbagliato*, a prescindere da qualunque ricaduta di tale decisione personale sulla collettività. La «*public morality*» di *Bowers* è dunque quel «sentimento di odio», quel «desiderio di vendetta» nei confronti delle «più ripugnanti forme di vizio» di cui parlava James Fitzjames Stephen¹¹³. È quel sentimento di «intolleranza, indignazione e disgusto» avverso «un vizio così abominevole che la sua sola esistenza è un'offesa», nelle parole di Lord Devlin¹¹⁴.

Lawrence chiarisce che un orientamento di tal fatta *degrada (demeans)* l'individuo¹¹⁵, viola la sua *dignità*, negandogli la libertà, riconosciuta ai suoi consociati, di decidere come ricercare la felicità e come realizzare se stesso. L'interpretazione che *Bowers* fornisce della «*public morality*», quale interesse legittimamente perseguibile dal legislatore, contrasta pertanto con un valore – quello della *dignità umana*, che qui è vista come diritto all'autodeterminazione del singolo in materie riguardanti esclusivamente la sua sfera privata – che la Corte ritiene protetta dalla Costituzione degli Stati Uniti¹¹⁶. Il mero pregiudizio verso condotte impopolari, destinate a non

¹¹² V. *Lawrence*, 539 U.S., 578:

Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. Bowers v. Hardwick should be and now is overruled.

¹¹³ Le citazioni sono tratte da J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, cit., Cap. IV (traduzione nostra), che ragiona di «*desire of vengeance*» e di «*grosser forms of vice*».

¹¹⁴ Così P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 17 (traduzione nostra).

¹¹⁵ See *Lawrence*, 539 U.S., 575: «*The central holding of Bowers has been brought into question by this case, and it should be addressed. Its continuance as precedent demeans the lives of homosexual persons.*».

¹¹⁶ V. ad es. J.M. MILLER, *Dignity as a New Framework*, cit., pp. 30-31: «*Regardless of whether society condones a specific value or belief, government should not be able to regulate activities occurring in the home between consenting adults and absent a probable cause warrant. To permit this is to condemn individuality and sacrifice human dignity.*». Cfr. anche G.A. KALSCHUR, *Moral Limits on Morals Legislation*, cit., p. 31 «*The Court in Lawrence seems to have seen itself engaged in the task of using the doctrinal tool of substantive due process to consider this question: what sorts of legal limits on freedom are consistent with respect for human dignity?*». Va detto che la questione della tutela, da parte della Costituzione U.S.A., del valore della *dignità umana*, in assenza di riferimenti espliciti in tal senso, è dibattuta tra i giuristi americani. La dottrina è divisa tra coloro che sostengono l'estraneità di questo concetto alla tradizione americana (v. ad es. J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, in *Yale L.J.*, 113, 2004, p. 1221: «*Protecting people's dignity is quite alien to the American tradition*»; N. RAO, *On the Use and Abuse*, cit., p. 205: «*The American Constitution protects rights – not values such as human dignity*»), e coloro che ritengono che tale nozione giochi un ruolo importante nel diritto costituzionale statunitense (v. ad es. W.F. MURPHY, *An Ordering of Constitutional Values*, in *S. Cal. L. Rev.*, 53, 1979-1980, p. 745; W.J. BRENNAN, JR., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in *S. Tex. L. Rev.*, 27, 1986, p. 438, secondo cui la Costituzione stessa «*is a sublime oration to the dignity of man, a bold commitment by a people to the ideal of libertarian dignity protected through law*»; J. RESNIK-J. CHI-HYE SUK, *Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty*, in *Stan. L. Rev.*, 55, 2003, p. 1921 ss., spec. 1941; S.J. HEYMAN, *Free Speech & Human Dignity*, New Haven, 2008, p. 39 ss.). In ogni caso, la Corte Suprema ha fatto riferimento spesso al concetto in esame, sia pur con significati diversi e senza elaborarne una definizione precisa. Per rassegne della giurisprudenza della Corte Suprema sul punto si vedano J.J. PAUST, *Human Dignity as a Constitutional*

riversare i propri effetti sulla collettività, non può rappresentare una lettura costituzionalmente conforme al testo della Carta fondamentale¹¹⁷. In questo senso si può dire che la normativa del Texas «non persegue alcun legittimo interesse statale»: giacché essa è giustificabile esclusivamente in base ad un'opzione ermeneutica inammissibile circa il concetto di «*public morality*», che pure rappresenta un interesse tutelabile dallo Stato¹¹⁸.

6. Considerazioni di sintesi.

Dall'analisi che è stata tentata, pur brevemente, nelle pagine precedenti, emerge che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema in materia di *substantive due process* ha raggiunto risultati di rilievo per quanto riguarda l'equilibrio tra l'interesse della comunità a dare veste giuridica a valori morali ritenuti di particolare importanza e quello del singolo a conservare una sfera di autonomia sottratta all'intervento del potere statale. In questo contesto sentenza *Lawrence v. Texas* rappresenta il punto di arrivo di un lungo e non sempre lineare cammino pretorio e ci sembra che il contenuto della pronuncia, secondo la lettura effettuata, possa conciliare le spesso contrastanti esigenze evidenziate. Non solo: in un'ottica comparatistica, essa si presenta anche in linea con le conclusioni raggiunte da altre Corti nel corso degli anni, come del resto lo stesso giudice Kennedy non manca di notare, seppur brevemente¹¹⁹.

In quest'ottica, il riferimento del redattore alla giurisprudenza della Corte E.D.U. appare significativo della volontà di cercare un *trait d'union* con l'esperienza di altri ordinamenti, benchè la pronuncia *Dudgeon*, come anche le altre decisioni menzionate nella motivazione¹²⁰, ci sembrano pertinenti più nei risultati raggiunti che nel loro apparato argomentativo, giacché esso – lo si è visto¹²¹ – fa sostanzialmente dipendere la legittimità di un comportamento dalla maggiore o minore tolleranza dello stesso da parte della collettività in un dato periodo storico. Il ragionamento del giudice Kennedy, anche quando menziona una «*emerging awareness*» del diritto del singolo a decidere come condurre le proprie relazioni personali in privato¹²², si appunta più sulla questione (di diritto) circa la configurabilità di una libertà costituzionalmente protetta del singolo e dei margini per una limitazione alla stessa, piuttosto che su quella (di fatto) dell'accettazione dell'omosessualità da parte della società statunitense contemporanea.

Right: A Jurisprudentially Based Inquiry into Criteria and Content, in Howard L.J., 27, 1984, p. 145 ss.; M.D. GOODMAN, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in *Neb. L. Rev.*, 84, 2005-2006, p. 740 ss.

¹¹⁷ Nella sua *concurring opinion*, il giudice O'Connor adotta un punto di vista simile, nell'ottica però di un giudizio basato sulla *Equal Protection Clause*, affermando: «*Moral disapproval of this group, like a bare desire to harm the group, is an interest that is insufficient to satisfy rational basis review under the Equal Protection Clause [...] Indeed, we have never held that moral disapproval, without any other asserted state interest, is a sufficient rationale under the Equal Protection Clause to justify a law that discriminates among groups of persons*» (*Lawrence*, 539 U.S., 582, O'Connor, J., *concurring*).

¹¹⁸ Cfr. la tesi elaborata da G.A. KALSCHER, *Moral Limits on Morals Legislation*, cit., il quale, prendendo spunto dalla Dichiarazione sulla libertà religiosa adottata dalla Chiesa Cattolica, afferma che privare l'individuo della libertà di scelta riguardo a materie private comporta una violazione della sua *dignità*, e che dunque lo Stato mantiene un potere di limitazione della libertà del singolo solo quando vi è la necessità di tutelare l'«ordine pubblico» (inteso in senso lato), vale a dire quando il comportamento individuale produca effetti sulla comunità di appartenenza.

¹¹⁹ *V. Lawrence*, 539 U.S., 576-577.

¹²⁰ Oltre a *Dudgeon*, il redattore di *Lawrence* cita *P. G. & J. H. v. United Kingdom*, App. No. 0044787/98, 56 (Eur. Ct. H. R., Sept. 25, 2001); *Modinos v. Cyprus*, 259 Eur. Ct. H. R. (1993); *Norris v. Ireland*, 142 Eur. Ct. H. R. (1988).

¹²¹ *V. supra*, Cap. V, par. 5.

¹²² *Lawrence*, 539 U.S., 572: «*These references show an emerging awareness that liberty gives substantial protection to adult persons in deciding how to conduct their private lives in matters pertaining to sex*».

Maggiormente significativo ci sembra invece un parallelo con la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di «buon costume», ed in particolare con le sentt. 9/1965 e 368/1992, laddove – lo si è visto¹²³ – il giudice delle leggi traccia una linea di confine tra la «moralità privata», non attingibile dalla legge dell'ordinamento civile, e «moralità pubblica», legittimo oggetto di normazione da parte del legislatore statale in quanto attinente a valori che interessano la società nel suo complesso. Il rifiuto, da parte della Corte Suprema americana nel caso *Lawrence*, di una lettura della «*public morality*» nei termini del mero *moral bias* che una maggioranza dimostri nei confronti di condotte private e inoffensive, senza allo stesso tempo il ripudio espresso della «morale pubblica» quale interesse meritevole di tutela, sembra muoversi esattamente nella direzione già esplorata dalla Corte italiana.

Correttamente dunque il giudice Kennedy afferma che il principio stabilito dalla sentenza *Bowers*, vale a dire l'ammissibilità della limitazione alla libertà del singolo sulla base di una «moralità pubblica» intesa come semplice disapprovazione maggioritaria verso comportamenti sgraditi, anche se privati, risulta inaccettabile in una prospettiva comparata, qualora il ragionamento giuridico sia fondato su valori che sono condivisi da «una più ampia civiltà»¹²⁴. La tutela dell'autonomia individuale nel compiere determinate scelte, e la *dignità umana* della quale tale autonomia è – come si vedrà a breve – componente essenziale, sembrano infatti rappresentare obiettivi comuni alle società liberaldemocratiche contemporanee. L'interpretazione della clausola del «buon costume» (così come della clausola della «*public morality*») non può non tener conto di questo dato.

¹²³ V. *supra*, Cap. II, par. 3 e 4.

¹²⁴ Cfr. *Lawrence*, 539 U.S., 576: «*To the extent Bowers relied on values we share with a wider civilization, it should be noted that the reasoning and holding in Bowers have been rejected elsewhere.*»

PARTE III

SPUNTI RICOSTRUTTIVI DEL CONCETTO DI «BUON COSTUME»

CAPITOLO VII

«BUON COSTUME» E COSTITUZIONE: UNA PROPOSTA DEFINITORIA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive; 2. «Buon costume» e *moral reading* della Carta costituzionale: la ricerca di valori condivisi; 3. Consenso di base e dignità umana; 4. Le radici filosofiche della dignità umana; 5. Il buon costume attraverso la lente della dignità: contenuto e limiti; 6. Considerazioni finali.

1. *Considerazioni introduttive.*

Sembra giunto il momento di tirare le fila del discorso fin qui compiuto e, dopo la ricognizione del più rilevante materiale giurisprudenziale e dottrinale riguardante il «buon costume» effettuata nelle pagine precedenti, procedere ad una ricostruzione dei connotati di tale concetto, che tenga conto dei risultati dell'indagine. È quanto ci si accinge a fare nel presente Capitolo, nel quale si provvederà a delineare una definizione della nozione di «buon costume» contenuta nel testo della Costituzione.

Nel corso della trattazione, inoltre, assumerà un particolare rilievo il concetto di *dignità umana*, che – come si è più volte accennato e come risulterà ancora più chiaro a seguito delle considerazioni svolte nelle pagine seguenti – costituisce la vera e propria chiave di volta dell'interpretazione della clausola generale qui in esame. Alla specificazione degli aspetti della *dignità umana* che vengono in rilievo ai fini della presente analisi dovrà dunque essere dedicato uno spazio adeguato nel corso della trattazione.

2. *«Buon costume» e moral reading della Carta costituzionale: la ricerca di valori condivisi.*

Pare chiaro – anche ad un sommario esame della clausola generale in questione – che il «buon costume» abbia riguardo alla sfera dell'*etica*: in particolare, esso sembra rappresentare un *trait d'union* tra l'ordinamento giuridico e un universo di imperativi morali. In effetti, in una prospettiva di separazione tra diritto e morale, qual è quella accolta dagli ordinamenti laici moderni e contemporanei, i precetti di carattere etico non hanno autonomo rilievo in un ordinamento civile, ma possono acquistarne soltanto in quanto siano le norme giuridiche a dare forza a tali comandi. Similmente a quanto avviene per l'adattamento dell'ordinamento interno alle norme provenienti da ordinamenti esterni, come quello internazionale, l'adeguamento in questione può avvenire in diversi modi. Può darsi che il legislatore, in una fonte-atto, riproduca il contenuto di un precetto di

carattere morale, dandogli veste giuridica: ciò dà vita ai vari esempi di *morals legislation*¹. Oppure può avvenire che l'adeguamento avvenga mediante il ricorso a clausole generali quali «moralità pubblica», «buon costume», «pubblica decenza»: in questo modo il compito di attingere alla sfera dell'etica per rinvenire il precetto di volta in volta rilevante ricade sull'interprete, con un meccanismo che, *mutatis mutandis*, ricorda quello del *rinvio* ad ordinamenti esterni.

Per quanto rigido sia, dunque, il principio di separazione tra diritto e morale in un ordinamento laico, il mondo del *ius* e quello dei *mores* non sono mai del tutto reciprocamente indifferenti². La presenza di clausole generali come il «buon costume» all'interno dei testi costituzionali di molti Stati non fa che confermare questa idea e pone il giurista di fronte all'obbligo di accettare che, almeno in corrispondenza di tali meccanismi di rinvio, contenuti in fonti superprimarie, un certo grado di *legal moralism* sia presente nel sistema e non possa essere negato o aggirato dall'interprete. Del resto, è ammesso anche da Autori di orientamento *liberal* e sfavorevoli, in linea di principio, al *moralismo giuridico*, che un certo nucleo fondamentale di precetti (il c.d. «*moral minimum*»³) su cui si fonda un ordinamento giuridico abbia origine morale, e che lo Stato – pur laico e pluralista – sia autorizzato ad imporle il rispetto con la forza⁴. In una prospettiva più ampia, si è teorizzata da più parti la necessità dell'esistenza di un *ethos* comune, un patrimonio di valori che costituirebbe il fattore unificatore di una comunità, e che farebbe da sfondo all'ordinamento giuridico vero e proprio⁵. Vi sarebbe cioè l'interesse pubblico a conservare un «ambiente che rifletta standard condivisi di civiltà e decenza»⁶, un «contesto o struttura di rispetto reciproco e fiducia e comprensione comune, un ambiente che sia fisicamente sano e nel quale il debole possa muoversi senza temere i capricci del forte»⁷. In quest'ottica, ad esempio, la «*public morality*» in ambiente anglosassone è stata definita nei termini di

¹ Per una definizione esemplificativa di «*morals legislation*» cfr. ad es. J.L. HILL, *The Constitutional Status of Morals Legislation*, cit., p. 3, il quale afferma che «*the term "morals legislation" has been used to designate laws prohibiting activities such as consensual homosexual relations, abortion, adultery, fornication, prostitution, bestiality, bigamy, adult incest, sadomasochism, gambling, the use of illegal drugs, euthanasia, and assisted suicide, to name a few*»

² *Ex plurimis* cfr. D. WELCH, *The State as a Purveyor of Morality*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 56, 1987-1988, pp. 542-543: «*There appears to be widespread agreement that morality and law are interrelated in a number of ways. Morality serves as a source of law. Laws result from community choices about values we wish to enhance, rights we want to protect, and goals we deem important to pursue. Law is an expression of public morality because a variety of players – for example, citizens, legislators, judges, and administrative officials – are influenced by their perceptions of what is just, fair, or true. Morality determines the course of law through the formal judicial and legislative processes as well as through the less formal responses of the community-at-large to certain legal propositions. – All actions of the state, including the creation and enforcement of laws, have moral implications. In this sense, the state cannot avoid being a purveyor of morality*» (corsivo aggiunto).

³ Secondo l'espressione è di H.L.A. HART, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, in *Univ. Chi. L. Rev.*, 35, 1967, p. 9.

⁴ Cfr. ad es. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harmless Wrongdoing*, Oxford, 1990, p. 135 ss.

⁵ Cfr. ad es. H.M. CLOR, *Public Morality and Liberal Society: Essays on Decency, Law, and Pornography*, Notre Dame (IN), 1996, *passim*; oppure E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, trad. it. *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006, p. 471 ss., laddove teorizza l'esistenza di un «*ethos democratico*», e ID., *Lo Stato secolarizzato nel suo rapporto con la religione. Relazione al seminario di Reset-Dialogues on Civilizations presso il Centro di studi americani. 8 ottobre 2007*, p. 8 reperibile on-line su <http://www.astrid-online.it>. V. anche V. PACILLO, *Il ruolo dei valori nell'ordinamento giuridico contemporaneo: il diritto penale*, in *Dir. eccl.*, 2009, p. 469 ss.; e ID., «*Rovescio della dignità*» e *dignità del diritto*, in *Ragion pratica*, 2012, p. 143 ss.

⁶ «*[...] a milieu that reflects shared standards of civility and decency*», così H.M. CLOR, *Public Morality*, cit., p. 226.

[...] un'etica della *decenza* (non semplicemente [un fatto di] diritti e libertà) che sia generalmente riconosciuta come un requisito del benessere della *comunità* in quanto tale – e sia pertanto riconosciuta in ambito politico e (almeno periodicamente) supportata dal diritto⁸

Ci sembra che l'idea del «buon costume», anche alla luce di quanto rilevato in sede di lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, debba essere inquadrata in questa prospettiva, vale a dire nella direzione dell'individuazione di un *ethos condiviso* verso il quale indirizzare la ricerca del «buon costume» costituzionale.

Il problema si sposta allora sulla questione dell'individuazione dei precetti morali che possono legittimamente essere ammessi all'interno dell'ordinamento, nel rispetto dei caratteri fondamentali di quest'ultimo⁹, tra cui viene in rilievo soprattutto il principio pluralista. Come abbiamo infatti già ripetutamente osservato, la *nota dolens* del discorso sul *legal enforcement of morals* negli ordinamenti liberaldemocratici contemporanei risiede nella ricerca di *standards* morali che né riflettano il mero arbitrio dell'interprete, né diano voce alle sole preferenze della maggioranza a scapito di minoranze sgradite. È facile rilevare un consenso su quelli che sono gli imperativi morali più ovvi per mantenere la convivenza civile all'interno di una comunità: divieto di uccidere, divieto di rubare, etc.: *nulla quaestio*, dunque, sulla legittimità delle norme giuridiche che danno voce alle corrispondenti norme morali. Quando tuttavia il costituente, tramite clausole generali come quelle inserite negli artt. 19 e 21 c. 6 Cost. impone di dare ingresso ai precetti del «buon costume» in funzione limitativa dei diritti individuali, occorre rinvenire un codice morale che sia altrettanto condiviso rispetto al «*moral minimum*» di cui si è appena accennato. Risulta cioè necessario «ancorare» il «buon costume» ad un referente quanto più possibile oggettivo ed afferrabile, e sul quale possa rinvenirsi – o pretendersi – l'accordo delle varie componenti del tessuto sociale¹⁰.

Nel corso della trattazione sono stati messi più volte in luce gli inconvenienti che deriverebbero dall'accoglimento di soluzioni – all'apparenza più facili e certamente maggiormente seguite tra gli interpreti – che si basano sulla ricerca di un significato del «buon costume» attingendo ad altre branche del diritto rispetto a quella costituzionale. Si è infatti visto che, alla luce dei risultati dell'analisi giurisprudenziale e dottrinale, la maggior determinatezza dell'equazione

⁷ «[...] a context or framework of mutual respect and trust and common understanding, an environment which is physically healthy and in which the weak can go about without fear of the whims of the strong»: così J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, p. 216.

⁸ «[...] an ethic of decency or civility (not simply rights and liberties) that is generally acknowledged as requisite to the well-being of the community as such – and is therefore recognized in public policy, and (periodically at least) supported by the law»: così H.M. CLOR, *The Death of Public Morality?*, in *Am. J. Juris*, 45, 2000, p. 33 (corsivi testuali, traduzione nostra). L'Autore specifica anche che «The word 'decency' is meant to suggest a set of modest ethical demands, not classical virtue at its noblest or biblical goodness at its highest. What is envisioned is an intermediate ethic demanding of us something less than nobility but aiming higher than a mere set of minimal rules (abstention from violence, theft, and fraud) instrumental to life, liberty, and prosperity».

⁹ Cfr. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harmless Wrongdoing*, cit., p. 135: «The question is not whether society can pass judgement at all in matters of morals, but rather which matters of morals are its proper business; not whether morals are always a matter of private judgement only, but whether they are ever a matter for private judgement only». Cfr. anche D. WELCH, *The State as a Purveyor of Morality*, cit., p. 544.

¹⁰ Cfr. l'idea di una «razionalità ancorata» («anchored rationality») a *standards* etici comunitari, che possano guidare le azioni individuali, sostenuta da P. SELZNICK, *The Idea of a Communitarian Morality*, in *Cal. L. Rev.*, 75, 1987, p. 445 ss. Vedi anche la risposta di Dworkin in R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, cit., p. 242 ss.

penalistica «buon costume» = «morale sessuale» rispetto ad altre opzioni ermeneutiche si rivela più un *topos* della letteratura che un dato di fatto concretamente verificabile¹¹. Parimenti il rinvio a nozioni ineffabili quali «morale sociale», «comune senso morale» *et similia* non fornisce alcun approdo sicuro all'interprete, che rimane nel pericolo di incorrere, da un lato, nella Scilla dell'arbitrio giudiziario o, dall'altro, nella Cariddi di un'acritica accettazione del volere della maggioranza a scapito della libertà individuale¹².

Una «terza via», lo si è invece anticipato, è stata sponsorizzata da parte della dottrina, sia costituzionalistica che civilistica¹³, e soprattutto sembra ricavabile dall'esame della più recente pronuncia della Corte costituzionale sul tema, vale a dire la sent. 293/2000, il cui *dictum* è stato illustrato nella prima parte della trattazione¹⁴. Si è notato allora come il dato fondamentale di tale decisione sia proprio il tentativo di fornire una base (per quanto possibile) oggettiva al «buon costume», e come tale base sia individuata nel concetto di *dignità della persona*. Più nel dettaglio, si è verificato come la Corte, nel salvare da una pronuncia di incostituzionalità l'art. 15 l. 47/1948, che incrimina gli stampati contrastanti con il «comune sentimento della morale», abbia affermato che tale clausola è dotata di un «contenuto minimo» che «non soltanto [...] è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea», e che corrisponde al «rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata»¹⁵. Il «comune sentimento della morale» di cui fa menzione la legge sulla stampa è qui posto a «*presidio del bene fondamentale della dignità umana*» e la reazione dell'ordinamento scatta quando vengano posti in essere comportamenti lesivi «*lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall'intera collettività*»¹⁶.

La conclusione che i giudici costituzionali raggiungono sul punto risulta di estremo rilievo. Si legge infatti nella sentenza:

Quello della dignità della persona umana è, infatti, valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale¹⁷

Dalla motivazione della sentenza pare di ricavarsi proprio l'accoglimento di quella prospettiva cui si accennava poc'anzi, basata sull'esistenza di un *ethos* comune, di un consenso su alcuni beni metagiuridici (*valor*)¹⁸ di fondo della comunità, la cui lesione giustifica la condanna da

¹¹ V. le considerazioni svolte *supra*, ai Cap. III, par. 2, e IV, par. 2, lett. a).

¹² V. *supra*, Cap. IV, par. 2, lett. b).

¹³ V. *supra*, Cap. IV, par. 2, lett. c).

¹⁴ V. *supra*, Cap. II, par. 5.

¹⁵ Sent. 293/2000, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ *Ibid.* Negli stessi termini, e menzionando significativamente un «[...] complesso di valori spirituali, e sociali avvertiti come tali dalla comunità con *immediatezza di consenso*» si pronuncia la citata Cass. pen., sent. 23356/2001, Corvi, cit., p. 731 (corsivo nostro). Ma cfr. anche l'interessante Trib. Milano, sent. 10 aprile 1968, cit., pp. 193-194 il cui passo più rilevante è riportato *supra*, al Cap. III, par. 2.

¹⁷ Sent. 293/2000, cit., al § 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Per il concetto di «valore» v. per tutti E. OPOCHER, *Valore (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 111 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

parte dell'ordinamento. Occorre però effettuare alcune precisazioni circa la lettura della pronuncia in esame.

Innanzitutto, se è vero che il «buon costume» opera sul piano dei valori di natura etica e non giuridica, e se la Costituzione, nell'impostazione assunta dalla Corte, deve poter fungere da filtro di tali valori, si rende necessario accogliere l'idea di una «moral reading» della Carta fondamentale¹⁹, vale a dire che essa deve potersi considerare non solo fonte di norme giuridiche, ma anche presidio di valori di indole propriamente morale, i cosiddetti *valori costituzionali*²⁰. Tale assunto sembra trovare una chiara conferma nel linguaggio della Corte, la quale, menzionando il «rispetto della persona umana», lo definisce propriamente «valore», e riferendosi ancora alla «dignità della persona umana» ragiona di «valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo», facendo chiaramente intuire la natura pregiuridica del concetto in esame, pur destinato ad incidere sul dato giuridico in senso stretto, guidandone l'ermeneusi²¹.

Ora, è noto che, sull'idea di una lettura assiologicamente orientata della Costituzione (la c.d. «Costituzione per valori»), è in corso un vivace dibattito dottrinale, che ha interessato e interessa studiosi non solo italiani²², ed addentrarsi in questo terreno potrebbe sembrare una soluzione discutibile e pericolosa. In realtà, tuttavia, l'assunto che la Costituzione, oltre a produrre norme giuridiche, sia espressiva anche di precetti di carattere etico è contestato da pochi, anche

¹⁹ L'espressione «*moral reading*» della Costituzione è tratta dall'opera del filosofo statunitense Ronald Dworkin, che ha elaborato il concetto estensivamente con riguardo all'analisi della Costituzione americana: si v. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, trad. it. *I diritti presi sul serio* (a cura di N. Muffato), Bologna, 2010, p. 197 ss.; e, ancor più approfonditamente, Id., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, 1996, p. 1 ss. La tesi dworkiniana si pone in contrasto con il pensiero giuspositivista, sia nella sua versione tradizionale, sia nella lettura moderna che ne ha dato la dottrina, ed in particolare Herbert Hart, alle cui teorie sul concetto di diritto sono rivolte soprattutto le critiche di Dworkin: v. al riguardo H.L.A. HART, *The Concept of Law*, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 2002. La replica di Hart agli argomenti di Dworkin è stata pubblicata postuma nel *Poscritto* aggiunto in appendice al medesimo volume.

²⁰ Quanto alla definizione di «valore costituzionale», si è affermato che «[l']insieme dei valori costituzionali è il complesso delle scelte fondamentali che ogni Costituzione, in modo più o meno esplicito, pone alla base della propria struttura e della propria stessa esistenza»: così F. RIMOLI, *Valori costituzionali*, in AA.VV., *Dizionario di diritto costituzionale*, a cura di M. Ainis, Bari-Roma, 2000, p. 468. Sul concetto la letteratura è copiosa. Si vedano almeno A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1999, p. 300 ss.; G.P. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale*, Torino, 1999, p. 11 ss.; nonché, più di recente ed *amplius*, V. BONCINELLI, *I valori costituzionali fra testo e contesto: regole e forme di razionalità del giudizio costituzionale*, Torino, 2007, e l'approfondito saggio di A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica: problemi ed ipotesi*, Napoli, 2007.

²¹ Come si evince dalle statuizioni secondo cui quello della «dignità umana» è un «valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata» (sent. 293/2000, cit., al § 3 del *Considerato in diritto*) e che esso «deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale» (ivi, al § 4 del *Considerato in diritto*).

²² Quella della «Costituzione per valori» è impostazione che ha radici nella dottrina tedesca del primo Novecento, ed in particolare nell'opera di Rudolf Smend, il quale propugnava – in estrema sintesi – una lettura del testo costituzionale assiologicamente orientata, funzionale alla coesione ed all'integrazione sociale, superando le contrapposizioni tipiche del pluralismo: si v. in particolare R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988 (1928). In Italia la teoria della «Costituzione per valori» è stata sostenuta soprattutto nella prospettiva di un'interpretazione del testo costituzionale che superasse i rigori dei canoni giuspositivistici; l'elaborazione di tale posizione si rinvia soprattutto negli scritti di Gustavo Zagrebelsky, Luigi Mengoni ed Antonio Baldassarre: v. in particolare G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, e Id., *Storia e Costituzione*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (cur.), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, p. 35 ss. (spec. p. 75 ss.); L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, spec. p. 67 ss. e 115 ss.; ed A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 639 ss.; ma si vedano anche Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., spec. p. 301 ss.; Id., *L'interpretazione della costituzione*, in A. PALAZZO (cur.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 215 ss.; Id., *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in A.I.C., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale: atti del Convegno annuale Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, 2004, p. 185 ss.; e Id., *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 2007. *Contra* ad es. R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, p. 15 ss.; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, 2006, disponibile on-line su <http://www.costituzionalismo.it>; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

tra coloro che avversano la posizione dottrinale della «Costituzione per valori»²³. Ciò che divide gli studiosi non è tanto la possibilità di cogliere le scelte etiche poste a fondamento delle Carte fondamentali, ma piuttosto il ruolo che esse hanno nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali. In questa prospettiva, sarebbe probabilmente una forzatura ritenere che la stringata motivazione della sentenza n. 293²⁴ possa e voglia fornire elementi decisivi per la risoluzione della disputa in parola con riguardo all'intero testo della Costituzione, soprattutto perché quello del «buon costume» è un caso del tutto peculiare all'interno della stessa. Nelle disposizioni che fanno uso di questo concetto, infatti, è la stessa Carta che richiama una realtà metagiuridica, vale a dire le concezioni etiche diffuse nella società, e – se è vero che la Costituzione deve assumere una funzione di filtro delle stesse e non limitarsi a recepirle a prescindere dal loro contenuto – è più che corretto, da un punto di vista logico, che i principi etici in parola siano confrontati (non con norme giuridiche, ma) con quei principi etici che sono posti a fondamento della Costituzione. Ci sembra infatti che i «valori», quali concetti metagiuridici, possano essere utilmente confrontati soltanto con entità ad essi omogenee, pena la violazione del principio di separazione tra diritto e morale. Non riteniamo dunque che sia necessaria un'adesione in toto alla teoria della «Costituzione per valori»²⁵ qualora si voglia affermare che, nello specifico settore dell'interpretazione del «buon costume», si debba far luogo ad una *moral reading* del testo della Carta fondamentale.

Sorge però un interrogativo: perché proprio la Costituzione come *locus* di valori da cui attingere per l'individuazione del contenuto del «buon costume»?

La risposta ci sembra doversi ricercare nel particolare ruolo della Costituzione, intesa non solo come 'fonte delle fonti' di un ordinamento giuridico, ma anche come documento etico-politico fondamentale sul quale si regge l'accordo sociale che tiene unita una data comunità. Tale funzione della Costituzione è colta, ad esempio, da Jacques Maritain, nel momento in cui postula che alla base di una società democratica si ponga una «fede secolare», vale a dire l'accettazione di un certo numero di convinzioni *pratiche*, che possono essere condivise da individui di appartenenza politica, religiosa o filosofica assai distante²⁶. Nelle parole del filosofo parigino:

Dobbiamo dunque mantener ferma una chiara e netta distinzione: da una parte, il credo umano e temporale che è alla radice della vita comune, e che non è altro che un complesso di *conclusioni pratiche* o di *punti di convergenza* pratici; dall'altro, le *giustificazioni teoriche*, le concezioni del mondo

²³ V. ad es. R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 2007, secondo cui «Sostiene Baldassarre che le costituzioni contemporanee contengono "statuizioni di valori", positivizzano "principi morali" come valori condivisi posti a base della convivenza comune". Non è un'idea originale, ma poco importa: su di essa non si può che concordare (salvo precisare che la enunciazione di principi di giustizia è solo una parte, e neppure quella preponderante, di tutte le costituzioni contemporanee)».

²⁴ Criticata anche sotto questo aspetto da A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, cit., p. 2245, il quale rileva come la Corte intervenga sulla q.l.c. «[c]on una motivazione a dir poco sbrigativa – quasi si trattasse di una questione di poco momento oppure di una decisione pressochè scontata, sulla quale non era il caso di spendere troppe parole».

²⁵ Come invece paventa S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»*, cit., p. 999, alla nota 34.

²⁶ Cfr. J. MARITAIN, *L'homme et l'État*, trad. it. *L'uomo e lo Stato*, Genova-Milano, 2003, pp. 109-110. Secondo l'Autore «[a]viene così che uomini situati in prospettive metafisiche o religiose del tutto diverse e perfino opposte, possano – non in virtù di qualche identità dottrinale, ma in virtù di una somiglianza analogica nei loro principi pratici – incontrarsi nelle stesse conclusioni pratiche, e condividere la stessa "fede" secolare pratica, purchè venerino allo stesso modo, magari per ragioni completamente diverse, la verità e l'intelligenza, la dignità umana, la libertà, l'amore fraterno, e il valore assoluto del bene morale».

e della vita, le convinzioni filosofiche o religiose che danno o pretendono di dare un fondamento razionale a quelle conclusioni pratiche²⁷.

Da ciò, con discorso di grande rilevanza nella prospettiva della ricerca di un «buon costume» accettabile in una dimensione laica e pluralista, consegue che:

Il corpo politico ha il diritto e il dovere di promuovere nei suoi cittadini, principalmente attraverso l'educazione, *quel credo umano e temporale – e essenzialmente pratico – dal quale dipendono la comunione nazionale e la pace civile*. Non ha invece il diritto, in quanto corpo puramente temporale o secolare, racchiuso nella sfera in cui lo Stato moderno gode della sua autonoma autorità, di imporre ai cittadini o di esigere da essi una regola di fede o un conformismo della ragione, un credo filosofico o religioso che si presenti come la sola giustificazione possibile della carta pratica in cui si esprime la comune «fede» temporale o secolare²⁸.

Ci sembra facile vedere in questa «carta pratica», in questo «patto fondamentale di una società di uomini liberi»²⁹, la Carta costituzionale di uno Stato liberaldemocratico³⁰. Nella Costituzione ci sembra cioè si realizzi un meccanismo di «*overlapping consensus*»³¹ su una serie di valori di base che caratterizzano un ordinamento statale ed il cui rispetto è considerato condizione di esistenza e di sopravvivenza dello stesso³².

Ora, proprio perché questi valori accettati dal costituente rappresentano i capisaldi dell'intera comunità statale, i cardini dell'intero sistema giuridico, il legislatore ne può pretendere –

²⁷ J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, cit., p. 110 (corsivi testuali).

²⁸ J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, cit., pp. 110-111 (corsivo aggiunto).

²⁹ Sempre J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, cit., p. 111.

³⁰ Sulle Carte costituzionali come «tavole di valori» ordinarie di processi di integrazione sociale v. anche P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, p. 110 ss.

³¹ L'espressione «consenso per intersezione» («*overlapping consensus*»), com'è noto, è stata coniata dal filosofo statunitense John Rawls, che l'ha presentata nel suo *Una teoria della giustizia* e ripresa in diversi scritti successivi. Alla base di tale locuzione sta l'idea che, in una società democratica, forze sociali portatrici di ideologie differenti possano concordare su alcuni principi di base che consentano di accogliere una teoria della giustizia in grado di regolare il funzionamento della comunità stessa. Al riguardo si vedano dunque in particolar modo J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, 2009, p. 369 ss.; Id., *The Idea of an Overlapping Consensus*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 7, 1987, p. 1 ss.; nonché, ed *amplius*, Id., *Political Liberalism* (1993), trad. it. *Liberalismo Politico*, Milano, 1994, p. 123 ss. Da notare che il «consenso per intersezione» di cui fa parola Rawls, e che – nella sua dimensione concettuale – è accolto nell'ambito della presente trattazione ha una natura *sostanziale* e non meramente *procedurale*: si tratta cioè di accordo su alcuni valori di fondo dell'ordinamento e non semplicemente su alcune procedure decisionali, come invece postulato dal concetto di «consenso costituzionale» («*constitutional consensus*») di cui fa parola Kurt Baier, e a cui lo stesso Rawls dedica qualche riflessione in quanto lo considera un passaggio intermedio per giungere al vero e proprio «consenso per intersezione»: v. al riguardo K. BAIER, *Justice and the Aims of Political Philosophy*, in *Ethics*, 99, 1989, p. 775 ss. (771 in.); e J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., p. 142 ss.

³² Cfr. C.A. BALL, *The Proper Role of Morality in State Policies on Sexual Orientation and Intimate Relationships*, in *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 35, 2011, p. 81: «Admittedly, one difficulty in defending the State's incorporation of moral positions when it sets policy is the many possible moral positions that it could embrace. A critic may fairly ask how the government is supposed to choose among (often conflicting) moral positions. One answer is that the government can use the Constitution as a moral polestar of sorts. The Constitution, among other things, represents a codification of the values that we share as a nation. It therefore seems particularly legitimate to rely on those values in setting governmental policy.» (enfasi aggiunta). Ma sul punto, *inter alios*, molto eloquente anche M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, p. 173 (in. p. 170): «Nella democrazia pluralista, dunque, l'unità può essere trovata solo nella comune accettazione di *valori fondanti*, può essere solo *unità nel nome di valori onnicondivisi*. – Il compito di disegnare la tavola in cui questi valori sono iscritti spetta, evidentemente, alla costituzione, ed è un compito al quale effettivamente le costituzioni contemporanee non si sono sottratte»; nonché G.P. CALABRÒ, *Valori supremi*, cit., p. 13: «L'unità dello stato viene, dunque, riposta nella conservazione e nella tutela di quei valori consegnati nel patto costituzionale, e che rappresentano la condizione per salvaguardare l'unità e l'ordine della comunità».

nella sfera pubblica – l'osservanza da parte dei cittadini. Ciò in quanto ogni colpo inferto a tali imperativi di natura etica per effetto del comportamento dei singoli si traduce in un *vulnus* alle fondamenta stesse del patto associativo che lega tutti i consociati. La prima strategia per salvaguardare questo patrimonio assiologico condiviso sarà, di regola, di indole promozionale e consisterà nel tentativo dello Stato di *educare* i cittadini al rispetto di determinati valori³³, senza fare ricorso a strumenti di carattere coercitivo. Non è tuttavia escluso – e, anzi, è espressamente previsto nel momento in cui gli stessi testi costituzionali contengano riferimenti al «buon costume», alla «moralità pubblica», o a clausole simili – che l'ordinamento possa ricorrere alla sanzione giuridica per colpire le violazioni più patenti di tale *comune denominatore etico*³⁴.

In ciò si sostanzia il potere statale di dare forza legale ai precetti etici ricavabili dalla Costituzione, contemperandoli naturalmente – in una delicata operazione di bilanciamento – con le libertà individuali pure garantite dal testo della stessa. In ciò si coglie anche la funzione della Costituzione nella determinazione del contenuto della clausola del «buon costume»: essa opererà da un lato quale *filtro* delle convinzioni etiche che si rivelino incompatibili con i valori di fondo della Carta stessa (funzione *negativa*)³⁵, dall'altro come fonte stessa dei valori cui può essere data voce per il tramite della clausola in esame (funzione *positiva*)³⁶.

Soprattutto su questo secondo aspetto sembrano appuntarsi i già menzionati timori di parte della dottrina, secondo cui una funzione positiva della Costituzione nell'individuazione del contenuto del «buon costume» darebbe vita, in sostanza, ad un vero e proprio «ordine pubblico ideale mascherato sotto le spoglie del buon costume»³⁷. Al contrario, si sostiene,

³³ Cfr. J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, cit., pp. 110-111, nel passo da ultimo riportato. Cfr. anche A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, cit., spec. p. 134 ss., secondo cui, nell'ambito del discorso sulla condivisione di valori da parte dei soggetti che compongono l'ordinamento «Accanto a un'integrazione "culturale", di tipo più o meno spontaneo, sta un'integrazione di carattere "istituzionale"»; quest'ultima può essere definita come «[...] il processo con cui i singoli cittadini e i gruppi vengono condotti a condividere determinati valori comuni attraverso l'opera delle istituzioni» (op. cit., p. 135, corsivo testuale). Per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, si tenga presente ad es. l'art. 2 c. 1 lett. f) l. 28 marzo 2003, n. 53 («Delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale»), ai sensi del quale «la scuola primaria promuove, nel rispetto delle diversità individuali, lo sviluppo della personalità, ed ha il fine [...] di educare ai principi fondamentali della convivenza civile». Sulla normativa italiana v. ad es. i contributi inclusi in AA.VV., *Educazione civica e cultura costituzionale*, a cura di L. Corradini-G. Refrigeri, Bologna, 1999; nonché in AA.VV., *Cittadinanza e convivenza civile nella scuola europea. Saggi in onore di Luciano Corradini*, a cura di S. Chistolini, Roma, 2006, tra cui si segnala in particolare quello di G. LA TORRE, *Confini. Pensieri di un giurista su una tematica di confine*, ivi, p. 15 ss. In generale, sul rapporto tra virtù civiche e sistema educativo in una società pluralista, v. S. MACEDO, *Diversity and Distrust: Civic Education in a Multicultural Democracy*, Cambridge (MA)-London, 2000, spec. p. 231 ss.

³⁴ *Contra* M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 217, che sembra accettare la *promozione* dei valori emergenti dalla Costituzione, ma non la loro attuazione coattiva a scapito dei diritti dei singoli: «Non si può tuttavia confondere il compito di promozione dei valori suddetti, che la Costituzione pone a carico delle istituzioni pubbliche, con un limite alla libertà di pensiero, che produrrebbe una sostanziale funzionalizzazione di quest'ultima proprio nella sfera più delicata delle convinzioni etiche». Sul punto v. tuttavia immediatamente *infra*, nell'ambito della presente trattazione.

³⁵ Cfr., come si è già avuto di notare, S. RODOTÀ, *Ordine pubblico*, cit., pp. 106-107; M. MANETTI, *Art. 21*, cit., pp. 217 e 223; e cfr. anche G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 263. Ma cfr. anche E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume*, cit., pp. 550-551.

³⁶ Si tratta di posizione convincentemente sostenuta, come si è visto, da parte della dottrina civilistica: si rammentino in particolare S. RODOTÀ, *Ordine pubblico*, cit., p. 106; G. PANZA, *Buon costume*, cit., p. 151; F. DI MARZIO, *Buon costume*, cit., p. 252, e *Id.*, *La nullità*, cit., p. 389 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., pp. 461-462.

³⁷ Così M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 217. Ma cfr. anche A. PACE, *La libertà di riunione*, cit., pp. 176-177, alla nota 145.

[i] buon costume rimane pertanto necessariamente consegnato alla sfera della società, e al livello di maturità e tolleranza che essa è in grado di esprimere, secondo parametri mutevoli nel tempo³⁸.

All'obiezione in parola si può tuttavia replicare innanzitutto che l'accettazione di una funzione positiva dei valori costituzionali non comporta affatto la mortificazione della dimensione sociale del «buon costume», ma piuttosto l'instaurazione di un costante dialogo tra i valori espressi dalla Carta fondamentale ed il modo in cui essi sono percepiti, e concretamente attuati, da parte della comunità, nel periodo storico di riferimento³⁹.

In secondo luogo, deve rammentarsi che ricercare *standard* morali condivisi partendo dal testo della Costituzione non significa affatto imporre coattivamente una «morale di Stato» (ciò che sarebbe proprio di uno Stato totalitario), ma – più realisticamente – prendere atto che, per le ragioni già illustrate, il concetto in parola deve avere, per quanto possibile, un referente contenutistico *oggettivo*, e non può tradursi in una mera recezione dei *desiderata* della comunità di riferimento, pena la trasformazione del «buon costume» da patrimonio etico comune a semplice complesso delle convinzioni etiche maggioritarie o comunque più influenti in un dato periodo storico.

In altre parole la Costituzione, quando richiama il «buon costume», non può limitarsi ad escludere le dottrine e scuole di pensiero con essa palesemente contrastanti, rimanendo completamente indifferente rispetto al contenuto delle altre. Occorre infatti chiarire che la possibilità di collegare la nozione di «buon costume» al patrimonio di valori espresso dalla Carta fondamentale non è giustificabile in base ad una presunta *neutralità* di quest'ultimo rispetto alle varie ideologie e convinzioni presenti nel contesto storico-culturale di riferimento. Sarebbe infatti un errore, a nostro avviso, ritenere che la Costituzione di uno Stato liberaldemocratico sia totalmente *neutrale* rispetto alle varie concezioni etiche emergenti dalla società⁴⁰. Il «principio di neutralità» dell'ordinamento non può nascondere, ad avviso di chi scrive, il dato che alcune scelte di fondo sono un presupposto dell'accettazione di una ben precisa forma di Stato⁴¹. L'adesione al «metodo

³⁸ M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 217.

³⁹ Cfr. E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume*, cit., pp. 550-551: «La funzione di elastico adeguamento propria di una nozione metagiuridica come quella in questione non risulta affatto vanificata, proprio perché sarà l'evolversi della coscienza sociale a determinare in concreto la portata, per così dire "in verticale", dei parametri fissati dall'ordinamento costituzionale».

⁴⁰ La questione della «neutralità» dell'ordinamento rispetto alle concezioni di vita presenti nel tessuto sociale è alquanto dibattuta tra gli accademici. Una parte della dottrina ritiene infatti che l'ordinamento non possa appoggiare l'una o l'altra delle posizioni concorrenti e debba rimanere rigorosamente «neutrale». In senso contrario, altra parte della dottrina ritiene che lo Stato, pur ispirandosi a principi liberaldemocratici (o, forse, proprio per tale ragione), non possa non farsi portatore di alcune convinzioni etiche. Si distingue, tuttavia, tra una «neutralità degli effetti» («*neutrality of effects*»), una «neutralità dei fini» («*neutrality of aims*») ed una «neutralità della giustificazione» dei principi perseguiti dall'ordinamento («*neutrality of justification*»): per tale distinzione v. ad es. F. DE MARNEFFE, *Liberalism, Liberty, and Neutrality*, in *Phil. & Publ. Aff.*, 19, 1990, p. 253 ss. Per un'introduzione al dibattito v. ad es. S.A. GARDBAUM, *Why the Liberal State Can Promote Moral Ideas After All*, in *Harv. L. Rev.*, 104, 1990-1991, p. 1350 ss.

⁴¹ Cfr. ad es. J. MANSFIELD, *The Religion Clauses of the First Amendment and the Philosophy of the Constitution*, in *Cal. L. Rev.*, 72, 1984, p. 856: «*The Constitution embodies a particular view of human nature, human destiny and the meaning of life. It is not neutral in regard to those matters*»; nonché T.L. HALL, *Religion and Civic Virtue: A Justification of Free Exercise*, in *Tul. L. Rev.*, 67, 1992-1993, p. 101: «*It also bears remembering that the Constitution establishes a particular form of social life and that in doing so, it implicitly approved the virtues necessary for the flourishing of that life. [...] Thus, values such as equality and freedom and tolerance may be considered as part of the common good and accorded privileged status under the constitutional system. The Constitution is not neutral about these values. They serve as the metaprinciples that make the notion of individual preferences coherent*».

democratico», il principio personalista, l'uguaglianza degli esseri umani, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, e così via: sono tutte opzioni per un ben preciso modello ordinamentale, che ovviamente si pone in opposizione a modelli di segno differente. Si tratta di scelte tutt'altro che «neutrali» in senso stretto, e che – riflettendo *valori* – rilevano in una dimensione etica, ancor prima che politica e giuridica.

Il fatto che un ordinamento laico e pluralista volga lo sguardo al mondo dei *valori* (entità metagiuridiche), per dare voce ad alcuni di essi, non deve stupire: pluralismo e relativismo non significano qualunquismo⁴², e l'ispirazione liberaldemocratica di uno Stato non comporta che questo sia tenuto a creare o a promuovere un contesto sociale 'asettico' in quanto indifferente alle convinzioni ed ai messaggi che vi circolano, o ad accettare puramente e semplicemente qualunque comportamento che i consociati desiderino tenere⁴³. In altre parole anche in un ordinamento liberaldemocratico – e proprio in virtù dei caratteri di quest'ultimo – ci sembra possibile configurare una «morale critica»⁴⁴, quale elemento di discriminazione tra le varie «moralità positive»⁴⁵ che emergono dal tessuto sociale⁴⁶.

L'idea di un *minimo comune denominatore etico* che sta alla base di un «buon costume» costituzionalmente orientato non deve dunque essere intesa in senso *descrittivo*, quale semplice rilevamento di alcuni precetti morali di base che siano effettivamente accettati da tutti: la ricerca degli stessi sarebbe con tutta probabilità infruttuosa. In una società pluralista ed eterogenea quale quella in cui viviamo, infatti, per qualunque imperativo morale, dal «non uccidere» al «rispetta il tuo prossimo», è verosimilmente possibile individuare ideologie o concezioni della vita che propugnano

⁴² Cfr. S. STAMMATI, *Intervento in AA.VV., I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'osservatorio costituzionale presso la LUISS "Guido Carli" dal 2003 al 2005*, a cura di S. Panunzio, Padova, 2007, p. 76: «Eppure, il pluralismo stesso non è forse concepibile solo ove si diano per indiscussi alcuni valori di fondo? Un pluralismo senza universalismo non appare infatti concepibile». Cfr. anche F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1995, p. 6 ss., spec. p. 7, ove l'Autore, specificando il significato dell'opzione di fondo «etica non cognitivista» dell'ordinamento liberaldemocratico, afferma che essa deve intendersi «[...] non, come sovente accade dai suoi detrattori, quale luogo dell'assenza di valori fondanti, bensì come momento finale della sintesi di ogni valore, ovvero, in altri termini, allorché l'impostazione etica non cognitivista ad esso sottesa non s'intenda come rifiuto di ogni verità, ma come luogo di confronto e di integrazione di *tutte* le verità, riconosciute e relativizzate come tali nella loro infinita varietà». Sul punto del pluralismo e del relativismo in un ordinamento liberaldemocratico quale quello italiano cfr. *amplius* P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 30 ss.

⁴³ Cfr. H.M. CLOR, *The Death of Public Morality?*, cit., p. 47, il quale – con riguardo all'ordinamento americano – osserva: «*From the acknowledged American idea that the individual citizen is entitled to respect, it does not follow, as a matter of logic, that the community is obliged to esteem equally whatever ways of life any individuals may happen to find desirable. We may, as we do, find more human dignity in the institution of marriage than in the practice of prostitution, without going so far as to treat prostitutes as they were devoid of any human dignity or citizenship*». Sul punto anche F. RIMOLI, *Laicità*, cit., p. 7.

⁴⁴ Per il significato di questa espressione v. H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, cit., p. 40, secondo cui per «morale critica» deve intendersi il complesso dei «principi morali generali impiegati nella critica delle istituzioni sociali esistenti, tra cui la stessa morale positiva» (su questo ultimo concetto v. immediatamente *infra*, alla nota successiva).

⁴⁵ L'espressione «morale positiva» (o «moralità positiva») è stata coniata dalla filosofia utilitarista del XIX secolo, ed in particolare dallo scozzese John Austin, che ne ha dato una definizione nella sua opera, tracciando anche ulteriori distinzioni all'interno dello stesso concetto: v. J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, cit., p. 179 ss. Nel contesto del presente scritto, tuttavia, si impiega la locuzione in parola nel più ristretto significato ad essa attribuito da H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, cit., p. 40, secondo cui essa designa «la morale effettivamente accettata e condivisa da un certo gruppo sociale» (accezione che sembra corrispondere, nel linguaggio di Austin, alle «regole morali positive che sono leggi così chiamate impropriamente», in quanto «sono leggi poste o imposte dall'opinione generale»: così J. AUSTIN, *op. cit.*, p. 192).

⁴⁶ Per un tentativo di individuare i valori che stanno alla base degli ordinamenti liberaldemocratici contemporanei, contro l'obiezione che questi ultimi sarebbero incapaci di infondere virtù civiche nei loro appartenenti e contribuire a creare un ben preciso modello di cittadino, v. ad es. S. MACEDO, *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism*, Oxford, 1990; nonché W.A. GALSTON, *Liberal Purposes. Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*, Cambridge, 1991, spec. p. 165 ss.

imperativi affatto incompatibili⁴⁷. Piuttosto, il concetto di «*overlapping consensus*» costituzionale cui si faceva cenno deve intendersi in senso *prescrittivo*, quale nucleo di valori di base il cui rispetto può essere (oltre che *promosso*), anche *preteso* dall'ordinamento – entro certi limiti che non si mancherà di mettere in evidenza – proprio in virtù del carattere coesistente dei medesimi alla forma di Stato prescelta.

Tutto ciò aiuta a leggere nella maniera corretta l'ulteriore passaggio della sent. 293/2000, laddove la Corte afferma che il contenuto minimo della «pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea» è il «rispetto della persona umana». Tale assunto ha infatti senso soltanto se inteso in senso prescrittivo e non meramente descrittivo, vale a dire come un rilievo su ciò che *deve essere* e non semplicemente su ciò che *è*⁴⁸. In effetti, se la Corte costituzionale stesse utilizzando l'espressione «concezioni etiche» in senso meramente «antropologico»⁴⁹, limitandosi cioè a fare una rassegna delle varie «moralità» presenti nel tessuto sociale italiano e cercando un dato comune a ciascuna di esse, la sua statuizione di principio dovrebbe ritenersi senz'altro falsa. È fuor di dubbio, invero, che nella società italiana, come nella generalità delle società liberaldemocratiche contemporanee, accanto alle concezioni etiche rispettose della «dignità» dell'uomo sopravvivono movimenti e ideologie che tale valore non professano, o che propugnano principi in aperto contrasto con esso (si pensi alle organizzazioni di ispirazione razzista o xenofoba, a quelle che sostengono metodi violenti di lotta politica, o ancora a quelle che giustificano la violazione di diritti umani fondamentali in nome del rispetto di un messaggio religioso, e così via).

Il discorso della Corte supera tale obiezione se si ritiene, viceversa, che essa stia impiegando la locuzione «concezioni etiche» in senso «discriminatorio», comprensivo di un giudizio di inammissibilità di alcune convinzioni e credenze nel novero di quelle ritenute accettabili ai fini del loro *legal enforcement*. Solo in questo modo ci sembra che si possa utilmente pervenire

⁴⁷ Ad esempio, il precetto morale «non uccidere» è spesso considerato uno degli imperativi di base per la convivenza sociale. Ci si potrebbe aspettare un'accettazione generalizzata dello stesso da parte dei consociati, un vero e proprio «consenso per intersezione» statisticamente rilevabile sullo stesso. Tralasciando tuttavia il dissenso di individui isolati, dovuto ad una mancata accettazione del fenomeno sociale in sé e per sé (si pensi ad es. ai sociopatici), la storia ha conosciuto – e purtroppo ancora conosce – movimenti e ideologie che tale precetto ignoravano o ritenevano applicabile soltanto a determinate categorie di individui: l'esperienza del nazionalsocialismo, che è giunto addirittura a programmare il sistematico sterminio di una parte della popolazione, rende evidente che anche per una norma morale tanto basilare è possibile individuare esempi di dissenso 'organizzato' all'interno della società civile. L'accoglimento del precetto «non uccidere» da parte dell'ordinamento non è dunque veramente *neutrale* rispetto alle varie opzioni etiche ed ideologiche che si contendono il campo, ma ciò non autorizza affatto a concludere che l'adesione al principio in questione, e la salvaguardia del valore ad esso sottostante, sia illegittima per uno Stato liberaldemocratico. Si tenga del resto presente che anche Rawls, che pure sostiene l'idea di una «neutralità» dello Stato nei confronti delle concezioni ideologiche presenti nella società, introduce implicitamente un criterio di selezione delle stesse (quindi un elemento di indole prescrittiva e non «neutrale») nel momento in cui presuppone che il confronto debba avvenire all'interno di un pluralismo «ragionevole», escludendosi così talune posizioni da quelle con cui cercare il consenso: v. al riguardo J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., spec. p. 5 ss., p. 47 ss. e 131 ss.

⁴⁸ La terminologia utilizzata, così come la contrapposizione tra proposizioni descrittive e proposizioni prescrittive è, com'è noto, di derivazione humeiana: v. D. HUME, *A Treatise of Human Nature* (1739), trad. it. *Trattato sulla natura umana*, in *Opere filosofiche. I. Trattato sulla natura umana*, a cura di E. Lecaldano, Bari, 2008, pp. 496-497. Tale brano ha posto le basi per quel principio filosofico, noto come «legge di Hume», secondo cui è logicamente scorretto inferire da premesse di carattere ontologico conseguenze di carattere deontologico.

⁴⁹ La distinzione tra «concezioni etiche in senso antropologico» e «concezioni etiche in senso discriminatorio» è di Ronald Dworkin: v. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 358, ove l'Autore afferma che si può parlare di «convinzioni morali» nel primo senso «facendo riferimento con ciò a qualsiasi atteggiamento mostrato dal gruppo verso le caratteristiche dei fini, delle qualità e delle azioni umane»; oppure si può utilizzare le espressioni «posizione morale e convinzione morale»

alla ricerca di un «consenso per intersezione» tra le posizioni morali diffuse nella società italiana ed individuare un contenuto minimo della clausola del «buon costume» partendo dal concetto di «dignità umana».

3. Consenso di base e dignità umana.

Non sembra esservi dubbio che la *dignità umana*⁵⁰ sia oggi considerata uno dei valori fondanti gli ordinamenti giuridici di impronta liberaldemocratica⁵¹. Quello italiano non fa certo eccezione⁵² e, nel suo contesto, essa è stata additata quale «presupposto assiologico

nel secondo senso «per distinguere le posizioni cui esse fanno riferimento dai pregiudizi, dalle razionalizzazioni, dai giudizi di avversione o di gusto personale, dalle valutazioni arbitrarie e simili».

⁵⁰ La letteratura in tema di *dignità umana* è molto vasta e comprende contributi relativi a diverse branche del diritto. Una bibliografia completa essendo possibile da compilare, si forniscono qui indicazioni di base. Per la dottrina italiana si vedano dunque almeno F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss.; G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 415 ss.; H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, p. 620 ss.; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 801 ss., e ID., *La dignità*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto. I. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2010, p. 259 ss.; G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 45 ss.; F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, in AA.VV., *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, a cura di S. Panunzio, Napoli, 2005, p. 585 ss.; M. GENNUSA, *La dignità e le sue anime. Spunti ricostruttivi alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in AA.VV., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006, p. 189 ss.; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Roma, 2007; G. ROLLA, *Dignità*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti umani*, a cura di M. Flores-T. Groppi-R. Pisillo Mazzeschi, Torino, 2007, p. 304 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007*, 2007, reperibile on-line su <http://www.rivistaaic.it>; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Bari, 2009, p. 12 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale: la dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010; nonché i recenti contributi contenuti in *Ragion Pratica*, 1, 2012, cui si farà riferimento nel prosieguo. Nella dottrina di lingua inglese si vedano AA.VV., *The Constitution of Rights. Human Dignity and American Values*, a cura di M.J. Meyer-W.A. Parent, Ithaca-Londra, 1992; D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value – Part I*, in *Public Law*, 1999, p. 682 ss., e ID., *Human Dignity as a Legal Value – Part II*, in *Public Law*, 2000, p. 61 ss.; G.L. NEUMAN, *Human Dignity in United States Constitutional Law*, in AA.VV., *Zur Autonomie Des Individuums: Liber Amicorum for Spiros Simitis*, a cura di M. Weiss-D. Simons, Baden-Baden, 2000, p. 249 ss.; i contributi contenuti in AA.VV., *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, a cura di D. Kretzmer-E. Klein The Hague, 2002, alcuni dei quali saranno citati *infra*; G. BOGNETTI, *The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism*, in AA.VV., *European and US Constitutionalism*, a cura di G. Nolte, Cambridge, 2005, p. 85 ss.; J.Q. WHITMAN, *"Human Dignity" in Europe and the United States: the Social Foundations*, ivi, p. 108 ss.; L.R. KASS, *Defending Human Dignity*, 2007, reperibile on-line sul sito <http://www.aei.org>; C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Rights*, in *Eur. J. Int'l Law*, 19, 2004, p. 655 ss.; N. RAO, *On the Use and Abuse*, cit., p. 201 ss.

⁵¹ V. ad es. le ampie riflessioni di P. HÄBERLE, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, p. 1 ss. Ma cfr. anche H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, cit., p. 638, a proposito dell'art. 1 della *Grundgesetz* tedesca: «La dignità dell'uomo come norma fondamentale è un qualcosa di più e di diverso che una mera proclamazione di un principio generale, o un'articolazione di un valore della coscienza collettiva: è *fondazione dello Stato*, una "comunione d'azione (*communio d'action*), una *operation de fondation*", come l'ha chiamata Maurice Hauriou nella sua teoria della fondazione delle istituzioni. In essa risiede di più di una dichiarazione o di un riconoscimento, in essa si trova l'unificarsi della volontà a fini fondativi». Secondo F. BARTOLOMEI, *La dignità umana*, cit., p. 10 «[...] la dignità, come concetto giuridico, se, da un lato, affonda le radici nell'ethos, nel costume, nel modo di essere e di vivere di un popolo, dall'altro lato, sul piano più strettamente giuridico-costituzionale informa e permea l'intera normazione dell'ordinamento giuridico».

⁵² Cfr. ad es. A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3071, secondo cui la dignità, oltre ad essere testualmente richiamata in alcuni articoli, risulta sottostante a molte disposizioni (tra cui tutte quelle sui diritti personali), talchè «[i]l complesso di tali disposizioni lascia trasparire una concezione dell'uomo (*Menschenbild*) fondata, appunto, sulla dignità della persona». Sulla dignità quale *valore* che permea di sé la Costituzione italiana v. per tutti A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale*, cit., p. 69 ss., ed i riferimenti menzionati dall'Autrice.

dell'ordinamento costituzionale»⁵³, quale «massimo dei valori supremi»⁵⁴ o addirittura quale «valore di rango supercostituzionale»⁵⁵.

Quest'impressione è suffragata, poi, dall'accoglimento della *dignità* quale valore e principio vincolante *comune* anche in sede europea, mediante l'inclusione tra i Principi fondamentali della Carta di Nizza⁵⁶, ed in sede internazionale, mediante la proclamazione nelle già menzionate Dichiarazioni dei diritti. Per quanto riguarda la C.E.D.U., poi, non solo a livello testuale sono presenti sia un riferimento indiretto alla *dignità* nel Preambolo della Convenzione (dove si fa un richiamo alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea Generale dell'O.N.U.)⁵⁷, sia uno diretto nel Preambolo al Protocollo aggiuntivo n. 13 alla Convenzione stessa⁵⁸, ma soprattutto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha riconosciuto che «*the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom*»⁵⁹, ciò che conferma l'idea di un valore condiviso a livello internazionale.

Naturalmente molti sono i problemi che gli interpreti hanno dovuto affrontare. Oltre al dilemma definitorio, è anche discusso, tra i giuristi, se la clausola della *dignità* possa avere efficacia giuridica diretta, ovvero sia destinata a ricevere protezione solo indirettamente, mediante la tutela di beni ad essa connessi o da essa discendenti⁶⁰. Si tratta tuttavia di un nodo che non è

⁵³ Così G. SILVESTRI, *Considerazioni*, cit., il quale chiarisce (par. 2) il rapporto della dignità con il principio personalista ed il suo ruolo nel bilanciamento costituzionale degli interessi: «La dignità possiede pertanto un plusvalore, in quanto è il cuore del principio personalista, che, assieme a quello egualitario, sorregge il grande edificio del costituzionalismo contemporaneo. [...] La *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima»

⁵⁴ Così F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Padova, 1997, p. 12.

⁵⁵ V. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo*, cit., p. 347; nonché A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in <http://www.rivistaic.it>, n. 1/2011, p. 1.

⁵⁶ Il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ragiona espressamente di «valori comuni», includendo tra di essi la *dignità umana*. Il Preambolo recita infatti: «I popoli europei nel creare tra loro un'unione sempre più stretta hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni – Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto». Alla dignità sono poi intitolati sia il Capo I della Carta, sia l'art. 1, ai sensi del quale «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Sulla dignità nella Carta di Nizza e, in generale, nella dimensione europea, si vedano tra gli altri G. RESTA, *La disponibilità dei diritti*, cit. (con particolare riguardo al rapporto tra dignità e art. 3 della Carta); F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit.; F. POLITI, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in AA.VV., *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2006, p. 43 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., p. 201 ss.

⁵⁷ Si vedano il primo ed il secondo Considerato del Preambolo alla C.E.D.U.: «*The governments signatory hereto, being members of the Council of Europe, Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10th December 1948; Considering that this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared*». La Dichiarazione Universale del 1948 contiene a sua volta riferimenti alla *dignità umana* sia nel suo Preambolo (che recita «*Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world [...] Whereas the peoples of the United Nations have in the Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women and have determined to promote social progress and better standards of life in larger freedom [...]*», enfasi aggiunte), sia in alcune sue disposizioni (artt. 1, 22 e 23 n. 3).

⁵⁸ Il Protocollo n. 13 alla C.E.D.U. sancisce l'abolizione della pena di morte da parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa. Il suo Preambolo recita: «*The member States of the Council of Europe signatory hereto, Convinced that everyone's right to life is a basic value in a democratic society and that the abolition of the death penalty is essential for the protection of this right and for the full recognition of the inherent dignity of all human beings*» (enfasi aggiunta)

⁵⁹ Così la Corte E.D.U. nella sent. Corte europea dei diritti umani, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso 2346/02, sent. 29 aprile 2002, § 65; negli stessi termini, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], ricorso 28957/95, sent. 11 luglio 2002, § 90; nonché, Corte europea dei diritti umani, *Jehovah's witnesses of Moscow ed al. c. Russia*, ricorso 302/02, sent. 10 giugno 2010, § 135. Per una rassegna della giurisprudenza E.D.U. in materia di *dignità umana* si v. comunque M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., p. 233 ss.

⁶⁰ Scetticismo sulla possibilità di riconoscere efficacia giuridica diretta alla *dignità* è espresso ad es. dal costituzionalista tedesco Dian Scheffold: v. il suo intervento introduttivo in AA.VV., *I costituzionalisti e la tutela dei diritti*, cit., p. 55 ss.

necessario sciogliere in questa sede, giacchè – per quanto concerne la problematica del «buon costume» – la dignità umana viene in rilievo precipuamente nella sua qualità di *valore*⁶¹, vale a dire nella sua dimensione *etica*, e non nella sua veste propriamente giuridica⁶², che in questo caso costituisce un *posterius* logico: l'ingresso della dignità nel mondo del diritto avviene infatti attraverso la 'finestra' offertale dalla clausola generale in esame, che consente di apprestare una protezione legale a interessi di natura metagiuridica. La condizione essenziale, tuttavia, per garantire il *legal enforcement* di un valore, lo si è visto, è che si possa pretendere su di esso l'accordo delle molteplici forze sociali che compongono una *civitas* laica e pluralista.

In questa prospettiva sembra esservi consenso, in dottrina, sul fatto che – in linea di principio – la *dignità della persona umana* rappresenti un punto di incontro tra tradizioni e scuole di pensiero di segno differente e anche distante tra loro⁶³. Questo assunto trova un'importante conferma, per quanto riguarda la Costituzione repubblicana, nel dibattito che si svolse in Assemblea Costituente con riguardo al tema della tutela della persona umana e della sua dignità tra gli esponenti dei diversi schieramenti politici (e ideologici) presenti nel consesso⁶⁴. Famoso è l'ordine del giorno Dossetti il quale, ricercando un punto di raccordo tra le varie istanze emergenti all'interno della I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, così recitava:

La Sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; esclusa quella che si ispiri a una visione soltanto individualistica; esclusa quella che si ispiri a una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che:

- a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella;
- b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari,

⁶¹ Nella giurisprudenza costituzionale v. ad es. Corte cost., sent. 06 maggio 1985, n. 161, al par. 4 del *Considerato in diritto*; nonché Corte cost., sent. 18 dicembre 1987, n. 561, al par. 2 del *Considerato in diritto*: in entrambe le pronunce si fa riferimento alla *dignità* nei termini di «valore».

⁶² Cfr. ad es. F. BARTOLOMEI, *La dignità umana*, cit., p. 10: «Innanzitutto, siamo alla presenza di un concetto (*Begriff*) che non si esaurisce nella configurazione di un diritto costituzionalmente garantito, ma esprime un "valore"». Sulla configurabilità della *dignità* come *valore* (oltre che come principio giuridico) v. anche G. ALPA, *Dignità*, cit., p. 415; e G. RESTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 819.

⁶³ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., p. 282: «Quando, invece, come nei sistemi di democrazia pluralistica, la personalità umana vien sottratta alla variabilità storica della legge e diventa l'essenza materiale di un valore superiore alla legge stessa e, anzi, del valore più elevato tra quelli costituzionali, la sua definizione, come concetto unitario, non può esser affidata a nozioni vuote di contenuto, ma deve consistere in nozioni piene di contenuti sostanziali, in quanto che da questi dipende la sua capacità normativa, la sua capacità di orientare e di indirizzare la vita dell'ordinamento stesso secondo paradigmi di valori determinati. Come è stato appena precisato, questo concetto di sintesi è dato dalla *dignità umana*» (corsivo nostro). In una prospettiva simile ragiona di «capacità sintetica rispetto a tradizioni diverse» in capo alla dignità umana M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., pp. 88-89, chiarendo che «[...] essa da esito comune a percorsi culturali diversissimi tra loro per presupposti ideologici, ruolo sistematico e specificazioni contenutistiche si è fatta, in quanto tale, fattore di sintesi». Ma v. anche A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale*, cit., p. 69.

⁶⁴ Per una ricostruzione del dibattito in questione si v. A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale*, cit., p. 59 ss.; nonché M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., p. 108 ss.

territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato;

c) che per ciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato⁶⁵.

Il consenso raggiunto tra le componenti della I Sottocommissione, ed in particolare tra le forze di ispirazione cattolica e quelle di ispirazione socialista e comunista, circa la centralità della persona umana nell'ambito dell'impianto della Costituzione repubblicana⁶⁶ metteva capo alla formulazione, in Sottocommissione, degli artt. 1 e 2 Cost. (i cui relatori, non a caso, furono un democristiano ed un appartenente al P.S.I.U.P., vale a dire – rispettivamente – gli on. La Pira e Basso), i quali così disponevano:

Art. 1. – La presente Costituzione, al fine di assicurare l'autonomia, la libertà e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale, riconosce e garantisce i diritti inalienabili e sacri dell'uomo sia come singolo, sia nelle forme sociali nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona

Art. 2. – Gli uomini, a prescindere dalla diversità di attitudini, di sesso, di razza, di nazionalità, di classe, di opinione politica e di religione, sono uguali di fronte alla legge e hanno diritto a uguale trattamento sociale.

È compito perciò della società e dello Stato eliminare gli ostacoli di ordine economico-sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza degli individui, impediscono il raggiungimento della piena dignità della persona umana e il completo sviluppo fisico, economico, culturale e spirituale di essa⁶⁷.

⁶⁵ V. l'ordine del giorno in A.A.C., pp. 21-22.

⁶⁶ Stretto è ovviamente il rapporto tra *dignità* e valore della *persona umana*, che – com'è stato efficacemente sottolineato – «[...] è incontestabilmente il valore primario, intorno al quale tutto ha da essere ordinato»: così L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, p. 45. Nell'ottica della ricerca di un consenso di base sull'importanza della *persona* nell'ambito della Costituzione assume rilievo, in particolare, il noto scambio tra l'on. Dossetti (democristiano) e l'on. Togliatti (comunista) nella seduta del 09 settembre 1946. Secondo il primo, infatti, «[v]enendo alla sostanza, cioè all'ideologia comune che dovrebbe essere affermata come base dell'orientamento sistematico della dichiarazione dei diritti, egli pone questa domanda: si vuole o non si vuole affermare un principio antifascista o afascista che non sia riconoscimento della tesi fascista della dipendenza del cittadino dallo Stato, ma affermi l'anteriorità della persona di fronte allo Stato? *Se così è, ecco che si viene a dare alla Costituzione una impostazione ideologica, ma di una ideologia comune a tutti*» (in A.A.C., p. 20, corsivo nostro). Proseguendo, l'on. Dossetti «[a]fferma di non riferirsi a nessuna concessione dall'alto, ma di voler far derivare questa dichiarazione dei diritti dalla persona; però questa visione dell'anteriorità della persona non può arrestarsi ad una visione puramente corporea della persona stessa. E in questo non crede che l'onorevole Togliatti troverà motivo di dissenso, per la semplice ragione che su questo punto oramai si può dire che tutto il pensiero moderno – anche quello che potrebbe essere vicino alle fonti di ispirazione dell'onorevole Togliatti – in un certo senso può dirsi concorde. Questo concetto fondamentale dell'anteriorità della persona, della sua visione integrale e dell'integrazione che essa subisce in un pluralismo sociale, che dovrebbe essere gradito alle correnti progressive qui rappresentate, può essere affermato con il consenso di tutti (in A.A.C., p. 21). L'on. Togliatti, dichiarando che, a suo avviso, le parole dell'on. Dossetti offrivano «un ampio terreno di intesa», replicava che «[s]enza entrare in merito ai vari argomenti sviluppati, desidera soffermarsi su un punto che l'onorevole Dossetti ha indicato come quello di una eventuale differenziazione, cioè il rapporto tra la persona e lo Stato. Non vede perché ci si dovrebbe differenziare dalla tendenza che vede affiorare dalle spiegazioni dell'onorevole La Pira e da quanto ha detto l'onorevole Dossetti. Per suo conto, lo Stato è un fenomeno storico, storicamente determinato, e la dottrina che egli rappresenta sostiene che lo Stato, ad un certo momento, dovrebbe scomparire; mentre sarebbe assurdo si pensasse che debba scomparire la persona umana. È d'accordo anche che un regime politico, economico e sociale, è tanto più progredito quanto più garantisce lo sviluppo della personalità umana. Egli e l'onorevole Dossetti potrebbero dissentire nel definire la personalità umana; però ammette che possa essere indicato come il fine di un regime democratico quello di garantire un più ampio e più libero sviluppo della persona umana» (in A.A.C., p. 21).

⁶⁷ Il testo riportato è quello degli articoli approvati dalla I Sottocommissione nella seduta dell'11 settembre 1946, in A.A.C., p. 35 (per il testo dell'art. 1) e p. 40 (per il testo dell'art. 2). Il testo originario delle due disposizioni, nella formulazione proposta dai relatori, è riportato in apertura della medesima seduta, in A.A.C., p. 31.

Al termine dei lavori della Commissione dei 75, il testo dell'art. 1 predisposto dalla I Sottocommissione viene trasfuso nell'art. 6 del progetto elaborato dalla Commissione, ai sensi del quale

Per tutelare i principi inviolabili e sacri di autonomia e dignità della persona e di umanità e giustizia fra gli uomini, la Repubblica italiana garantisce i diritti essenziali agli individui ed alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale.

Durante la discussione in Assemblea Plenaria era l'on. Moro a sottolineare il raggiungimento di una convergenza di posizioni tra le contrapposte ideologie, sulla base di alcuni valori fondamentali. L'esponente democristiano infatti dichiarava:

Aveva detto l'onorevole Togliatti che bisognava che la nostra Costituzione fosse una Costituzione non ideologica, che in essa o per essa fosse possibile una libera azione non soltanto delle varie forze politiche, ma anche di tutti i movimenti ideologici che stanno nello sfondo delle forze politiche stesse. Riguardata così questa espressione, non può non trovare il nostro consenso. Preoccupati, come siamo stati e come siamo, di realizzare attraverso la nuova Costituzione italiana uno strumento efficace di convivenza democratica, noi non abbiamo mai cercato e neppure adesso cerchiamo di dare alla Costituzione un carattere ideologico. Però mi sembra necessario fare qualche precisazione su questo punto. Vi è una ideologia che può essere effettivamente qualificata di parte, ed è giusto che uno strumento di convivenza democratica quale è la nostra Costituzione, elimini un siffatto richiamo ideologico. *Ma vi è, da un altro punto di vista, una ideologia alla quale una Costituzione non può fare richiamo; ideologia non soltanto non pericolosa, ma necessaria.* [...] Divisi – come siamo – da diverse intuizioni politiche, da diversi orientamenti ideologici, *tuttavia noi siamo membri di una comunità, la comunità del nostro Stato e vi restiamo uniti sulla base di un'elementare, semplice idea dell'uomo, la quale ci accomuna e determina un rispetto reciproco degli uni verso gli altri*⁶⁸.

Questa ideologia «necessaria», alla quale la Costituzione, nelle parole dell'on. Moro, «non può non fare riferimento» e sulla quale non può non esservi concordia di vedute comprende anche la tutela della dignità umana. Commentando infatti l'art. 6 della Costituzione, l'on. Moro afferma:

Vi abbiamo lavorato per molti giorni. Ripeto, non abbiamo incontrato difficoltà di sostanza, abbiamo incontrato delle difficoltà di forma, di comprensione del nostro punto di vista. *In fondo in questa rivendicazione della dignità, della libertà dell'uomo, dell'autonomia della persona umana non vi poteva non essere concordanza.* L'onorevole Basso che lavorava con noi, dopo qualche esitazione di carattere formale, ha finito per convenire circa l'opportunità di formulare in un articolo, i principi inviolabili e sacri di autonomia e di dignità della persona⁶⁹.

⁶⁸ V. l'intervento nella seduta del 13 marzo 1947, in A.A.C., p. 2039 (corsivi nostri).

⁶⁹ V. l'intervento nella già menzionata seduta del 13 marzo 1947, in A.A.C., p. 2042 (corsivo nostro).

La Costituzione, nella sua versione definitiva, non ha mantenuto il riferimento esplicito alla dignità umana nei suoi primi articoli, rimanendo lo stesso presente solo nell'art. 41 c. 2 Cost. quale limite alla libertà di iniziativa economica, mentre all'art. 3 Cost. compare un richiamo alla «pari dignità sociale» dei cittadini ed all'art. 36 si menziona l'«esistenza dignitosa» del lavoratore⁷⁰. Non sembra possibile dubitarsi, tuttavia, che il bene fin qui esaminato continui a pervadere il testo della Costituzione come uno dei suoi valori di fondo, e che esso – in virtù della sua capacità di conciliare punti di vista contrapposti, talora anche radicalmente – possa essere considerato oggetto di quell'accordo maturato in regime di pluralismo ragionevole di cui si è fatto menzione in precedenza⁷¹.

La conclusione raggiunta è del resto avvalorata anche dalle parole della Corte costituzionale, nella sent. 293/2000, nella quale essa assume proprio la «dignità della persona umana» come elemento di base di quel consenso per intersezione, *deontologicamente orientato*, sul concetto di «comune sentimento della morale». Si tratta, come si è detto, di uno spunto importante, che consente alla Corte di ritenere superate anche le censure di indeterminatezza della fattispecie penale mosse dal remittente all'art. 15 l. 47/1948⁷². Come è stato tuttavia osservato, il ragionamento della Consulta presuppone che la nozione di «dignità umana» sia immediatamente comprensibile dall'interprete, assunto che – data l'ampiezza del dibattito teorico e giurisprudenziale che circonda tale figura – risulta tutt'altro che scontato⁷³. La decisione del giudice delle leggi, pertanto, per quanto condivisibile in linea di principio, non può che spostare l'indagine sui confini della «dignità umana», tema su cui ci si concentrerà nel prosieguo.

4. Le radici filosofiche della dignità umana.

Benchè vi sia sostanziale accordo di giuristi e filosofi sulla centralità della *dignità* nel sistema dei valori accolti dagli ordinamenti liberaldemocratici contemporanei, oltre che nell'ordinamento europeo ed in quello internazionale, le posizioni divergono notevolmente al momento di stabilire *cosa sia* quella dignità così solennemente proclamata dalle Dichiarazioni dei diritti e così compenetrata all'interno delle Carte costituzionali. Il concetto in esame si presenta

⁷⁰ Parimenti scomparso il riferimento alla «dignità umana» nell'art. 32 Cost., corrispondente all'art. 26 del progetto licenziato dalla Commissione dei 75, che così recitava: «La Repubblica tutela la salute, promuove l'igiene e garantisce cure gratuite agli indigenti. – Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge. Sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana»: si v. il dibattito al riguardo nella seduta del 24 aprile 1947, in A.A.C., p. 3295 ss. Se è vero, come si vedrà a breve (v. il par. successivo) che il *rispetto* del prossimo rappresenta una delle due dimensioni fondamentali della dignità umana, deve ritenersi che l'art. 32 Cost., nella sua attuale formulazione, riveli ancora chiaramente il valore di fondo che lo anima, nel momento in cui, al c. 2, dispone che «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

⁷¹ Così A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale*, cit., p. 65: «L'intero Progetto di Costituzione giunge in discussione nell'anno successivo. Sebbene in fase di approvazione esso subisca numerose modifiche che investono anche gli articoli relativi alla dignità [...] nell'intero testo rimane immutata l'ispirazione ad essa, riconosciuta come un valore centrale dell'intero ordinamento italiano anche laddove non si rintraccia un espresso riscontro letterale».

⁷² V. sent. 293/2000, cit., al § 4 del *Considerato in diritto*.

⁷³ V. M. CUNIBERTI, *Il limite del buon costume*, cit., p. 55: «Si tratta di un utilizzo originale del concetto di dignità umana, che postula però (il che non appare del tutto agevole da dimostrare) che il concetto di dignità ricostruito dalla Corte (dove per dignità si deve intendere quel contenuto minimo comune alle varie concezioni etiche che possono avere cittadinanza all'interno di una costituzione pluralistica) sia un concetto di evidenza immediata e di agevole individuazione: il che potrebbe non essere del tutto scontato, specie in una società che appare sempre più caratterizzata dalla problematica coesistenza di culture, religioni e tradizioni differenti».

infatti affetto da una «disarmante inafferrabilità»⁷⁴, che ne riflette la capacità di esprimere «valori e principi forti»⁷⁵, probabilmente più di quanti sia possibile cristallizzare in qualsivoglia formula definitoria. La locuzione *dignità umana* si presenta insomma – per mutuare l’efficace linguaggio di Emilio Betti – dotata di un «eccesso di contenuto deontologico (o assiologico, a dir si voglia)» rispetto alle norme giuridiche che tentino di darvi attuazione⁷⁶, tanto che non si è mancato di notare, da parte di taluno, che «ragionare di dignità sembra essere un modo di esprimere una serie di problemi di carattere morale, piuttosto che una tecnica per risolverli»⁷⁷. L’ineffabilità della nozione in parola, poi, conduce ad una (talora pericolosa) ambiguità dei risultati cui può pervenirsi mediante la sua applicazione sul piano pratico⁷⁸. Questione annosa ed assai discussa, ad esempio, è quella relativa al rapporto tra la dignità e la libertà individuale, posto che – com’è stato notato – l’utilizzo della dignità, per la sua ambivalenza, può condurre alla compressione della posizione del singolo in un’ottica illiberale e paternalista⁷⁹.

Di fronte a tali difficoltà, in questa sede non ci si propone di elaborare una definizione compiuta della locuzione «dignità umana», compito titanico che (anche ammessa la sua praticabilità) richiederebbe verosimilmente uno studio a parte. Piuttosto, volgendo lo sguardo alle ‘radici’ di tale nozione, ed all’elaborazione filosofica che su di essa è stata effettuata nel corso dei secoli, sembra possibile isolare alcuni aspetti o «dimensioni»⁸⁰ della *dignità umana* che costituiscano un punto di partenza sufficientemente solido per ogni riflessione che prenda le mosse da questo concetto. Sulla base di tali dimensioni sarà dunque condotta l’indagine circa il significato di un’operazione che assuma la dignità come contenuto centrale del «buon costume».

a) *La prima dimensione della dignità: la dignità-autonomia.*

⁷⁴ Così A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale*, cit., p. 14, che menziona anche «[l]a trascendenza e l’impalpabilità del concetto giuridico racchiuso nella formula linguistica “dignità umana”». Nella medesima prospettiva ragiona di «concetto di per sé sfuggente» G. RESTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 823, nota 64; e di concetto «denso di ambiguità» G. AZZARITI, *Intervento in AA.VV., I costituzionalisti e la tutela dei diritti*, cit., p. 67. Secondo F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit., p. 595, «[...] dignità umana è concetto dalla natura sfuggente, che mal si presta all’elaborazione di puntuali definizioni del suo contenuto giuridico soprattutto in ragione della varietà di “pregiudizi” di ordine filosofico e religioso dai quali è strettamente condizionato». La conclusione è ampiamente condivisa nell’ambito dei lavori dedicati al tema, tanto che talora gli Autori hanno dichiaratamente preferito rinunciare ad un tentativo definitorio vero e proprio (così ad es. A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale*, cit., p. 15 ss.), per concentrarsi sul ruolo concretamente assunto dalla dignità nell’ordinamento positivo.

⁷⁵ Così G. RESTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 823, nota 64.

⁷⁶ L’espressione è mutuata da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 211; cfr. anche G. SILVESTRI, *Considerazioni*, cit., par. 4, che impiega il medesimo linguaggio.

⁷⁷ Così D. FELDMAN, *Human Dignity*, cit., p. 688: «*It seems, then, that speaking of human dignity is a way of expressing a set of moral problems, rather than a technique to resolve them (in hard cases at any rate)*».

⁷⁸ In senso conforme ad es. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 825.

⁷⁹ V. ad es. D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value – Part I*, cit., p. 685: «*But we must not assume that the idea of dignity is inextricably linked to a liberal-individualist view of human beings as people whose life-choices deserve respect. If the state takes a particular view on what is required to live dignified lives, it may introduce regulations to restrict the freedom which people have to make choices which, in the state’s view, interfere with the dignity of the individual, a social group or the human race as a whole*»; e N. RAO, *On the Use and Abuse*, cit., p. 204: «*Despite its lofty appeal, human dignity as a constitutional principle may undermine individual rights and liberty*». Ma sul punto v. anche G. RESTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 823 ss., e ID., *La dignità*, cit., p. 265 ss., il quale riprende la distinzione tra «*dignity as empowerment*» e «*dignity as constraint*» formulata da D. BEYLEVED-R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, p. 11 ss.; G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 379 ss., e più di recente ID., *Costituzionalismo liberaldemocratico e libertà imposta*, in *Ragion pratica*, 2012, p. 131 ss. Una delle critiche all’utilizzo del concetto di *dignità* nel contesto americano espressa da parte della dottrina è legata proprio al timore che possano giustificarsi limitazioni ai diritti individuali in funzione della tutela di tale bene pubblico (operazione che viene vista come tipica dei sistemi costituzionali europei): v. sul punto N. RAO, *op. cit.*, *passim*.

Nell'uso quotidiano del termine, il sostantivo «dignità» richiama spesso l'idea di un valore, di un *decoro* intrinseco che è conferito da chi parla all'oggetto del suo discorso⁸¹. L'etimologia della parola conferma questo significato di base: *dignità* deriva infatti dalla locuzione latina *dignitas*, che indicava il particolare rispetto dovuto a taluno in virtù delle particolari qualità di cui era connotato ovvero dello *status* che ricopriva all'interno della *civitas*⁸². Come non si è mancato di notare, pertanto, nelle sue origini la *dignitas* aveva una forte connotazione aristocratica⁸³ e, in quanto tale, non era attribuito di *tutti* gli esseri umani. In effetti, talora il sostantivo in questione non era neppure associato a singole persone, ma ad un'intera popolazione (il popolo romano), ad un'istituzione, ovvero allo Stato (la *respublica*) nel suo complesso⁸⁴.

Nell'ambito del discorso giuridico moderno, tuttavia, il sostantivo «dignità» è spesso associato all'aggettivo «umana» (o alla locuzione «della persona») e richiama un concetto in certo senso differente⁸⁵, vale a dire quello di un valore dell'uomo in quanto tale, a prescindere dalle sue qualità personali, dal suo comportamento effettivo e dal suo *status* all'interno della società⁸⁶. È una caratteristica che non può essergli negata e che egli non può mai 'perdere' del tutto (benchè ne sia possibile una violazione sia da parte del titolare, sia da parte di terzi). In questi termini, ad esempio⁸⁷, la nozione di «dignità umana» compare all'interno del Preambolo alla Carta delle

⁸⁰ Ragiona di «dimensioni della dignità» R. DWORKIN, *Is Democracy Possible Here?*, trad. it. *La democrazia possibile: principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2007, p. 28 ss.

⁸¹ Un autorevole vocabolario della lingua italiana così definisce infatti la dignità: «1. Rispetto che l'uomo, conscio del proprio valore sul piano morale, deve sottolineare nei propri confronti ed imporre agli altri mediante un comportamento ed un contegno elevati [...] Decoro, rispettabilità»; per metonimia anche «2. Alto ufficio, civile o eccl., grado gerarchico elevato»: così G. DEVOTO-G.C. OLI, *Vocabolario illustrato della lingua italiana. Vol. I. A-L*, Milano, 1983, p. 791. Cfr. F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit., p. 586; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, cit., p. 11 ss.

⁸² Cicerone, che usa spesso il termine *dignità*, benchè con significati differenti, afferma che «*Dignitas is alicuius honesta et cultu et honore et verecundia digna auctoritas*»: così Cic., *De inventione*, 2.166. Ma v. anche Cic., *De Officiis*, 1.105-107, su cui v. H. CANKIK, «*Dignity of Man*» and «*Persona*» in *Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero*, *De Officiis I 105-107*, in AA.VV., *The Concept of Human Dignity*, cit., p. 22 ss., e L.R. KASS, *Defending Human Dignity*, cit., p. 14. Sul rapporto tra *dignità* e *status* nel mondo romano v., tra gli altri C. MCCRUDDEN, *Human Dignity*, cit., pp. 656-657; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, cit., p. 12 ss.; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, cit., p. 12 ss.

⁸³ Ma si fa notare che tale aggettivo dovrebbe essere inteso «meno nel senso di classe sociale e più nel senso di eccellenza umana (*aristos*, dal greco, significa «migliore»): così L.R. KASS, *Defending Human Dignity*, cit., p. 14. V. anche G.L. NEUMAN, *Human Dignity in United States*, cit., pp. 250-251, che ragiona di «dignità differenziale» («*differential dignity*»); J.Q. WHITMAN, «*Human Dignity*», cit., *passim*; e M. GENNUSA, *La dignità umana*, cit., p. 194, nota 13. Sul modello greco di dignità v. U. VINCENTI, *Diritti e dignità*, cit., p. 7 ss. Per una ricostruzione storica del concetto di *dignità* e per un'analisi della sua influenza sulla nascita dello Stato costituzionale v. anche M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., p. 19 ss.

⁸⁴ V. H. CANKIK, «*Dignity of Man*», cit., pp. 23-24; e C. MCCRUDDEN, *Human Dignity*, cit., p. 657.

⁸⁵ Benchè si sia notato che la differenza tra la prima concezione della *dignità* e la seconda non risieda tanto nell'idea di base, che rimane quella di un valore attribuito ad un oggetto, ma nell'identità dell'oggetto stesso, che nel secondo caso diviene l'essere umano: cfr. *amplius* al riguardo F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit., p. 587, nota 7.

⁸⁶ Si rammenti ad es. la definizione di S. COTTA, *Il diritto naturale e l'universalizzazione dei diritti*, in *Justitia*, 1991, p. 10, secondo cui la «dignità della persona umana» designa «[...] la dignità che spetta all'uomo di per se stesso, indipendentemente dal valore o disvalore dei suoi atti, per quella differenza ontologica dagli animali o dalle cose che determina l'*excellence humaine*». Nello stesso senso v. A. GEWIRTH, *Dignity as the Basis of Rights*, in AA.VV., *The Constitution of Rights*, cit., p. 15, ove si afferma che la dignità umana «[...] must be a characteristic of criminals as well as saints, of cowards as well as heroes, of fools as well as sages, of mental defectives as well as mentally normal persons, of slaves as well as masters, of subjects as well as lords, of disease-ridden invalids as well as athletes, of drug addicts as well as well-fed capitalists, and so forth». Cfr. anche G.L. NEUMAN, *Human Dignity in United States*, cit., pp. 249-250; C. MCCRUDDEN, *Human Dignity*, cit., p. 679, il quale tenta di enucleare il «nucleo centrale» («*central core*») di un concetto «intersecante» («*overlapping*») di dignità umana, e ne individua tre aspetti. Sulla base del primo di essi, che egli denomina «ontologico», si ha che «ciascun essere umano possiede un valore intrinseco, per il mero fatto di essere umano» («[...] every human being possesses an intrinsic worth, merely by being human»); nonché F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit., p. 587 ss.; e G. GEMMA, *Costituzionalismo liberaldemocratico*, cit., p. 129.

⁸⁷ Una rassegna di fonti internazionali e nazionali che richiamano la *dignità umana* è effettuata da C. MCCRUDDEN, *Human Dignity*, cit., p. 664 ss. Cfr. anche G. RESTA, *La dignità*, cit., p. 259 ss.

Nazioni Unite, laddove si annuncia la «fiducia nella dignità e nel valore della persona umana»⁸⁸; nonché nella celebre Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea Generale dell'O.N.U., laddove si ragiona di «dignità inerente» dell'uomo⁸⁹.

Anche questo diverso concetto di *dignità* ha radici antiche⁹⁰, che affondano nella filosofia stoica⁹¹ e che nel mondo romano si ritrovano già in età classica negli scritti di Marco Tullio Cicerone (e segnatamente nel trattato *De Officiis*⁹², dove la locuzione *dignitas* è impiegata per la prima volta nell'accezione in parola⁹³) si basa sull'idea che l'essere umano, all'interno del creato, ricopra una posizione privilegiata rispetto agli altri esseri viventi⁹⁴, in virtù della sua intelligenza e capacità di giudizio⁹⁵, che gli consente di operare scelte di valore e di controllare le proprie passioni⁹⁶. Questa concezione viene ripresa anche in età medievale, risultando in linea con la filosofia cristiana e la convinzione che l'uomo, fatto a immagine e somiglianza di Dio, sia dotato di ragione e libero arbitrio⁹⁷; e la visione in esame ha grande successo anche durante l'umanesimo rinascimentale, ove trova grande eco nel trattato *De dignitate et excellentia hominis*⁹⁸ di Giannozzo Manetti e nella celebre *Orazione sulla dignità dell'uomo* di Pico della Mirandola⁹⁹. In età successiva sarà ripresa da altri filosofi, tra cui Samuel Pufendorf nel suo *De iure naturae et gentium*¹⁰⁰, ma è

⁸⁸ Preambolo della Carta delle Nazioni Unite, firmato il 26 giugno 1945, reperibile on-line su <http://www.un.org/en/documents/charter/preamble.shtml>.

⁸⁹ «Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation for freedom, justice and peace in the world...». così il Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea Generale dell'O.N.U. il 10 dicembre 1948, reperibile on-line su <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>. Sul concetto di dignità umana all'interno della Dichiarazione v. ad es. K. DICKE, *The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights*, in AA.VV., *The Concept of Human Dignity*, cit., p. 111 ss.

⁹⁰ Per una storia dell'idea di dignità "intrinseca" v. più estensivamente H. CANCIK, "Dignity of Man", cit., p. 19 ss.; C. STARCK, *The Religious and Philosophical Background of Human Dignity and Its Place in Modern Constitutions*, in AA.VV., *The Concept of Human Dignity*, cit., p. 179 ss.; e C. MCCRUDDEN, *Human Dignity*, cit., p. 656 ss.

⁹¹ V. F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit., pp. 587-588. Alcuni studiosi ritengono tuttavia che, nel suo brano riguardante la *dignità umana*, Cicerone (*infra*, alle note immediatamente seguenti) abbia preso ispirazione dal filosofo stoico greco Panezio di Rodi (~185 a.C. – ~110 a.C.), citato spesso dall'Autore romano. Più di preciso, Cicerone trarrebbe in questo caso spunto dal trattato (perduto) *Sui doveri (peri kathekónton)*, risalente circa al 128 a.C. Sulla questione v. H. CANCIK, "Dignity of Man", cit., p. 22.

⁹² I brani in questione si trovano in Cic. *De Off.*, I, cap. 105 ss.

⁹³ Benchè anche in questo caso H. CANCIK, "Dignity of Man", cit., p. 22, riporti l'opinione accademica secondo cui l'espressione «*dignità dell'uomo*», utilizzata da Cicerone, sarebbe stata impiegata in precedenza (nell'equivalente greco) da Panezio, cui sarebbe dunque attribuibile il primo uso della locuzione in esame.

⁹⁴ Cic. *De off.*, I, 105: «*Sed pertinet ad omnem officii quaestionem semper in promptu habere, quantum natura hominis pecudibus reliquisque beluis antecedit; illae nihil sentiunt nisi voluptatem ad eamque feruntur omni impetu, hominis autem mens discendo alitur et cogitando, semper aliquid aut anquirit aut agit videndique et audiendi delectatione ducitur*». Sul punto v. S. COTTA, *Il diritto naturale*, cit., p. 10; H. CANCIK, "Dignity of Man", cit., pp. 25-26, e C. STARCK, *The Religious and Philosophical Background*, cit., p. 180.

⁹⁵ Cic., *De off.*, I, 107: «*Intellegendum etiam est duabus quasi nos a natura indutos esse personis; quarum una communis est ex eo, quod omnes participes sumus rationis praestantiaeque eius, qua antecellimus bestiis, a qua omne honestum decorumque trahitur et ex qua ratio inveniendi officii exquiritur, altera autem quae proprie singulis est tributa*» (enfasi aggiunta).

⁹⁶ Cic., *De Off.*, I, 106: «*Ex quo intellegitur corporis voluptatem non satis esse dignam hominis praestantia eamque contemni et reici oportere, sin sit quispiam, qui aliquid tribuat voluptati, diligenter ei tenendum esse eius fruendae modum. Itaque victus cultusque corporis ad validitatem referatur et ad vires, non ad voluptatem. Atque etiam, si considerare volumus, quae sit in natura excellentia et dignitas, intellegemus, quam sit turpe diffuere luxuria et delicate ac molliter vivere, quamque honestum parce, continenter, severe, sobrie*». Per un'analisi del brano v. H. CANCIK, "Dignity of Man", cit., p. 21.

⁹⁷ See Y. ARIELI, *The Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man*, in AA.VV., *The Concept of Human Dignity*, cit., p. 9; Y. LORBERBAUM, *Blood and the Image of God: On the Sanctity of Life in Biblical and Early Rabbinic Law, Myth, and Ritual*, ivi, p. 55 ss.; C. STARCK, *The Religious and Philosophical Background*, cit., p. 180; F. SACCO, *Note sulla dignità*, cit., p. 589; G. BOGNETTI, *The Concept of Human Dignity*, cit., p. 89 ss.

⁹⁸ G. MANETTI, *De dignitate et excellentia hominis*, Francoforte, 1975 (1452/1453).

⁹⁹ G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Discorso sulla dignità dell'uomo*, a cura di F. Bausi, Parma, 2003 (1486).

¹⁰⁰ V. S. PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo* (1688), II, reperibile on-line su <http://www.archive.org>, spec. 2.1.5.

certamente Immanuel Kant l'autore che apporta il più rilevante contributo all'emersione del concetto moderno di *dignità umana*¹⁰¹. Specialmente nella *Fondazione della metafisica dei costumi*¹⁰² e nella *Dottrina della virtù*¹⁰³, il filosofo tedesco elabora infatti ulteriormente l'idea di una dignità intrinseca dell'uomo, liberandola dagli elementi religiosi che ne avevano segnato la nascita nelle epoche precedenti e che l'avevano accompagnata anche durante il Rinascimento¹⁰⁴. L'importanza dell'opera di Kant sul tema che qui interessa è tale da non poter essere ignorata da chiunque decida di avventurarsi sul terreno della dignità umana.

Ora, riteniamo che le diverse posizioni cui si è accennato, pur se espresse in epoche culturali anche distanti tra loro, siano accomunate da un 'filo rosso', un elemento comune che consenta di far luce su un aspetto della *dignità umana* utile per l'indagine in corso. Le prospettive in esame, infatti, condividono la convinzione che l'uomo abbia un valore peculiare, nel quale si sostanzia la sua *dignità*, in virtù della sua capacità di ragionamento e di discernimento¹⁰⁵. Si tratta di un'idea, si è detto, di origine stoica, ed ampiamente ripresa dalla teologia cristiana medievale, che ha visto l'uomo come unico essere in grado di *scegliere* tra valori contrastanti¹⁰⁶, tra il bene ed il male¹⁰⁷, come la Chiesa cattolica contemporanea – raccogliendo l'eredità dell'elaborazione filosofica di età precedente – ha continuato e continua tuttora a sostenere¹⁰⁸. In epoca rinascimentale, l'esaltazione della condizione umana legata all'Umanesimo seguì la stessa direzione: basti ricordare, ad esempio, l'opera di Pico, dove la capacità di scelta dell'uomo viene

¹⁰¹ Vi è chi ha definito Kant «il padre della concezione moderna di dignità umana»: così G. BOGNETTI, *The Concept of Human Dignity*, cit., p. 89.

¹⁰² I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Bari, 2010 (1785).

¹⁰³ La *Dottrina della virtù* kantiana, com'è noto, è parte della sua *Metafisica dei costumi*: si v. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, trad. it. *Metafisica dei costumi*, Milano, 2006 (1797), p. 363 ss.

¹⁰⁴ Cfr. C. MCCRUDDEN, *Human Dignity*, cit., p. 659.

¹⁰⁵ G.L. NEUMAN, *Human Dignity in United States*, cit., p. 251, il quale nota che, in questa prospettiva, il concetto di *dignità umana* (intrinseca) deriva da quello di «dignità differenziale» («*differential dignity*»), nel senso che l'uomo possiederebbe maggiore dignità degli altri esseri viventi.

¹⁰⁶ Si v. ad es. TOMMASO D'AQUINO, *Somma contro i Gentili*, Torino, 1975 (1258-1264), p. 838 (Libro III, Cap. CXI). Sul punto, e per un'analisi del pensiero dell'Aquinate, v. anche J. FINNIS, *Aquinas*, Oxford, 1998, p. 178 ss.

¹⁰⁷ Ciò che rappresenta ad un tempo un dono (il libero arbitrio), ma anche la causa prima della caduta dell'uomo: «*Et eritis sicut Deus, scientes bonum et malum*», sibila infatti il serpente ad Eva nel Libro della Genesi (Gen. 3:5), tentandola a mangiare del frutto dell'albero proibito.

¹⁰⁸ V. ad esempio la Dichiarazione sulla libertà religiosa *Dignitatis Humanae*, adottata il 7 dicembre 1965, che stabilisce l'esistenza di un diritto alla libertà religiosa il quale «[...] si fonda realmente sulla stessa dignità della persona umana quale l'hanno fatta conoscere la parola di Dio rivelata e la stessa ragione» (*Dignitatis Humanae*, § 2). Questa concezione è diffusa tra i filosofi cattolici moderni e contemporanei: per tutti basti ricordare il pensiero di Jacques Maritain (v. ad es. J. MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, trad. it. *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Firenze, 1977, p. 6: «La persona umana ha una dignità assoluta perché è in una relazione diretta con l'assoluto nel quale solo può trovare il suo pieno compimento; sua patria spirituale è tutto l'universo dei beni aventi valore assoluto, che riflettono in qualche modo un Assoluto superiore al mondo e che la attraggono a lui»). Nel suo saggio sui limiti alla *morals legislation* basato sul documento in questione, Gregory Kalscheur prende in considerazione alcuni autorevoli commenti alla Dichiarazione (specialmente quelli di Pietro Pavan, John Courtney Murray e Herminio Rico) e riconosce che «*Human dignity, therefore, gives rise to 'a sphere of autonomy', 'a sanctuary that needs to be guarded against intrusion in order for [the person's] dignity not to be harmed' [...] Autonomy, or responsible freedom, therefore, is understood as the freedom to take responsibility for the sort of person one chooses to become. Absent any threat to public order, therefore, human dignity demands that each person be given the possibility of deciding how to act, even if it can be seen clearly that the way the person is deciding is objectively wrong.*» (G.A. KALSCHOUR, *Moral Limits on Morals Legislation*, cit., p. 12, il quale cita P. PAVAN, *Ecumenism and Vatican II's Declaration on Religious Freedom*, in AA.VV., *Religious Freedom, 1965-1975: A Symposium on a Historic Document*, a cura di W.J. Burghardt, New York, 1976, p. 172, e H. RICO, *John Paul II and the Legacy of Dignitatis Humanae*, Washington, 2002, pp. 66-67.

riassunta nella celebre metafora del camaleonte, o nel paragone tra l'uomo e l'essere mitologico Proteo, in grado di cambiare forma a piacimento¹⁰⁹.

Kant, poi, collegò espressamente la dignità – intesa come attitudine ad un «valore interiore assoluto»¹¹⁰ – alla moralità, ed in particolare al concetto di *autonomia*, che egli definì il «supremo principio della moralità»¹¹¹. Nella visione del filosofo di Königsberg, l'uomo, in quanto essere razionale, è suscettibile di essere autonomo, vale a dire – secondo la nota definizione – un «legislatore nel regno dei fini attraverso la libertà della volontà»¹¹². Per tale ragione, egli è «sottoposto solo alla *propria* e tuttavia *universale legislazione*, e che egli era solo obbligato ad agire in modo conforme alla sua propria volontà, secondo il fine della natura, ma come volontà universalmente legislatrice»¹¹³; ciò conduce alla conclusione che «[l']*autonomia* è dunque il fondamento della dignità della natura umana e di ogni natura razionale»¹¹⁴. Il concetto kantiano di autonomia è stato oggetto di dibattito tra gli studiosi, ed è stato sottoposto ad interpretazioni talora contrastanti¹¹⁵, ma sembra comunque corretto affermare che «giusto o sbagliato che sia, la concezione di dignità associata in maniera più stretta a Kant risulta essere l'idea di dignità come autonomia; vale a dire l'idea che riconoscere dignità alle persone significa trattarle come individui autonomi in grado di scegliere il proprio destino»¹¹⁶.

¹⁰⁹ V. G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Discorso*, cit., pp. 11-15: «O Adamo, non ti abbiamo dato una sede determinata, né alcun dono peculiare, affinché quella sede, quella figura, quei doni che tu stesso sceglierai, tu li possedga come tuoi propri, secondo il tuo desiderio e la tua volontà [...] O somma liberalità di Dio Padre, somma e mirabile felicità dell'uomo, cui è concesso di ottenere ciò che desidera, di essere ciò che vuole! [...] Chi non ammirerà questo nostro camaleonte? O, in generale, chi maggiormente ammirerà qualcos'altro? Di lui, non senza ragione, Asclepio ateniese disse che nei misteri, a causa della sua natura mutevole e capace di assumere le fogge più diverse, era simboleggiato da Proteo».

¹¹⁰ I. KANT, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 485; v. anche *ultra*, p. 547, ove l'Autore ragiona di «valore che non ha prezzo»; nonché *Id.*, *Fondazione*, cit., p. 103: «[...] ciò che costituisce la condizione sotto la quale, soltanto, qualcosa può essere un fine in se stesso, non ha semplicemente un valore relativo, ossia un prezzo, ma un valore intrinseco, ossia *dignità*» (corsivo testuale).

¹¹¹ V. I. KANT, *Fondazione*, cit., p. 115.

¹¹² I. KANT, *Fondazione*, cit., p. 101.

¹¹³ I. KANT, *Fondazione*, cit., p. 99 (corsivi testuali).

¹¹⁴ I. KANT, *Fondazione*, cit., p. 105 (corsivo testuale).

¹¹⁵ Sul punto v. ad es. J. FEINBERG, *Autonomy*, in AA.Vv., *The Inner Citadel. Essays on Personal Autonomy*, a cura di J. Christman, Oxford, 1989, pp.; T.E. HILL JR., *The Kantian Conception of Autonomy*, *ivi*, p. 91; J. WALDRON, *Moral Autonomy and Personal Autonomy*, in AA.Vv., *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, a cura di J. Christman-J. Anderson, Cambridge, 2005, p. 308 ss.; R.S. TAYLOR, *Kantian Personal Autonomy*, in *Political Theory*, 33, 2005, p. 602 ss.

¹¹⁶ «*Whether rightly or wrongly, the conception of dignity most closely associated with Kant is the idea of dignity as autonomy; that is, the idea that to treat people with dignity is to treat them as autonomous individuals able to choose their destiny*»: C. MCCRUDDEN, *Human Dignity*, cit., pp. 659-660. Occorre sottolineare un aspetto significativo: benché l'idea della *scelta* sia presente negli scritti degli Autori citati ed in quelli di Kant, fino a questo momento il rilievo attribuito alla *capacità* dell'uomo di *scegliere* tra sistemi di valori contrastanti non implica in alcun modo una neutralità dell'Autore circa i risultati di questa opzione. Sia per i pensatori stoici che per quelli cristiani è sempre stato chiaro che esiste una scelta *giusta*, che esprime cioè il modo corretto dell'uomo di fare uso della sua natura razionale. La *dignità*, che è attribuito potenziale consistente nel potere di decidere del proprio destino – viene compiutamente realizzata solo se l'uomo decide in una specifica maniera. Anche il «legislatore nel regno dei fini» di cui fa parola Kant non è libero di adottare *qualunque* legge egli ritenga opportuna, giacché la vera legge morale deve soddisfare ben determinati requisiti. Le origini del collegamento tra *dignità* e *autodeterminazione* possono dunque essere ricondotte alle correnti di pensiero menzionate, ma «la rivendicazione centrale della modernità – l'autonomia dell'uomo, la sua capacità di essere signore del proprio destino e creatore del proprio futuro» (nelle parole di Y. ARIELI, *The Emergence of the Doctrine*, cit., p. 12, traduzione nostra) richiede un'evoluzione ulteriore. Il percorso che conduce ad una visione maggiormente relativistica dell'autonomia individuale (o, secondo una differente terminologia, alla «autonomia personale» *stricto sensu* intesa) è attribuita da taluno (v. ad es. R.S. TAYLOR, *Kantian Personal Autonomy*, cit., p. 602) al liberalismo di età romantica, ed in particolare al «libero dispiegarsi della personalità» di cui fa parola John Stuard Mill: v. J.S. MILL, *La libertà*, cit. Ma v. anche W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, trad. it., *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, Soveria Mannelli, 2004 (1792), p. 49 ss.

Nel panorama filosofico contemporaneo, troviamo altri indizi del collegamento tra *dignità* e *autonomia*, per esempio, nell'opera di Ronald Dworkin¹¹⁷ – secondo cui l'autonomia rappresenta una delle due *dimensioni* della dignità – ed in quella di Alan Gewirth¹¹⁸, che tenta di dimostrare la derivazione dei diritti civili dal concetto di *dignità*. Secondo Gewirth, in particolare, deve ritenersi che ogni individuo sia un *agente potenziale*, che opera in base al valore che egli stesso assegna a determinati fini¹¹⁹. Poiché è lui stesso ad attribuire valore ai fini (che dunque non ne hanno per sé), egli non può fare a meno di riconoscere anche il valore della propria persona, che rappresenta l'origine di tutti i fini perseguiti. Questo *valore* non è altro che la *dignità umana*. Oltre ad apprezzare la dignità della propria persona, tuttavia, l'individuo è logicamente obbligato ad ammettere la sussistenza della medesima qualità negli altri esseri umani, posto che ciascuno di essi, come lui, rappresenta un agente potenziale che opera secondo l'importanza assegnata a determinati fini¹²⁰. Anche questa teoria collega dunque la *dignità* alla ragione ed alla libera volontà dell'uomo, che si manifesta attraverso la *scelta* del valore attribuito dall'agente agli scopi che intende perseguire¹²¹.

Il discorso fin qui svolto – benchè incompleto e suscettibile di ulteriori esemplificazioni – dovrebbe fornire una solida base filosofica all'idea che una prima dimensione della *dignità umana* consista nell'*autonomia individuale*, intesa come garanzia della libertà di scelta dell'individuo riguardo alle alternative comportamentali che incidono sulla sua possibilità di auto-realizzazione¹²². Ci sembra infatti che questa capacità dell'uomo di decidere che tipo di vita condurre¹²³, di avere –

¹¹⁷ V. R. DWORKIN, *La democrazia possibile*, cit., p. 28 ss., e ID., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, 2011, p. 202 ss., spec. 209 ss.

¹¹⁸ V. A. GEWIRTH, *Dignity as the Basis of Rights*, cit.

¹¹⁹ L'Autore precisa che, ai fini del discorso, il valore attribuito a tali fini dipende soltanto dall'opinione dell'agente e non deve necessariamente conformarsi a *standard* immutabili: «*The goodness or worth that is here in question need not, at this stage of the argument, be moral or other specific kind of goodness; it varies with all the various purposes that agents may have. Nor need the judgment of goodness be regarded as conclusive or definitive; it might be highly tentative or contingent, depending in part on the relation of the agent's particular purpose to other purposes or values he may have [...]* But in all cases of purposive action there is a necessary element of valuation, of estimation of worth, that derives from the agent's unforcedly choosing to act for some end or purpose he wants to attain, even if this consists only in doing the action itself» (così A. GEWIRTH, *Dignity as the Basis of Rights*, cit., p. 21).

¹²⁰ Per un'esposizione più dettagliata della posizione dell'Autore v. A. GEWIRTH, *Dignity as the Basis of Rights*, cit., p. 19 ss.

¹²¹ V. A. GEWIRTH, *Dignity as the Basis of Rights*, cit., p. 17 ss.: l'Autore richiama espressamente le origini storiche della sua posizione, che sono ricondotte alla filosofia stoica. V. anche J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, 2008, p. 152: «*The sort of dignity relevant to human rights is that of a highly prized status: that we are normative agents*».

¹²² Cfr. A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, pp. 545-546, secondo il quale uno dei quattro aspetti in cui si sostanzia il rispetto della *dignità umana* è «[...] *the assurance of the possibility for individual choice and the conditions for "each individual's self-fulfilment", autonomy, or self-realization*»; in senso analogo ad es. V. PACILLO, «*Rovescio della dignità*», cit., p. 147, il quale individua quattro obblighi per i pubblici poteri derivanti dal concetto di dignità, uno dei quali impone che «[debba essere] garantita in astratto a tutti i consociati la possibilità di scelte individuali autonome dirette alla realizzazione di sé». Ma v. anche T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, p. 43: «Non è difficile intuire quanto il valore dell'autonomia giuochi un ruolo rilevante nelle autorappresentazioni della condizione esistenziale dell'uomo e conferisca valore alle pretese normative che da ognuna di tali autorappresentazioni dell'uomo può promanare. Secondo tale impostazione, dunque, la libertà della persona di rappresentare a se stesso ed agli altri la propria dimensione esistenziale costituisce il fondamento da cui ha cominciato a prendere corpo quella nozione moderna e secolarizzata di dignità della persona cui l'autonomia appare strettamente connessa» (corsivo aggiunto). Sulla correlazione tra autodeterminazione, dignità e costituzionalismo liberale v. G. GEMMA, *Costituzionalismo liberaldemocratico*, cit., p. 136 ss.

¹²³ V. R. DWORKIN, *La democrazia possibile*, cit., p. 28 ss. Dworkin sostiene che una delle due dimensioni della *dignità umana* «afferma che ogni persona è responsabile del successo della propria vita, responsabilità che include il giudicare e scegliere che tipo di vita condurre per realizzarsi. Un individuo non deve consentire a nessun altro di dettare a lui i suoi valori personali o di imporglieli senza il suo consenso. Potrà magari rifarsi ai giudizi codificati in una particolare tradizione religiosa, a leader o testi religiosi, o a maestri laici. Ma deve essere una sua decisione, che riflette il suo giudizio di fondo su come gestire la sua responsabilità per la sua vita» (*op. cit.*, p. 28). L'Autore ha di recente ribadito questa posizione in ID., *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 204 e 209 ss., ove questa seconda dimensione della *dignità* viene chiamata «principio di autenticità» («*principle of authenticity*»). V. anche O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *Am. J. Int'l L.*, 77, 1983, p. 850; G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., p. 49; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e*

nelle parole di una già citata sentenza della Corte Suprema americana – il «controllo sul proprio destino»¹²⁴, sia una componente fondamentale del concetto di *dignità umana*. Al riguardo, riteniamo che l'opinione di Gewirth si riveli particolarmente convincente: negare ad un individuo¹²⁵ questa possibilità di scelta, impedirgli di essere padrone delle proprie azioni e della propria esistenza – in assenza di una valida ragione per fare ciò – significa in ultima istanza negargli il suo valore e degradarlo come essere umano. Ciò in quanto, in tal modo, si mancherebbe di riconoscere che l'individuo in questione è un agente razionale al pari nostro, un essere dotato di discernimento ed in grado di effettuare scelte di valore e di stabilire da sé quali fini perseguire¹²⁶. In altre parole, negare ad un soggetto la sua autonomia significa trattarlo come *qualcosa di meno* di un essere umano, violando così la sua intrinseca dignità¹²⁷.

Questa prima dimensione della *dignità umana* trova importanti conferme, nell'ordinamento italiano, sia sul piano positivo che su quello giurisprudenziale.

Con riguardo al primo aspetto, non può farsi a meno di menzionare, ovviamente, il catalogo dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione repubblicana, i quali sono funzionali ad assicurare all'individuo la piena realizzazione della propria persona, al di là dell'ingerenza dei pubblici poteri. Così in particolare la libertà personale (nella sua duplice componente negativa – vale a dire immunità dalla coercizione fisica – e positiva – quale diritto di disporre liberamente della propria persona), la libertà di manifestazione del proprio pensiero, la libertà di coscienza e di religione etc.: sono tutte situazioni giuridiche soggettive idonee ad assicurare all'individuo un'ampia (ma naturalmente non illimitata) *self-determination* nei più vari aspetti della sua esistenza, in modo da rendere quest'ultima quanto più conforme possibile alla sua personalità.

Ancora, l'autonomia personale sembra trovare un altro referente nell'art. 32 Cost., sia al comma 1, laddove è tutelato il diritto alla salute, da intendersi – secondo l'opinione della dottrina e della giurisprudenza dominanti – come comprensivo anche del suo aspetto negativo, vale a dire di un vero e proprio «diritto alla *non salute*»; sia al comma 2, laddove è posta una riserva di legge per l'introduzione di trattamenti sanitari obbligatori, così confermando che, in linea generale, la

dignità, cit., p. 50: «Privo di un contenuto costitutivo predeterminato, il concetto di dignità della persona indica piuttosto una predisposizione dell'uomo ad improntare la propria condizione esistenziale verso la costruzione di una propria identità, in relazione a fini che egli stesso si è dato, senza subire valori imposti dall'esterno ma sempre pronto a riconoscere e garantire uguale libertà di autodeterminazione per tutti gli altri soggetti dell'ordinamento assicurando così pluralismo e diversità».

¹²⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*, 505 U.S., 869.

¹²⁵ Precisiamo che, ai fini del presente discorso, prendiamo in considerazione un individuo adulto nel pieno possesso delle sue facoltà mentali. Anche i filosofi di impronta *liberal* accettano infatti forme di interferenza nell'attività dei singoli – anche se impegnati in attività esclusivamente *self-regarding* – quando costoro siano immaturi o incapaci per qualche altra ragione, e non sembra vi sia ragione di opinare diversamente. V. ad es. H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, cit., p. 52; J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, Oxford, 1989, p. 12 ss., il quale sostiene che il divieto di condotte che, a causa delle condizioni personali dell'agente, non possono considerarsi interamente *volontarie* può difficilmente essere definito paternalismo in senso proprio. Cfr. anche O. SCHACHTER, *Human Dignity*, cit., p. 850. Deve peraltro sottolinearsi che, nel discorso fin qui condotto, l'autonomia è stata considerata nel suo aspetto di attributo *potenziale* di ciascun essere umano: il fatto che l'immaturità del soggetto o altre circostanze diminuiscano le sue capacità intellettive, impedendogli di fatto una libera e consapevole scelta, non inficia in alcun modo le conclusioni raggiunte con riguardo all'autonomia individuale quale componente essenziale della *dignità umana*.

¹²⁶ Il riconoscimento in questione non comporta, tuttavia, che l'osservatore debba condividere gli obiettivi dell'agente, ovvero essere almeno indifferente rispetto ad essi. Chi assiste all'esercizio dell'autonomia da parte dell'agente potrebbe ritenere che le scelte che questi compie siano sbagliate e, nella sua qualità di essere razionale, potrebbe ritenere opportuno tentare di l'agente a comportarsi diversamente. Ciò che conta, tuttavia, non è quello che l'osservatore, o qualsiasi altro membro della società pensa delle scelte dell'agente: a nostro avviso ciò che conta è la *scelta* stessa o, più precisamente, la *capacità di scegliere*, che costituisce elemento fondamentale della dignità e deve essere rispettata.

¹²⁷ V. ad es. S.J. HEYMAN, *Free Speech*, cit., pp. 38-39.

decisione di sottoporsi o meno alle cure mediche è rimessa alla valutazione del soggetto, sulla base di quelle che sono le sue concezioni della vita e della propria condizione¹²⁸.

Con riguardo alle pronunce giurisprudenziali (ed avvisandosi che, in questa sede, può procedersi soltanto in via esemplificativa), nella giurisprudenza costituzionale¹²⁹ l'attinenza alla *dignità umana* delle scelte individuali in relazione alle occupazioni ed alle attività lecite è affermata dalla Corte già in tempi risalenti. Così nella sent. 3/1957¹³⁰ la Corte statuisce che

[Invero] il principio enunciato nel comma primo dell'art. 3 della Costituzione sta a significare che debbesi riconoscere ad ogni cittadino uguale dignità pur nella varietà delle occupazioni o professioni, anche se collegate a diverse condizioni sociali; *perché ogni attività lecita è manifestazione della persona umana, indipendentemente dal fine cui tende e dalle modalità con cui si compie*¹³¹.

In termini chiari ed espliciti, in ogni caso, la tutela della prima dimensione della dignità emerge nella sent. 467/1991¹³², laddove la Corte, trattando del caso dell'obiezione di coscienza, si sofferma sulla salvaguardia della coscienza individuale e sulla correlazione di quest'ultima con la *dignità umana*. Si legge così nella pronuncia:

Di qui deriva che – quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) o della propria fede religiosa (art. 19 della Costituzione) – *la sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti*, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana¹³³.

Sempre in ambito di autodeterminazione in materie relative alle proprie convinzioni etico-religiose, può rammentarsi anche la sent. 239/1984¹³⁴, con la quale la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 r.d. 30 ottobre 1930, n. 1731 (Norme sulle Comunità israelitiche e sulla Unione delle Comunità medesime), che stabiliva l'appartenenza automatica ad una Comunità

¹²⁸ Sulla tematica del diritto all'autodeterminazione circa l'uso del proprio corpo alla luce degli artt. 13 e 32 Cost. si vedano almeno R. ROMBOLI, *Art. 5*, in AA.VV., *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Artt. 1-10*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1988., p. 225 ss. (spec. 234 ss.); D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002, spec. p. 109 ss.; G. GEMMA, *Costituzione ed integrità fisica*, in *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. Romboli., p. 49 ss. (spec. 52 ss.); S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 88 ss.; nonché, se si vuole, R. PERRONE, *Il consumo di sostanze stupefacenti fra libertà individuali e limiti costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2010, p. 464 ss.

¹²⁹ Per più approfondite analisi e rassegne della giurisprudenza costituzionale italiana in tema di *dignità umana* si vedano A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale*, cit., p. 103 ss.; e M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., p. 157 ss.

¹³⁰ Corte cost., sent. 16 gennaio 1957, n. 3.

¹³¹ Corte cost., sent. 3/1957, cit., nel *Considerato in diritto* (corsivo nostro).

¹³² Corte cost., sent. 16 dicembre 1991, n. 467.

¹³³ Corte cost., sent. 467/1991, cit., al par. 4 del *Considerato in diritto*. Sulla libertà di coscienza nel contesto dell'ordinamento italiano e sulla protezione costituzionale di cui gode v. *amplius* G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000.

¹³⁴ Corte cost., sent. 14 luglio 1984, n. 239.

israelitica di tutti gli ebrei residenti nel suo territorio. Secondo la Corte la normativa censurata dal remittente violava la libertà – garantita dagli artt. 2 e 18 Cost. – di autodeterminarsi circa l'appartenenza o meno ad una data formazione sociale¹³⁵. La situazione giuridica riconosciuta dalla Corte si presenta evidentemente come una coniugazione della prima dimensione della dignità umana di cui si è fin qui trattato.

Un'altra conferma del riconoscimento dell'autodeterminazione nella giurisprudenza costituzionale può rinvenirsi nella sent. 161/1985 della Corte in tema di transessualismo¹³⁶, con la quale la Corte, mutando il proprio precedente orientamento¹³⁷, ha affermato l'esistenza di un diritto fondamentale all'identità sessuale, riconoscendo che la normativa che consente la rettifica dell'attribuzione di sesso nei registri dello stato civile «si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale»¹³⁸.

La prima dimensione della dignità, benchè non menzionata esplicitamente, sembra fare da sfondo anche alla giurisprudenza costituzionale in tema di autodeterminazione in relazione all'utilizzo del proprio corpo¹³⁹ e di consenso alle cure mediche (sottolineandosi in questo caso anche l'aspetto negativo del diritto alla salute)¹⁴⁰. È infatti evidente che il potere di *decidere* se e a quali trattamenti sottoporsi – e, più in generale, se e a quali condizioni vivere – è un aspetto fondamentale di quel «potere definitivo sul proprio destino e sul proprio corpo»¹⁴¹ che, come si è visto, rientra nella nozione di dignità qui in esame.

¹³⁵ Cfr. Corte cost., sent. 139/1984, cit., al par. 8 del *Considerato in diritto*: «Non è qui necessario prendere posizione sulla natura "associativa" o "istituzionale" delle Comunità israelitiche, perché la "libertà di adesione", nei suoi aspetti ("positivo" e "negativo") dianzi indicati, va tutelata, come "diritto inviolabile", nei confronti non solo delle associazioni, ma anche di quelle "formazioni sociali", cui fa riferimento l'art. 2 della Costituzione, e tra le quali si possono ritenere comprese anche le confessioni religiose. Libertà di aderire e di non aderire che, per quanto specificamente concerne l'appartenenza alle strutture di una confessione religiosa, negli aspetti che rilevano nell'ordinamento dello Stato, affonda le sue radici in quella "libertà di coscienza, riferita alla professione sia di fede religiosa sia di opinione in materia religiosa" (sentenza n. 117 del 1979), che è garantita dall'art. 19 della Costituzione, e che va annoverata anch'essa tra i "diritti inviolabili dell'uomo" (sentenza n. 14 del 1973)»

¹³⁶ Corte cost., sent. 6 maggio 1985, n. 161, sulla quale v. M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale. Nota a Corte cost. 6 Maggio 1985, n. 161*, in *Giur. it.*, I-1, 1987, c. 235 ss.; M. EROLI, *Legge n. 164 del 1982 e transessualismo dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giur. It.* I-2, 1986, c. 469 ss. La pronuncia in esame decideva su una q.l.c. avente ad oggetto gli artt. 1 e 5 della l. 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzioni di sesso), per violazione degli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. La Corte costituzionale respingeva la q.l.c., ritenendo che la normativa sulla rettificazione dell'attribuzione anagrafica di sesso rispondeva ad esigenze di tutela delle persone dei transessuali, mirando a garantire il raggiungimento di un'identità sessuale conforme ai loro desideri per mezzo di «[...] una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza» (Corte cost., sent. 161/1985, cit., al par. 4 del *Considerato in diritto*).

¹³⁷ Cfr. Corte cost., sent. 1 agosto 1979, n. 98, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 719 ss., con commento di S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, ivi, p. 1178 ss.

¹³⁸ Corte cost., sent. 161/1985, cit., al par. 4 del *Considerato in diritto*.

¹³⁹ Cfr. ad es. Corte cost., sent. 09 ottobre 1990, n. 471, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2818 ss., con commento di A. MUSUMECI, *Dal «potere» alla «libertà» di disporre del proprio corpo*, ivi, 1991, p. 626 ss.; Corte cost., sent. 27 giugno 1996, n. 238; Corte cost., sent. 10 luglio 1996, n. 257.

¹⁴⁰ Cfr. in particolare Corte cost., sent. 14 giugno 1990, n. 307; Corte cost. 20 giugno 1994, n. 258; Corte cost., sent. 15 aprile 1996, n. 118, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1006 ss., con commento di A. ALGOSTINO, *I possibili confini del diritto alla salute*, ivi, p. 3209 ss. Più di recente v. Corte cost., sent. 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4951 ss., con commento di R. BALDUZZI-D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, ivi, p. 4953 ss.

¹⁴¹ Così la Corte Suprema degli Stati Uniti nella già citata *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S., 869: «We conclude, however, that the urgent claims of the woman to retain the ultimate control over her destiny and her body, claims implicit in the meaning of liberty, require us to perform that function».

Proprio in quest'ottica, e volgendo lo sguardo alla giurisprudenza ordinaria, non si può non menzionare la recente pronuncia della Cassazione civile nel c.d. caso Englaro¹⁴². Decidendo sulla delicatissima questione dell'interruzione di un trattamento di mantenimento in vita di una paziente in coma irreversibile, i giudici di legittimità rilevano un indissolubile collegamento tra la decisione della persona di assumere le proprie determinazioni con riguardo all'accettazione o al rifiuto delle terapie, comprese quelle di sostentamento in vita, e la *dignità umana* ad essa spettante. Secondo il Collegio, infatti

Il modo normale di garantire l'individualità di un uomo è l'autodeterminazione; ma quando, come nel caso di E., l'autodeterminazione non è più possibile, perchè la persona ha perso irreversibilmente coscienza e volontà, bisogna perlomeno assicurarsi che ciò che resta dell'individualità umana, in cui si ripone la «dignità» di cui discorrono gli artt. 2, 13 e 32 Cost., non vada perduta. E tale individualità andrebbe perduta qualora un'altra persona, diversa da quella che deve vivere, potesse illimitatamente ingerirsi nella sfera personale dell'incapace per manipolarla fin nell'intimo, fino al punto di imporre il mantenimento di funzioni vitali altrimenti perdute¹⁴³.

Nell'opinione della Cassazione dal testo costituzionale, ed in particolare dall'art. 32 c. 2 Cost., si ricava la protezione di un diritto del singolo alla *scelta* in ordine alla sottoposizione o meno ai trattamenti sanitari. La libertà di cui alla disposizione citata viene protetta infatti sia nel suo aspetto positivo, sia in quello negativo, che comporta

il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza *secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato*, finanche di lasciarsi morire¹⁴⁴.

Il rilievo che per l'ordinamento italiano assume l'autodeterminazione del soggetto quale aspetto della sua dignità di persona emerge chiaramente dal passo ove i giudici sottolineano che

[...] accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno.

¹⁴² Cass. civ., Sez. I, sent. 16 dicembre 2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 83 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, *ibid.* Ma, nell'ampia letteratura sul caso Englaro, e con specifico riferimento alle tematiche del "fine vita", si vedano almeno M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, *ivi*, p. 331 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Sulla conclusione del caso Englaro*, *ivi*, 2009, p. 127 ss.; L. NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2009, p. 356 ss.; A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista costituzionale sul caso Englaro*, *ivi*, p. 370 ss.; R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 91 ss.; A. STEFANI, *Il caso Englaro: le due Corti a confronto*, *ivi*, p. 95 ss.; C. CASONATO, *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, *ivi*, p. 99 ss. Una raccolta di documenti e decisioni giudiziarie sul caso Englaro si trova su *Bioetica*, 2008, 4, p. 583 ss.

¹⁴³ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., p. 88, par. 1 della motivazione in diritto.

¹⁴⁴ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., p. 92, par. 6.1 della motivazione in diritto (corsivo nostro). Il riferimento alla concezione di dignità propria del paziente è ripetuto in diversi altri passi della sentenza (si vedano i parr. 7.3, 7.5, 8, 9, 10).

Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta¹⁴⁵.

Spostando l'attenzione ad una prospettiva sovranazionale, il collegamento tra *dignità umana* ed autodeterminazione può cogliersi, ad esempio, nella tutela offerta all'*autonomia personale* dalla C.E.D.U. Nonostante infatti tale concetto non sia richiamato espressamente nel testo della Convenzione, la giurisprudenza di Strasburgo conferma come esso sia parte integrante del diritto convenzionale. La Corte E.D.U., nel caso *Pretty*, afferma chiaramente che

[...] *although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantee*¹⁴⁶.

Tale presa di posizione, relativa all'art. 8 C.E.D.U., è ribadita successivamente dai giudici di Strasburgo con riferimento all'interpretazione di altri diritti garantiti dalla Convenzione¹⁴⁷. Nella decisione resa nel caso *Jehovah's witnesses of Moscow and Others v. Russia*, poi, viene sottolineato espressamente il collegamento sussistente tra *dignità umana* ed *autonomia personale*¹⁴⁸. Oltre che nelle pronunce della Corte, l'importanza dell'autodeterminazione individuale compare in maniera ancora più chiara in alcune opinioni dissenzienti, tra le quali ad esempio quella del giudice Martens nel caso *Cossey*¹⁴⁹, nonché – ed ancora più significativamente – quella del giudice Van Dijk nel caso *Sheffield and Horsham*, nel testo della quale si legge:

*The right to self-determination has not been separately and expressly included in the Convention, but is at the basis of several of the rights laid down therein, especially the right to liberty under Article 5 and the right to respect for private life under Article 8. Moreover, it is a vital element of the "inherent dignity" which, according to the Preamble to the Universal Declaration of Human Rights, constitutes the foundation of freedom, justice and peace in the world*¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., p. 97, par. 7.5 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁶ Corte europea dei diritti umani, *Pretty c. Regno Unito*, cit., § 61.

¹⁴⁷ Cfr. ad es. Corte europea dei diritti umani [GC], *Sørensen e Rasmussen c. Danimarca*, ricorsi 52562/99 e 52620/99, sent. 11 gennaio 2006, § 54, ove si legge che «*the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of the Convention guarantees*»; in termini conformi Corte europea dei diritti umani, *Vörður Ólafsson c. Islanda*, ricorso 20161/06, sent. 27 aprile 2010, § 46; i due casi avevano ad oggetto la libertà di associazione garantita dall'art. 11 C.E.D.U. Sul punto cfr. anche N.R. KOFFEMAN, *(The Right to) Personal Autonomy in the Case Law of the European Court of Human Rights*, 2010, disponibile on-line su <https://openaccess.leidenuniv.nl>, p. 5 ss.;

¹⁴⁸ Corte europea dei diritti umani, *Jehovah's witnesses of Moscow ed al. c. Russia*, cit., § 135, ove i giudici affermano che «*the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom and the notions of self-determination and personal autonomy are important principles underlying the interpretation of its guarantees*».

¹⁴⁹ Corte europea dei diritti umani, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso 10843/84, sent. 27 settembre 1990, opinione dissenziente del giudice Martens, § 2.7: «*Human dignity and human freedom imply that a man should be free to shape himself and his fate in the way that he deems best fits his personality*». La pronuncia aveva ad oggetto la posizione dei transessuali nell'ordinamento inglese.

¹⁵⁰ Corte europea dei diritti umani, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, ricorsi 22985/93 e 23390/94, sent. 30 luglio 1998, opinione separata del giudice Van Dijk, § 5 (enfasi aggiunta).

All'esito di questa breve rassegna ci pare che il dato positivo, unito alle pronunce giurisprudenziali ed alle opinioni menzionate, conforti pienamente le conclusioni raggiunte circa l'autodeterminazione dell'individuo quale prima dimensione della *dignità umana* protetta in ambito giuridico.

b) *La seconda dimensione della dignità: la dignità-rispetto.*

L'autonomia individuale non ci sembra tuttavia l'unica dimensione della *dignità umana*. Riteniamo infatti sia possibile esplorare almeno un altro aspetto di questo concetto, collegato al primo ma non coincidente con esso. Riconoscere *dignità* ad un soggetto non significa infatti solo lasciarlo libero di decidere il proprio destino e di fare ciò che meglio crede, fintanto che le sue azioni non interferiscano con la possibilità degli altri di fare altrettanto: è infatti generalmente riconosciuto che la nozione in esame comporta anche precisi obblighi relativi all'atteggiamento da tenere nei confronti del medesimo soggetto nel momento in cui egli, operando al di fuori della sua sfera personale, entri in contatto con i suoi consociati¹⁵¹. In questa prospettiva, insomma, la *dignità umana* arriva ad includere anche una «dimensione relazionale»¹⁵², che chiarisce come deve essere trattato – o, più spesso, come *non* deve essere trattato – un individuo all'interno della sua comunità, per non violare il suo valore di persona¹⁵³. Si è infatti affermato che

il principio di dignità nella sua dimensione relazionale presuppone l'esistenza o il formarsi di una coscienza sociale orientata a non trasformare le inevitabili differenziazioni sociali in fattori di esclusione; postula che non solo l'ordinamento, ma anche il contesto sociale preveda relazioni ispirate ad un naturale dovere di reciproco rispetto. Pertanto, il riconoscimento dell'uguale dignità di ogni persona si fonda sulla tolleranza, sul rispetto delle regole di convivenza, sull'accettazione delle diversità, sul principio multiculturale¹⁵⁴.

¹⁵¹ V. sempre A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations*, cit., p. 545, secondo cui uno dei quattro aspetti della *dignità umana* è «[...] la proibizione di tutti i tipi di trattamento inumano, di umiliazione o di degradazione da parte di una persona su di un'altra» (traduzione nostra); e ancora V. PACILLO, «*Rovescio della dignità*», cit., p. 147, secondo cui uno degli obblighi che la *dignità* pone ai pubblici poteri è quello di «[...] assicurare che nessuno sia sottoposto a trattamenti inumani o degradanti e ad ogni altra forma di umiliazione».

¹⁵² C. MCCRUDDEN, *Human Dignity*, cit., p. 679, ove l'Autore giustappone una «pretesa ontologica» («*ontological claim*») della *dignità* ad una «relazionale». Mentre la prima consiste nell'assunto che «ogni essere umano possiede un valore intrinseco, per il solo fatto di essere umano», la «pretesa relazionale» comporta che «questo valore intrinseco dovrebbe essere riconosciuto e rispettato dagli altri, ed alcune forme di trattamento da parte degli altri sono incompatibili, o al contrario imposte, dal rispetto per questo valore intrinseco» (traduzioni nostre). In senso conforme G. ROLLA, *Dignità*, cit., p. 306, che chiarisce come «il riconoscimento costituzionale della dignità deve essere considerato anche sotto il profilo relazionale. In tale dimensione, non è sufficiente che le persone siano trattate con dignità, ma bisogna anche che tutte siano trattate con eguale dignità e rispetto».

¹⁵³ Cfr. ad es. K. SEELMAN, *La tutela della dignità umana: garanzia di status, divieto di strumentalizzazione, oppure divieto di umiliare?*, in *Ragion pratica*, 2012, p. 45 ss., spec. 52 ss. Coglie l'aspetto «relazionale» della *dignità*, quale conseguenza della natura a sua volta sociale e «relazionale» dell'uomo, anche F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, ivi, p. 161 ss., spec. 174: «La dignità umana, pertanto, è il risultato del riconoscimento giuridico e sociale dell'identità personale, che si realizza attraverso la titolarità e l'esercizio dei diritti: e però, tale esercizio, stante la reciprocità del riconoscimento, deve essere rispettoso della dignità altrui». Non riteniamo di condividere tuttavia *in toto* le conclusioni cui perviene l'Autore nel momento in cui ammette che la *dignità* sia «una qualità che si possiede *presuntivamente*», essendo correlata all'assolvimento dei doveri previsti dall'ordinamento in capo all'individuo, e che essa sia *graduabile* in relazione, tra l'altro, a tale assolvimento.

¹⁵⁴ Così G. ROLLA, *Dignità*, cit., p. 306.

Quali sono i fondamenti filosofico-culturali di questo secondo aspetto della *dignità*?

Un primo elemento di riflessione viene dall'affermazione della c.d. *regola d'oro* o *etica della reciprocità*. Una delle più antiche massime fatte proprie da molti sistemi filosofici e religiosi è infatti l'imperativo di trattare il prossimo come vorremmo essere trattati a nostra volta (ovvero, nella sua versione negativa: non trattare il prossimo come non vorremmo essere trattati a nostra volta)¹⁵⁵, imperativo massimamente noto al mondo occidentale per essere pronunciato da Gesù Cristo nella narrazione del Vangelo di Matteo ed in quello di Luca¹⁵⁶, ma in effetti di molto antecedente al pensiero cristiano¹⁵⁷. Nel 1993 il Parlamento delle religioni mondiali¹⁵⁸, nel documento *Dichiarazione per un'etica mondiale*¹⁵⁹, incluse la *regola d'oro* tra i principi comuni alle tradizioni religiose intervenute, affermando solennemente:

Noi dobbiamo comportarci con gli altri come vogliamo che gli altri si comportino con noi. Noi ci impegniamo a rispettare la vita e la dignità l'individualità e la diversità, così che ogni persona venga trattata in maniera umana – senza eccezioni¹⁶⁰.

Significativo, in questo caso, il collegamento tra l'etica della reciprocità, proclamata in apertura, e la dignità, espressamente menzionata nel secondo periodo. In effetti, proprio la *regola d'oro* sembra incarnare quella «dimensione relazionale» della dignità di cui si discorreva poc'anzi e confermare il carattere risalente delle sue origini.

Ancora una volta, tuttavia, è Kant a fornire un solido collegamento tra il concetto in discorso ed il rispetto dovuto ad ogni individuo in virtù della sua semplice appartenenza alla razza umana. Tenendo conto di quanto in precedenza affermato in merito al possesso di una natura razionale – e dunque di un valore intrinseco assoluto – da parte dell'uomo, Kant afferma che un essere umano non può essere considerato solo come mezzo per la realizzazione dei fini di qualcun altro, in quanto «egli possiede una dignità (un valore interiore assoluto), con la quale costringe tutti

¹⁵⁵ Sulla «regola d'oro» (nome che essa assume a partire dal XVII secolo) v. per tutti M.G. SINGER, *The Golden Rule*, in AA.VV., *Encyclopedia of Philosophy*, II ed., vol. 4, a cura di D.M. Borchert, Detroit, 2006, p. 144 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

¹⁵⁶ Mt. 7:12: «Tutto quanto volete che gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro: questa infatti è la Legge ed i Profeti»; e Lc 6:31: «Ciò che volete gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro». Ma v. già Lev. 19:18: «Non ti vendicherai e non serberai rancore contro i figli del tuo popolo, ma amerai il tuo prossimo come te stesso. Io sono il Signore».

¹⁵⁷ Secondo alcuni Autori la massima risalirebbe al pensiero di Confucio (VI-V sec. a.C.): v. al riguardo R.M. KIDDER, *How Good People Make Tough Choices: Resolving the Dilemmas of Ethical Living*, New York, 2003, p. 159, il quale cita anche W.A. SPOONER, *The Golden Rule*, in AA.VV., *Encyclopedia of Religion and Ethics*, vol. 6, a cura di J. Hastings, New York, 1914, p. 310 ss.; nonché S. BLACKBURN, *Ethics: A Very Short Introduction*, Oxford, 2001, p. 101.

¹⁵⁸ Il c.d. Parlamento delle religioni mondiali è una riunione di rappresentanti di numerose confessioni religiose finalizzata alla realizzazione di un dialogo interfedere. La prima riunione di questo genere si è tenuta nel 1893, a Chicago, USA, e la più recente nel 2009, a Melbourne, Australia. Nel Parlamento del 1993, sulla base di un'iniziativa promossa soprattutto dal teologo cattolico Hans Küng e sponsorizzata dalla tedesca *Fondazione per un'etica mondiale (Weltethos Stiftung)*, è stata adottata la *Dichiarazione per un'etica mondiale*, su cui *infra* alla nota successiva.

¹⁵⁹ *Declaration Toward a Global Ethic*. Sia la versione in inglese, sia quella in italiano (da cui sono tratte le citazioni seguenti), sono reperibili on-line sul sito <http://www.weltethos.org>.

¹⁶⁰ *Dichiarazione per un'etica mondiale*, cit., p. 3. Nel medesimo documento si legge (p. 7) «Ogni uomo deve essere trattato in maniera umana. – Ciò significa che ogni uomo – senza differenze di età, di sesso, di razza, di colore della pelle, di doti fisiche o spirituali, di lingua, di religione, di convinzione politica, di origine nazionale o sociale – possiede una dignità inalienabile e intangibile. Tutti, il singolo come lo stato, sono perciò tenuti a rispettare questa dignità e a garantirne un'efficace difesa. Anche nell'economia, nella politica e nei *mass media*, negli istituti di ricerca e nelle imprese industriali l'uomo dev'essere sempre il soggetto giuridico e il fine, mai un puro mezzo, mai un oggetto di commercializzazione e di industrializzazione».

gli altri esseri razionali ad aver rispetto per lui»¹⁶¹. Da ciò deriva la massima secondo cui «[l]’umanità stessa è una dignità, poiché infatti l’uomo non può essere usato da un altro (né da altri né da lui stesso) soltanto come mezzo, ma deve sempre essere usato al tempo stesso come scopo, e in ciò consiste appunto la sua dignità»¹⁶². La natura razionale dell’uomo – che sta alla base, come si è visto, della prima dimensione della dignità, vale a dire del riconoscimento dell’*autonomia individuale* – costituisce dunque anche il fondamento di questa seconda prospettiva, vale a dire dell’obbligo di garantire a ciascun soggetto un trattamento rispettoso¹⁶³: trattamento che gli è dovuto per il solo fatto di essere umano, e quindi di essere «uno di noi»¹⁶⁴.

Naturalmente definire questo «comportamento rispettoso» non è agevole, posto che è possibile immaginare molti modi di mancare di riguardo ad una persona¹⁶⁵ ed il linguaggio stesso presenta una lunga serie di locuzioni che indicano concetti in qualche modo connessi a quello in discorso¹⁶⁶. Secondo taluno, l’aggettivo che meglio descriverebbe il comportamento offensivo della dignità dell’uomo sotto l’aspetto che qui interessa sarebbe «degradante» («*demeaning*»)¹⁶⁷, giacché esso richiamerebbe l’idea che un soggetto sia trattato come un essere inferiore, vale a dire – ancora una volta – come qualcosa di meno di un essere umano¹⁶⁸. Si possono fare diversi esempi di condotta di questa indole, il più evidente dei quali è certamente la violenza fisica inflitta

¹⁶¹ I. KANT, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 485. V. anche *ultra*, p. 547: «Ogni uomo pretende legittimamente il rispetto dai suoi simili ed è reciprocamente obbligato allo stesso rispetto verso gli altri [...]. In altri termini, l’uomo è obbligato a riconoscere dal punto di vista pratico la dignità dell’umanità in ogni altro uomo, e su di lui di conseguenza grava un dovere: quello del rispetto che si deve necessariamente mostrare nei riguardi di ogni altro uomo».

¹⁶² I. KANT, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 547.

¹⁶³ Cfr. ad es. G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., p. 57, secondo cui il significato moderno della clausola della dignità «[...] è quello di rappresentare giuridicamente il rifiuto dell’esclusione, del misconoscimento e della umiliazione dell’umanità dell’uomo. Essa individua dunque il principio attraverso il quale l’ordinamento tutela la persona in via generale contro un complesso di atti e di iniziative di “degradazione”, simbolica o reale, subiti o legittimati dal consenso della persona stessa [...]». Come è stato notato con riferimento alla contrapposizione tra posizione del singolo ed interessi collettivi, il nucleo essenziale della dignità «[...] cui si ispirano le Costituzioni moderne, è racchiuso proprio nella nozione di “rispetto”, che si presenta come una sintesi di riconoscimento e di pari considerazione del valore dei singoli individui e delle formazioni sociali ove si sviluppa la loro personalità»: così G. SILVESTRI, *Considerazioni*, cit., par. 5 (corsivo nostro).

¹⁶⁴ L.R. KASS, *Defending Human Dignity*, cit., p. 25; cfr. anche G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., p. 56, secondo cui la *dignità* «[...] è la qualità che lega il soggetto alla “famiglia umana”».

¹⁶⁵ Un elenco meramente esemplificativo di condotte incompatibili con la *dignità umana* è effettuato da O. SCHACHTER, *Human Dignity*, cit., p. 852.

¹⁶⁶ V. al riguardo W.A. PARENT, *Constitutional Values and Human Dignity*, in AA.VV., *The Constitution of Rights*, cit., p. 61: «Whenever a person is arbitrarily put down, we can with perfect propriety and conviction describe the action in the language of contumely, contempt, disparagement, degradation, depreciation, disdain, debasement, or devaluation. We can also talk meaningfully in terms of vilification and use the verbs downgrade, affront, jeer, mock, insult, deride, and humiliate. Although these terms differ slightly in meaning, they all are relevant to the practice of placing less value or worth on groups of human beings for no other reason than they happen to be black, Jewish, old, female, and so forth».

¹⁶⁷ Così W.A. PARENT, *Constitutional Values*, cit., p. 62. Il termine è usato anche da altri Autori quando si tratta di indicare il tipo di condotte contrastanti con la *dignità*: v. ad es. G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., p. 57; V. PACILLO, «*Il rovescio della dignità*», cit., p. 147.

¹⁶⁸ Particolarmente evidente il collegamento tra violazione della *dignità umana* e «trattamento degradante» nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull’art. 3 C.E.D.U., che non a caso vieta di sottoporre l’individuo a trattamenti «inumani e degradanti»: v. *ex plurimis* Corte europea dei diritti umani, *Pretty c. Regno Unito*, cit., § 52; Corte europea dei diritti umani, *Yankov c. Bulgaria*, ricorso 39084/97, sent. 11 marzo 2004, spec. § 104; Corte europea dei diritti umani, *Sarban c. Moldavia*, ricorso 3456/05, sent. 4 gennaio 2006, spec. §§ 75-77; Corte europea dei diritti umani [GC], *Ramirez Sanchez c. Francia*, ricorso 59450/00, sent. 4 luglio 2006, spec. § 119; Corte europea dei diritti umani, *Dvoynnykh c. Ucraina*, ricorso 72277/01, sent. 12 ottobre 2006, spec. §§ 62-63; Corte europea dei diritti umani [GC], *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso 30696/09, sent. 21 gennaio 2011, spec. § 202; Corte europea dei diritti umani, *Stanev c. Bulgaria*, ricorso 36760/06, sent. 17 gennaio 2012, spec. § 203. La Corte ha anche più volte tentato di chiarire cosa si intenda per «trattamento inumano e degradante»: v. ad es. di recente Corte europea dei diritti umani [GC], *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., § 202: «Treatment is considered to be “degrading” when it humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity, or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual’s moral and physical resistance [...]». It may suffice that the victim is humiliated in his or her own eyes, even if not in the eyes of others». Per maggiori riferimenti giurisprudenziali, comunque, si rinvia alla rassegna di M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., p. 238 ss.

ad un individuo per disprezzo, per odio, o anche solo per divertimento: si pensi ad esempio alla tortura, al maltrattamento dei prigionieri in custodia, al bullismo, alle forme di violenza motivate da ragioni razziali, religiose, politiche, e così via.

Al di là del danno corporale, comunque, esistono anche forme di offesa morale verso le persone che costituiscono un grave affronto alla loro dignità. Kant, ad esempio, rammenta che trattare un uomo come un mezzo per raggiungere i nostri scopi viola la sua dignità, e la ragione è facilmente comprensibile: quando consideriamo uno dei nostri consociati come uno strumento, quando *ci serviamo* di lui, disconosciamo il fatto che anche egli è un agente razionale, una *persona* come noi, dotata di fini propri e della capacità – oltre che del diritto – di perseguirli; anche in questo caso trattiamo il soggetto in questione come qualcosa di meno dell'essere umano che assumiamo di essere¹⁶⁹.

Un altro esempio viene dalla dottrina americana: William Parent sottolinea il «profondo oltraggio» che segue all'identificazione di un uomo con una sua particolare qualità (come il sesso, la razza, le opinioni religiose o politiche, e così via), per giustificare poi in base a tale equazione un giudizio di inferiorità ed un conseguente trattamento deteriore rispetto al resto dei consociati¹⁷⁰. In questa prospettiva si comprende il grave affronto alla dignità che deriva dai trattamenti discriminatori basati su una delle caratteristiche in questione (molte delle quali sono elencate all'art. 3 c. 1 Cost.), o anche dalle manifestazioni di pensiero ingiuriose che facciano leva sulle stesse.

L'elenco delle condotte degradanti per l'individuo potrebbe ovviamente continuare, ma ci sembra che il punto sia sufficientemente chiaro. Riteniamo dunque di aver mostrato le basi teoriche ed evidenziato i contorni di quel rispetto che, a nostro avviso, rappresenta la seconda dimensione della *dignità umana* da prendere in considerazione a fianco dell'*autonomia individuale*.

Volendo anche in questo caso cercare conferme della tutela del bene in questione nell'ordinamento vigente, può rilevarsi la protezione offerta alla *dignità-rispetto* dalla Costituzione italiana in varie disposizioni, a partire dall'art. 3 Cost., che del resto menziona espressamente la «dignità» (ma aggettivata come «sociale» in luogo di «umana», a sottolineare l'inserimento dell'individuo nel contesto comunitario nel quale egli opera)¹⁷¹. La disposizione in parola, ponendo il principio di uguaglianza formale tra le persone ed il conseguente divieto di discriminazione tra le

¹⁶⁹ Anche quest'aspetto è colto dalla definizione che la Corte di Strasburgo dà di «trattamento degradante»: v. *supra*, alla nota precedente.

¹⁷⁰ V. W.A. PARENT, *Constitutional Values*, cit., p. 61. L'Autore aggiunge: «[...] *moral disrespect is marked by an arrogance founded on a perverse form of reductionism. I say, 'perverse' because it purports to judge people on grounds that, in and of themselves, have absolutely nothing to do with their moral character. The bare fact that someone is a Jew or black hardly justifies the peremptory dismissal of her as an inferior, second-class, less than fully human being*» (enfasi aggiunta).

¹⁷¹ Cfr. A. CELOTTO, *Art. 3 comma 1 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, I, Torino, 2006, p. 72 (p. 65 in.): «[...] la dignità dei cittadini è riconosciuta quale dignità sociale, nel senso che nello Stato contemporaneo la garanzia e lo sviluppo dei diritti e delle libertà del singolo, che ha come presupposto l'eguaglianza, è possibile solo nella pienezza della dimensione collettiva, cioè all'interno dell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Cfr. anche A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale*, cit., p. 88 ss., che sottolinea come la locuzione impiegata dall'art. 3 Cost. valorizzi «[...] un contesto esteriore, legato alla considerazione sociale che ciascuno possiede e alla pari considerazione che deve sussistere per tutti gli uomini». Ma sul concetto di «dignità sociale» v. *amplius* A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, p. 117 ss.; e G. FERRARA, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, p. 1089 ss.; e M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., p. 147 ss.

stesse (tra l'altro) per i motivi indicati al comma 1, chiaramente vieta una degradazione giuridica dell'individuo da parte del legislatore¹⁷².

La dignità compare inoltre nuovamente in forma espressa nella sua qualità di limite all'iniziativa economica privata nell'art. 41 c. 2 Cost., mentre – sempre nella sua dimensione relazionale – sembra sottostare ad altre disposizioni della Carta fondamentale, prima fra tutte l'art. 27 c. 3 Cost., laddove proibisce pene che consistano in trattamenti contrari al senso di umanità, confermando che la dignità della persona rappresenta anche il confine per la legittima attività punitiva dello Stato. Ma, di nuovo, è in via generale nella garanzia dei «diritti inviolabili» di cui fa menzione l'art. 2 Cost. (specificati dalle singole disposizioni costituzionali che li prevedono, o ricavabili mediante una lettura sistematica del testo della Carta)¹⁷³ che si coglie l'intento del costituente di sancire il rispetto dell'uomo in quanto tale, ponendolo al riparo dall'arbitrio, dalla strumentalizzazione e dalla prevaricazione dei suoi simili o dello stesso Stato.

Questa affermazione trova conferma, ad esempio, nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di diritti dei detenuti, dove la correlazione della dignità (intesa come trattamento degradante dell'individuo) con la garanzia dei diritti inviolabili della persona è resa esplicita. Nella sent. 26/1999 si legge infatti:

La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) [...] è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art. 1, primo comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario¹⁷⁴.

Ma di dignità e rispetto reciproco delle persone la Corte ragiona espressamente anche nella già più volte menzionata sent. 368/1992, ove è manifesto anche il collegamento con il «buon costume» dell'art. 21 c. 6 Cost. Come si ricorderà, infatti, il giudice delle leggi, nel ribadire la natura pubblicistica del bene in questione, aveva sostenuto che

Considerato che si tratta di un limite che l'art. 21 della Costituzione contrappone alla libertà dei singoli individui, il «buon costume», contrariamente a quel che sembra supporre il giudice a quo, non è diretto ad esprimere semplicemente un valore di libertà individuale o, più precisamente, non è soltanto rivolto a connotare un'esigenza di mera convivenza fra le libertà di più individui, ma è, piuttosto, diretto a significare un valore riferibile alla collettività in generale, nel senso che denota le condizioni essenziali che, in relazione ai

¹⁷² Proprio in questa prospettiva, e con riguardo al collegamento dignità-uguaglianza, non si può qui omettere un riferimento all'idea di «*equal concern and respect*» elaborata da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., che riflette l'idea di dignità quale divieto di trattamento peggiore di un essere umano in ragione di alcune sue caratteristiche sgradite alla maggioranza.

¹⁷³ Per questa impostazione circa l'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive di cui fa parola l'art. 2 Cost. v. in particolare F. MODUGNO, *I «nuovi diritti»*, cit., p. 1 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, p. 18 ss.; G. GEMMA, *Ancora su sterilizzazione e diritti costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2002, p. 318 ss.; nonché, se si vuole, anche R. PERRONE, *Il consumo di sostanze stupefacenti*, cit., p. 464 ss.

¹⁷⁴ Corte cost., sent. 08 febbraio 1999, n. 26, al par. 3.1. del *Considerato in diritto* (corsivo nostro). Secondo M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., p. 159, il richiamo della Corte all'art. 3 c. 1 Cost., messo in relazione con quello effettuato all'art. 2 Cost. nell'ambito del medesimo paragrafo della sentenza, dimostra che il fondamento della protezione della *dignità umana* nell'ordinamento costituzionale italiano va rinvenuto nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost.; nello stesso

contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, *una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)*¹⁷⁵.

Di «degradazione giuridica» della persona che cagiona una lesione della dignità discute espressamente la Corte nella sent. 68/1964, in tema di libertà personale dell'individuo, laddove è messo in evidenza che

[...] *per aversi degradazione giuridica*, come uno degli aspetti di restrizione della libertà personale ai sensi dell'art. 13 della Costituzione, *occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona*, tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*¹⁷⁶

Un divieto di *strumentalizzazione* della persona umana emerge poi nella nota sent. 364/1988, in tema di ignoranza della legge penale e principio di colpevolezza, ove è affermato *claris litteris* che il sistema costituzionale «pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata)»¹⁷⁷.

Ponendo l'attenzione all'ambito europeo, una concordanza di argomenti può rinvenirsi anche nel noto caso *Omega*¹⁷⁸, nel quale la Corte del Lussemburgo ha ritenuto non contrastante con il diritto comunitario (precisamente con il diritto alla libera circolazione dei servizi di cui all'art. 49 T.C.E.) il divieto posto dalle Autorità amministrative tedesche alla gestione, da parte di un'impresa privata, di un esercizio commerciale avente ad oggetto l'organizzazione di "*laser sport*", un gioco di gruppo consistente nella simulazione di un conflitto tra squadre rivali, nel quale ciascuno dei partecipanti è in grado di bersagliare ed uccidere (virtualmente) gli avversari con la propria arma da fuoco laser. Il provvedimento che proibiva l'attività in questione, pur non essendo fondato su ragioni di tutela del «buon costume» bensì su ragioni di tutela dell'«ordine pubblico»¹⁷⁹, era funzionale alla salvaguardia di valori etici ritenuti fondamentali per la comunità¹⁸⁰, tra i quali

senso egli cita Corte cost., sent. 05 marzo 2007, n. 78. Sulla coesistenzialità dei diritti inviolabili per la dignità dell'uomo cfr. anche Corte cost., sent. 13 ottobre 1999, n. 388.

¹⁷⁵ Corte cost., sent. 368/1992, cit., al par. 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁶ Corte cost., sent. 20 giugno 1964, n. 68, al par. 3 del *Considerato in diritto* (corsivo nostro).

¹⁷⁷ Corte cost., sent. 23 marzo 1988, n. 364, al par. 8 del *Considerato in diritto*; il concetto è ribadito più volte *infra*, ai parr. 11, 14, 25 e 27 del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁸ Corte di giustizia, causa C-36/02, sent. 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc. giur.*, 2004-I-09641. Sulla sent. *Omega v.*, tra gli altri, R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 488 ss.; M. GENNUSA, *La dignità umana vista dal Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 174 ss.; F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit., p. 600 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., p. 206 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

¹⁷⁹ Il provvedimento in esame era stato infatti adottato dall'*Oberbürgermeisterin* di Bonn il 14 settembre 1994 sulla base dell'art. 14 n. 1, dell'*Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen* (legge sulla polizia amministrativa del Land Renania del Nord-Vestfalia), ai sensi del quale «Le autorità di polizia possono adottare le misure necessarie per prevenire in casi particolari un pericolo che possa minacciare la pubblica sicurezza o l'ordine pubblico».

¹⁸⁰ V. Corte di giustizia, *Omega*, cit., al par. 7 della motivazione: «Secondo il provvedimento di divieto del 14 settembre 1994, i giochi che si svolgevano nei locali gestiti dall'*Omega* costituivano un pericolo per l'ordine pubblico, dato che gli atti di omicidio simulato e la gratuità della violenza che ne conseguiva violavano i valori etici fondamentali riconosciuti dalla collettività».

veniva in rilievo la dignità umana¹⁸¹. Nel decidere in ultima istanza del ricorso promosso da Omega avverso tale divieto, e ritenendo di dover sollevare questione pregiudiziale interpretativa di fronte alla Corte di giustizia per verificare se lo stesso presentasse un contrasto con la libertà di circolazione dei servizi e delle merci¹⁸², il *Bundesverwaltungsgericht* tedesco metteva pienamente in evidenza la dimensione «relazionale» della dignità umana, nel significato che l'analisi svolta in precedenza ha consentito di enucleare. In particolare, nella sentenza si espone che

Il giudice del rinvio espone che la dignità umana è un principio costituzionale che può essere violato sia attraverso un trattamento degradante dell'avversario, cosa che non si verifica nel caso di specie, sia risvegliando o rafforzando nel giocatore un'attitudine che neghi il diritto fondamentale di ogni persona ad essere riconosciuta e rispettata, come la rappresentazione, nel caso di specie, di atti fittivi di violenza a scopo di gioco. Un valore costituzionale supremo quale la dignità umana non può essere soppresso nell'ambito di un gioco¹⁸³.

La Corte, allineandosi alle conclusioni dell'Avvocato Generale¹⁸⁴, e riconoscendo in capo alla *dignità umana* lo status di principio generale del diritto comunitario (prima che il Trattato di Lisbona rendesse la Carta di Nizza giuridicamente vincolante)¹⁸⁵, afferma – pur laconicamente¹⁸⁶ – che una misura nazionale che limiti la libera prestazione dei servizi nel territorio dell'Unione per ragioni di salvaguardia di tale bene non risulta confliggere con il diritto comunitario. Appare dunque confermato dall'analisi di questo caso che la tutela di *valori condivisi* dalla comunità di riferimento rappresenta un interesse giuridicamente rilevante anche nella dimensione sovranazionale e che la *dignità umana*, nella sua veste di dignità-rispetto, rappresenta uno dei più importanti di essi.

A conclusione di questa sintetica rassegna, e delle considerazioni svolte circa le dimensioni della dignità che vengono in rilievo ai fini dell'indagine in corso, ci pare che, in termini generali (e con tutte le riserve che si possono manifestare circa l'effettiva possibilità di racchiudere un concetto di così ampio respiro in una formula definitoria), si possa concordare con l'assunto secondo cui

¹⁸¹ V. Corte di giustizia, *Omega*, cit., ai parr. 11 e 12 della motivazione.

¹⁸² Il caso viene risolto dalla Corte solo con riguardo all'aspetto della contrarietà alla libertà di circolazione dei servizi ex art. 49 T.C.E., mentre il profilo relativo alla libera circolazione delle merci viene ritenuto assorbito nel primo: v. Corte di giustizia, *Omega*, cit., par. 27 della motivazione.

¹⁸³ Corte di giustizia, *Omega*, cit., par. 12 della motivazione.

¹⁸⁴ V. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl, 18 marzo 2004, in *Racc. giur.*, 2004-I-09611.

¹⁸⁵ V. Corte di giustizia, *Omega*, cit., par. 34 della motivazione. Cfr. anche al riguardo le Conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl, cit., al par. 82 ss. Ma sul rilievo della *dignità umana* quale principio fondamentale del diritto comunitario v. già Corte di giustizia, causa C-13/94, *P. contro S. e Cornwall County Council*, sent. 30 aprile 1996, in *Racc. giur.*, 1996, I-02143; e soprattutto Corte di giustizia, causa C-377/98, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea*, sent. 09 ottobre 2001, in *Racc. giur.*, 2000, I-06229 ss. (c.d. sentenza sulle biotecnologie), sulla quale v. F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit., p. 603 ss., e M. DI CIOMMO, *Dignità umana*, cit., pp. 205-206.

¹⁸⁶ Critica la sentenza sotto questo aspetto, ad es., F. SACCO, *Note sulla dignità umana*, cit., pp. 610-611.

[I]n un senso ampio e generale, il rispetto per la dignità implica il rispetto per l'autonomia di ciascuna persona, ed il diritto di non essere privato del proprio valore di essere umano o trattato in una maniera degradante o umiliante¹⁸⁷.

La definizione in parola, pur se sintetica, ha il pregio di mettere in risalto entrambi gli aspetti della *dignità umana* che sono stati fin qui evidenziati.

5. *Il buon costume attraverso la lente della dignità: contenuto e limiti.*

Che cos'è dunque il «buon costume»? La risposta a questa domanda non può che procedere per gradi, tenendo conto di quanto fin qui rilevato. Al riguardo, le considerazioni testè svolte si rivelano di grande importanza nel momento in cui si ritenga di condurre un'analisi del «buon costume» sotto la lente della *dignità umana*, come pare necessario per le ragioni esposte in precedenza. Più di preciso, riteniamo che la seconda dimensione della dignità (*dignità-rispetto*) possa finalmente fornire lumi sul contenuto sostanziale della clausola generale di cui agli artt. 19 e 21 c. 6 Cost., mentre la prima dimensione della dignità (*dignità-autonomia*) possa chiarire il limite oltre il quale l'enforcement of morals da parte dello Stato non può andare, pena la violazione di quello stesso valore cui è ancorato il «buon costume».

a) *La dignità-autonomia ed i limiti del legal enforcement of morals.*

Ci sembra difficile negare che la locuzione «buon costume» designi un interesse dotato di un carattere di pubblicità¹⁸⁸ (ciò che appare maggiormente evidente nella clausola affine della «moralità pubblica»), pubblicità che attiene sia alla pertinenza del bene in questione, sia alle condotte che possono venir limitate per la salvaguardia dello stesso¹⁸⁹. Con riguardo al primo aspetto si è infatti già dimostrato come non possano essere accolte le tesi che riducono il «buon costume» ad interessi di natura esclusivamente individuale, ciò che renderebbe la clausola de qua superflua in quanto priva di un vero e proprio contenuto sostanziale¹⁹⁰. Con riguardo al secondo aspetto vengono invece in rilievo le riflessioni svolte circa la *dignità-autonomia* spettante a ciascun individuo.

Se è vero che, come si è detto, negare ad un soggetto la possibilità di scegliere come condurre la propria esistenza nel modo in cui preferisce significa degradarla in quanto essere

¹⁸⁷ «In a broad and general sense, respect for dignity implies respect for the autonomy of each person, and the right of everyone not to be devalued as a human being or treated in a degrading or humiliating manner»: così A. CHASKALSON, *Human Dignity as a Constitutional Value*, in AA.VV., *The Concept of Human Dignity*, cit., p. 134.

¹⁸⁸ In questo senso, del resto, si è pronunciata espressamente la Corte costituzionale, nella già esaminata sent. 368/1992: v. Corte cost., sent. 368/1992, cit., al par. 3 del *Considerato in diritto*, laddove ragiona di «pubblicità» nei termini di «[...] un requisito essenziale della nozione di "buon costume"».

¹⁸⁹ Cfr. R. CORTESE, *Moralità*, cit., p. 47: «Esaminando ora congiuntamente i casi sopra studiati dovrà ammettersi che il buon costume viene sempre a designare una condotta che presenta un carattere di pubblicità perché attinente alla vita di relazione. Interessa al legislatore in modo particolare che non si abbia una perversione del costume per le paventate conseguenze nell'ambito dei rapporti sociali».

¹⁹⁰ La giurisprudenza prevalente concorda su questo punto: si rammentino ad es. le già citate Corte cost., sentt. 2/1956; 9/1965; e 368/1992; nonché Cass. pen. Sez. Un., sent. 01 ottobre 1991, Vercelli, cit. La pertinenza pubblica del bene non esclude, naturalmente, che anche interessi di natura privata del bene possano di volta in volta venire in rilievo: si rammenti ad es. Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 marzo 1995, n. 5606, Gasparato, cit. Ma sul punto *amplius supra*, Cap. III, par. 2; Cap. IV, par. 3; e Cap. V, par. 5.

umano, deve ritenersi che ogni normativa che proibisca condotte che esauriscono i loro risvolti nella sfera privata della persona sia per ciò stesso lesiva della dignità di quest'ultimo e, pertanto, non rappresenti un'interpretazione costituzionalmente accettabile del concetto di «buon costume» costituzionale. Se infatti questa nozione viene legata alla *dignità umana*, e attraverso la seconda dimensione di quest'ultima essa acquisisce un contenuto costituzionalmente accettabile, non può logicamente ammettersi che essa violi la prima dimensione della stessa dignità, nel momento in cui essa pone un preciso limite all'ingerenza pubblica nelle scelte del singolo. Tra la componente soggettiva e quella oggettiva della dignità¹⁹¹ deve sussistere un equilibrio (non sempre facile da trovare, lo si riconosce), e non può ammettersi che un aspetto risulti totalmente soccombente rispetto all'altro.

Ci pare che questo equilibrio debba ricercarsi nel carattere “privato” o “pubblico” della condotta individuale. Laddove infatti il comportamento del singolo sia destinato ad esaurire i propri effetti (diretti) nella sfera dell'agente, l'aspetto soggettivo della dignità dovrebbe prevalere, rimanendo il soggetto l'unico giudice delle proprie azioni. Laddove la condotta fuoriesca in qualche modo dai confini della sfera dell'agente, la società acquista un interesse ad intervenire per sanzionarla, se è possibile un pregiudizio a terzi ovvero, come nel caso del «buon costume», a valori ritenuti fondamentali per la comunità di riferimento¹⁹².

Naturalmente non è affatto semplice stabilire cosa si intenda per “sfera privata” di un individuo e tracciare un confine netto tra quest'ultima e la “sfera pubblica”¹⁹³. In linea generale, riteniamo che il concetto di “privato” comprenda due aspetti: uno oggettivo ed uno soggettivo¹⁹⁴. Con il primo si ha riguardo ad una dimensione per così dire spaziale della condotta, che rimane “privata” soltanto fino a che avvenga in un luogo del quale l'agente abbia la disponibilità e nel quale possa decidere, caso per caso, chi ammettere e chi no. Ne sarebbero dunque esclusi innanzitutto i luoghi pubblici, ma riteniamo che analoga conclusione debba valere per i luoghi aperti al pubblico, anche nel caso in cui l'accesso agli stessi sia consentito solo ad individui in possesso di determinati requisiti soggettivi (ad es. i maggiorenni). Ciò in quanto le attività che vi si svolgono

¹⁹¹ Per questa terminologia v. ad es. G. RESTA, *La dignità*, cit., p. 265 ss.

¹⁹² Deve sottolinearsi che l'impostazione accolta si avvicina all'*harm principle* sostenuto da John S. Mill, anche nella sua versione più avanzata di *harm and offense principle*, come risultante dall'elaborazione del principio effettuata da Joel Feinberg, ma non coincide totalmente con esso. Sia l'impostazione milliana, sia quella feinberghiana, infatti, rigettano ogni forma di *moralismo giuridico*, ammettendo come legittimi soltanto quei divieti che abbiano ad oggetto condotte dannose (ovvero, per Feinberg, anche solo offensive) per i terzi. Il pregiudizio a *valori* comuni non è considerato una forma di *harm* o di *offense*, a meno che non si traduca in un danno o in un'offesa a persone determinate: cfr. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harmless Wrongdoing*, cit., p. 33 ss. Si è invece visto che il giurista, a fronte di clausole come il «buon costume», deve accettare un certo grado di *legal moralism* e riconoscere come rilevante l'interesse alla tutela di valori morali in quanto tali, ed a prescindere da qualunque danno dimostrabile a carico di singoli soggetti.

¹⁹³ Le difficoltà di tale operazione sono ben note anche in ambiente liberale: cfr. ad es. F.A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, trad. it. *La società libera*, Soveria Mannelli, 2007, p. 309: «Spesso si è cercato – notevole il tentativo di John Stuart Mill – di definire la sfera privata, che dovrebbe essere immune dalla coercizione, in base alla distinzione tra le azioni i cui effetti toccano solo chi le compie e quelle che si ripercuotono su altri. Ma non c'è quasi azione pensabile che non si ripercuota su altri e questa distinzione non si è quindi dimostrata molto utile».

¹⁹⁴ Altri Autori individuano naturalmente altri requisiti per poter definire una condotta «privata». In luogo dei due aspetti da noi individuati, ad esempio, taluno individua *tre* dimensioni del concetto di «privato»: l'una riguarderebbe il *luogo* ove la condotta avviene; l'altra riguarderebbe la *natura* dell'attività svolta (se essa sia consensuale e riguardi soltanto l'agente o no); e l'ultima concernerebbe le *conseguenze* dell'atto (se esso produca o no effetti indesiderati su terze parti): in questa prospettiva v. J.L. HILL, *The Constitutional Status of Morals Legislation*, cit., p. 9. Ci sembra tuttavia che il secondo ed il terzo aspetto finiscano per coincidere, siccome riteniamo che siano «*self-regarding*» le sole attività che non producano pregiudizi nella sfera di soggetti non consenzienti.

sono comunque rivolte ad una massa indeterminata di utenti, al *quisque de populo*, e non ad una cerchia ben selezionata di persone. Anche in questi luoghi è dunque presente un elemento di *pubblicità* che non può essere ignorato dall'ordinamento. La conclusione esposta sembra, del resto, conforme a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sent. 368/1992, laddove, nel definire la «pubblicità» quale elemento essenziale del «buon costume», afferma che essa è da intendersi «[...] come reale o potenziale percezione da parte della collettività, o comunque di terzi non consenzienti, del messaggio trasmesso per mezzo di scritti, disegni, immagini o rappresentazioni»¹⁹⁵.

L'aspetto soggettivo della nozione di «privato» concerne invece coloro che vengono coinvolti dalla condotta dell'agente, rimanendo quest'ultima «privata» solo finché i terzi non consenzienti siano costretti a prendervi parte, ad assistervi ovvero a subirne gli effetti. Le due dimensioni, soggettiva ed oggettiva, sono evidentemente connesse, ma non coincidono totalmente: se infatti nella maggior parte dei casi avviene che un soggetto possa essere coinvolto o trovarsi ad assistere ad un'attività sgradita proprio perché questa si svolge in un luogo al quale è possibile accedere liberamente, può ben capitare che anche condotte poste in essere intra moenia e al riparo dalla vista di tutti producano effetti pregiudizievoli diretti per altri individui¹⁹⁶. Per tale ragione, soltanto quando siano soddisfatte entrambe le condizioni il singolo, in virtù della sua dignità umana, potrà opporre allo Stato l'esistenza di «un regno di moralità ed immoralità privata che, in termini nudi e crudi, non è di competenza della legge»¹⁹⁷. In questo regno, il *legal enforcement of morals* non potrà spingersi e qualunque normativa che oltrepassi questo confine, non riflettendo un'interpretazione costituzionalmente ammissibile del «buon costume», non potrà essere giustificata invocando la necessità di tutelare tale bene.

¹⁹⁵ Così Corte cost., sent. 368/1992, cit., al par. 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁶ Questo pregiudizio, è bene notarlo, non può essere rappresentato dalla semplice *conoscenza* che altri abbiano di una condotta sgradita: cfr. ad es. Cfr. F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 310: «In particolare, il dolore o il piacere che la conoscenza di azioni altrui può cagionare non si dovrebbe mai considerare come causa legittima di coercizione [...] Quando però la condotta privata si può ripercuotere unicamente su chi, adulto, volontariamente agisce, la sola avversione per l'azione altrui, o anche il sapere che altri coi propri atti nuocciono a se stessi, non fornisce ragione legittima per l'impiego della coercizione». Come è stato infatti convincentemente argomentato già da John Stuart Mill, in un'operazione di bilanciamento l'interesse di un soggetto a comportarsi come meglio ritiene opportuno non può essere messo sullo stesso piano dell'interesse di altro soggetto a non sentirsi offeso per la conoscenza che abbia delle azioni dell'altro: in una società autenticamente liberale la pretesa del secondo risulta senz'altro soccombente rispetto alla libertà del primo (v. J.S. MILL, *La libertà*, cit., p. 112). Del resto, come ha notato Herbert Hart, se si considerasse la semplice conoscenza della altrui condotta sgradita come un'offesa che legittima la proibizione legislativa, l'unica libertà che risulterebbe tutelabile sarebbe «la libertà di fare quelle cose circa le quali nessuno seriamente dissente» (cfr. H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, cit., pp. 64-65, dal quale è tratta la citazione). Nello stesso senso anche J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Offense to Others*, Oxford, 1985, p. 64 ss., il quale conclude che la «mera conoscenza» («*bare knowledge*») di una condotta sgradita non costituisce un'«offesa ingiusta» («*wrongful offense*») per l'individuo e, pertanto, non può essere giustificata sulla base dell'*offense principle*.

¹⁹⁷ Si tratta delle note parole dell'*English Committee on Homosexual Offences and Prostitution* nel c.d. *Wolfenden Report*: «*Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law's business*» (HOME OFFICE – SCOTTISH HOME DEPARTMENT, *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Londra, 1957, p. 24. Nella giurisprudenza costituzionale italiana si tenga presente quanto affermato dalla Corte nelle sentt. 2/1956 e 9/1965 (v. *supra*, Cap. II, par. 2 e 3). Cfr. anche l'affermazione della Corte Suprema americana nel caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S., 847: «*It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter*».

Si tratta, del resto, della prospettiva accolta dalla stessa Corte costituzionale, con le già esaminate sentt. 9/1965 e, soprattutto, 368/1992, e poi recepita dalla giurisprudenza ordinaria¹⁹⁸. In quelle pronunce si è visto come il giudice delle leggi abbia chiarito che possono essere sanzionati solo quei comportamenti che sono destinati a raggiungere la collettività in qualche modo, ed i cui effetti fuoriescono pertanto dalla sfera privata degli agenti¹⁹⁹. Nella medesima ottica, dall'altro capo dell'oceano, la Corte Suprema statunitense si è mossa con il filone giurisprudenziale che ha gradualmente configurato un diritto all'autodeterminazione individuale (spesso qualificato nei termini di *privacy*), culminato poi nella sent. *Lawrence v. Texas*, nel quale il limite invalicabile della sfera privata della persona è espressamente connesso alla *dignità umana*²⁰⁰. Risulta ora chiaro il valore che sottende alla protezione dell'autonomia personale e che si presenta davvero, per dirla con il giudice Kennedy, come uno dei «valori che condividiamo con una civiltà più vasta»²⁰¹.

b) La *dignità-rispetto* ed il contenuto della clausola del «buon costume».

Dall'altro lato, si è visto che il valore della *dignità umana* impone il rispetto per il prossimo, vietando di degradare quest'ultimo ad una condizione inferiore a quella di essere umano, tramite maltrattamenti fisici o morali o, più semplicemente, mediante la considerazione dello stesso come un mero strumento per il raggiungimento di fini altrui. Questo rappresenta, a nostro avviso, il nucleo centrale di una nozione costituzionalmente accettabile di «buon costume». La violazione *pubblica* di questa dimensione della dignità – nella sua veste di bene fondamentale della comunità del quale la Costituzione si fa promotrice e sul quale essa stessa si basa – costituirà dunque, in una prospettiva sulla quale si può richiedere un consenso di tutte le forze sociali, un'offesa al «buon costume», contro la quale l'ordinamento potrà reagire con adeguati strumenti di natura giuridica (sempre nel rispetto, naturalmente, dei principi che regolano il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, tra i quali quello di proporzionalità di ciascuna misura).

È proprio nell'ottica in parola, come si è potuto verificare, che si sono esplicitamente pronunciate la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione, rispettivamente con la sent. 293/2000 e con la sent. 23356/2001, che ne rappresenta il seguito. Ciò che è stato censurato, nel caso che ha dato origine a tali pronunce, è stata proprio l'«oggettificazione» della persona e del suo corpo, anche in un momento successivo alla morte, ed il suo sfruttamento da parte degli agenti per il

¹⁹⁸ Si vedano le già citate Cass. pen., Sez. Un., 01 ottobre 1991, Vercelli, cit.; Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 marzo 1995, n. 5, Barbuto, cit.; Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 marzo 1995, n. 5606, Gasparato, cit.

¹⁹⁹ Si rammentino le parole della Corte nella sent. 368/1992: «[...] la contrarietà al sentimento del pudore non dipende dall'oscenità di atti o di oggetti in sé considerata, ma dall'offesa che può derivarne al pudore sessuale, considerato il contesto e le modalità in cui quegli atti e quegli oggetti sono compiuti o esposti: sicchè *non può riconoscersi tale capacità offensiva ad atti o ad oggetti che, pur avendo in sé un significato osceno, si esauriscono nella sfera privata e non costituiscono oggetto di comunicazione verso un numero indeterminato di persone ovvero sono destinati a raggiungere gli altri soggetti con modalità e cautele particolari, tali da assicurare la necessaria riservatezza e da prevenire ragionevolmente il pericolo di offesa al sentimento del pudore dei terzi non consenzienti o della collettività in generale»* (par. 2 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto).

²⁰⁰ Sul punto v. ad es. V. STARK, *Public Morality as a Police Power*, cit., la cui tesi di fondo è che, dopo la sentenza *Lawrence*, per poter affermare l'inclusione della «*public morality*» nel concetto di *police power* occorre che la prima comprenda un elemento di «*public concern*» e non riguardi, dunque, azioni puramente private.

²⁰¹ L'espressione impiegata è «[...] *values we share with a wider civilization*»: così il giudice Kennedy in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 576.

perseguimento dei propri fini. Anche un diritto fondamentale come quello di cronaca, chiariscono i giudici di legittimità, trova un proprio limite²⁰² nel «comune sentimento della morale» menzionato dall'art. 15 l. 47/1948, giacchè tale concetto «[...] esprime il valore fondamentale del rispetto della persona e della dignità umana che trova protezione nell'art. 2 cost»²⁰³.

Si è anche visto, inoltre, come una preoccupazione per la tutela della *dignità-rispetto* sia emersa anche in altri settori del 'diritto vivente' in materia del «buon costume» (secondo, peraltro, una prospettiva già emersa in sede di Assemblea Costituente)²⁰⁴, e come essa facesse ad esempio da sfondo, tra le altre *rationes*, all'adozione di diverse tra le c.d. ordinanze anti-prostituzione ed alle decisioni del giudice amministrativo al riguardo²⁰⁵. Nel panorama del *soft-law* in tema di «buon costume», particolarmente significativa si è dimostrata anche la rilevanza che la *dignità umana* ha avuto nell'ambito della giurisprudenza del Giurì di autodisciplina pubblicitaria, soprattutto sotto il profilo del divieto di 'mercificazione' ed 'oggettificazione' dell'essere umano e del suo corpo²⁰⁶: condotte che si pongono in netto contrasto con l'idea di rispetto del prossimo che è proprio della seconda dimensione della dignità. Si è infine verificato come l'accostamento della *dignità-rispetto* al «buon costume» sia emerso in diverse opinioni della dottrina italiana, sia costituzionalistica che civilistica²⁰⁷, e si sono messi in evidenza i punti di contatto di tali posizioni con quelli in assunti dalla giurisprudenza costituzionale.

Sembrano esservi dunque tutte le premesse per una reinterpretazione del bene «buon costume» nella direzione prospettata. Le conseguenze di questa diversa lettura della clausola generale in questione si colgono immediatamente ove si ponga mente ad alcuni esempi di condotte che risulterebbero contrastanti con il «buon costume» nel contenuto che vi abbiamo ricollegato.

Occorre preliminarmente chiarire la distinzione tra il «buon costume» come limite alle manifestazioni del pensiero ed il «buon costume» quale limite ad altri comportamenti umani. Nel primo caso, l'interesse in questione rappresenta un limite *esplicito* alla libertà del singolo, secondo il disposto dell'art. 21 c. 6 Cost.: *nulla quaestio* dunque circa la legittimità del divieto delle manifestazioni contrastanti con il bene in questione. Nel secondo caso, il «buon costume» rappresenta un limite *esplicito* solo per quanto concerne una *species* ben precisa di condotte, vale a dire le attività rituali di cui all'art. 19 Cost., per le quali dunque la prevalenza dell'interesse pubblico su quello individuale è già sancita dalla Costituzione.

²⁰² Deve notarsi, *incidenter tantum*, che la Cassazione, nel riferirsi al «comune sentimento della morale», ragiona di «limite interno» al diritto di cronaca (così Cass. pen., sent. 27 aprile 2001, n. 23356, cit., p. 731), ma in realtà la stessa ricostruzione operata dall'organo giudicante sembrerebbe deporre piuttosto per la natura "esterna" di tale limite, giacchè non si tratta di un confine "naturale" o "logico" alla libertà di manifestazione del pensiero, ma piuttosto di un limite derivante dal conflitto con un interesse (l'interesse pubblico alla salvaguardia di un valore costituzionalmente rilevante) incompatibile rispetto a quello del singolo.

²⁰³ Cass. pen., sent. 27 aprile 2001, n. 23356, cit. Ma cfr. anche la già riportata Trib. Roma, sent. 25 novembre 2003, cit.

²⁰⁴ Si rammenti in particolar modo l'intervento dell'on. Moro nella seduta del 14 aprile 1947, in A.A.C., pp. 2820-2821, riportato *supra*, Cap. I, par. 3.

²⁰⁵ V. *supra*, Cap. III, par. 7.

²⁰⁶ V. *supra*, Cap. III, par. 9.

²⁰⁷ V. *supra*, Cap. IV, rispettivamente par. 2 e 3.

Per quanto riguarda altre condotte materiali, la legittimità delle norme limitatrici della libertà individuale per ragioni di salvaguardia del «buon costume» non può essere esclusa a priori. Il «buon costume» è infatti un bene di sicura rilevanza costituzionale, come si desume dalla sua menzione all'interno della Carta fondamentale, oltre che dai lavori preparatori, e come è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale²⁰⁸. In tale prospettiva, il «buon costume» può dunque operare come limite *implicito* alla libertà del singolo, all'esito di un giudizio di «ragionevole bilanciamento» tra l'interesse di natura pubblicistica e quello di pertinenza individuale, effettuato caso per caso nel rispetto dei criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale nel corso degli anni²⁰⁹.

a) *Manifestazioni di pensiero contrarie al «buon costume».*

Concentrandosi innanzitutto sulle manifestazioni del pensiero, oltre a trasmissioni o messaggi che realizzino una «oggettificazione» del corpo e della persona umana per fini pubblicitari o lucrativi, secondo le fattispecie che sono già state esaminate²¹⁰, può pensarsi a manifestazioni di pensiero che, nella sfera pubblica, esaltino la patente degradazione dell'individuo (ad esempio per ragioni razziali), ovvero facciano l'apologia di gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'essere umano.

L'esempio che viene maggiormente in rilievo – ed è tema che meriterebbe ben più ampio approfondimento – è quello dell'apologia di gravi delitti come il genocidio²¹¹, condotta attualmente prevista come reato dall'art. 8 l. 9 ottobre 1967, n. 826; ovvero del negazionismo (o del revisionismo 'al ribasso') di gravi stragi avvenute nella storia, come quella perpetrata dai regimi nazifascisti durante la seconda guerra mondiale²¹² (ma il discorso non muterebbe sostanzialmente qualora si prendessero in considerazione altri eccidi verificatisi nel tempo). Con la precisazione,

²⁰⁸ Si ricorderà che la Corte costituzionale ha annoverato il «buon costume» tra i «principi fondamentali della civile convivenza» (Corte cost., sent. 28/1969, cit., nel *Considerato in diritto*) e ne ha riconosciuto la «particolare rilevanza» all'interno degli interessi costituzionalmente protetti (Corte cost., sent. 120/1968, cit., nel *Considerato in diritto*). Ci sembra dunque di dover sciogliere in senso affermativo la riserva da noi posta in un precedente studio circa la configurabilità del «buon costume» nei termini di valore tutelato (e tutelabile) dalla Costituzione di uno Stato liberaldemocratico (v. R. PERRONE, *Il consumo di sostanze stupefacenti*, cit., p. 502).

²⁰⁹ Sul bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti v., *inter alios*, R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, spec. 348 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

²¹⁰ V. *supra*, Cap. III, par. 9, quando si prese in considerazione la 'giurisprudenza' del Giurì di autodisciplina pubblicitaria.

²¹¹ Sul punto v. Cass. pen., Sez. I, sent. 29 marzo 1985, n. 507, in *Giur. cost.*, II, 1986, p. 75 ss., con nota di S. LARICCIA, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana*, ivi, p. 86 ss. La pronuncia conferma la colpevolezza di alcuni imputati accusati, in base all'art. 8 l. 926/1967, del reato di apologia di genocidio, per aver inneggiato allo sterminio nazista con urla e striscioni durante una partita di calcio. La Corte precisa che il reato prescinde dall'idoneità della condotta a provocare un danno, ma «Occorre concludere che il reato previsto dall'art. 8 della legge speciale è un reato di pura condotta, che viene sanzionato per la sua intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civili ferite dal ricordo degli stermini perpetrati dai nazisti e dal calvario ancora tragicamente attuale di talune popolazioni africane ed asiatiche». L'esclusione della condotta dall'ambito di operatività dell'*harm and offense principle* sembra logicamente attrarre la stessa nel fuoco del *moralismo giuridico* e della protezione di un valore (quello della dignità quale rigetto del razzismo) in sé e per sé.

²¹² Per un'introduzione alle problematiche giuridiche legate al negazionismo ed al revisionismo nell'ordinamento italiano si vedano almeno E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1034 ss., e ID., *The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue Between Law and Memory*, in *Vt. L. Rev.*, 30, 2005-2006, p. 609 ss.; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in AA.VV., *Informazione, potere, libertà*, a cura di M. Ainis, Torino, 2005, e ID., *Art. 21*, cit., p. 276 ss.; G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra negazionismo, revisionismo e realtà*

tuttavia, che il negazionismo in violazione del «buon costume» di cui all'art. 21 c. 6 Cost., vale a dire contrastante con il valore della *dignità umana* su cui è fondato l'ordinamento, non ci sembra essere quello 'semplice', consistente nella mera negazione della sussistenza di fatti (opinione che, per quanto inverosimile, non può essere legittimamente repressa dall'ordinamento, non rientrando nei compiti di uno Stato laico e pluralista quello di stabilire *vi et armis* una verità storica ufficiale)²¹³, bensì quello 'qualificato', vale a dire accompagnato da un intento apologetico dei crimini commessi e/o dall'aperto compiacimento per gli eventi delittuosi descritti.

Un discorso a parte merita la tematica delle pubblicazioni a contenuto sessualmente esplicito, cui per lunga tradizione è legato a doppio filo il concetto di «buon costume». Sulla base delle considerazioni svolte nel presente Capitolo, tale connessione ci sembra dover essere notevolmente attenuata.

Occorre distinguere due ipotesi.

È possibile che il materiale erotico sia effettivamente lesivo della *dignità umana* nella sua seconda dimensione, manifestando un messaggio di degradazione della persona. Un argomento di questo genere, ad esempio, è stato sostenuto da parte della dottrina di orientamento femminista, con speciale riguardo all'ordinamento americano²¹⁴. Secondo tale tesi, una delle caratteristiche del materiale pornografico sarebbe quella di dipingere la donna come un essere sostanzialmente privo di cervello, da impiegarsi per il soddisfacimento dei desideri sessuali maschili, ai quali essa sarebbe completamente asservita²¹⁵. Ciò sarebbe chiaramente lesivo della posizione della donna nella società, oltre a trasmettere un messaggio fortemente negativo. È evidente che pubblicazioni di tale genere abbiano un contenuto *degradante* per l'essere umano e, sotto questo aspetto, gli argomenti femministi sembrano meritevoli di seria considerazione. Non v'è ragione, tuttavia, di incentrare esclusivamente sul paradigma dell'umiliazione della donna da parte dell'uomo la riprovazione della pornografia: qualunque materiale sessualmente esplicito, che ritragga alcuni dei

storica, in AA.Vv., *Informazione, potere, libertà*, cit., p. 101 ss.; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rass. parl.*, 2007, p. 857 ss.

²¹³ Cfr. *amplius* E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., spec. p. 1065 ss.

²¹⁴ Si vedano al riguardo, ad es., C.A. MACKINNON, *Only Words*, trad. it. *Soltanto parole*, Milano, 1999; D.E.H. RUSSELL, *Against Pornography: The Evidence of Harm*, Berkeley, 1993; AA.Vv., *In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings*, a cura di C.A. MacKinnon-A. Dworkin, Cambridge, 1998; AA.Vv., *Not for Sale: Feminists Resisting Prostitution and Pornography*, a cura di R. Whisnant-C. Stark, North Melbourne, 2004. Deve tuttavia notarsi che il fronte femminista non è compatto nel rigettare la pornografia e vi sono anche voci, nella dottrina, che hanno invece protestato contro la censura dell'oscenità: v. ad es. J.L. SCHROEDER, *Catharine's Wheel: MacKinnon's Pornography Analysis as a Return to Traditional Christian Sexual Theory*, in *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 38, 1993, p. 225 ss., che ha criticato l'approccio di Catharine MacKinnon; e N. STROSSEN, *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*, trad. it. *Difesa della pornografia: le nuove tesi radicali del femminismo americano*, Roma, 2005.

²¹⁵ Eloquente, al riguardo, è la definizione di «pornografia» elaborata da Catharine MacKinnon e dalla scrittrice Andrea Dworkin nel loro progetto di modifica di un'ordinanza comunale a tutela dei diritti civili, commissionato dalla Giunta comunale della città di Minneapolis ed approvato dal Consiglio comunale, ma successivamente naufragato a causa del veto opposto dal sindaco. Nel progetto si leggeva: «1. "Pornography" means the graphic sexually explicit subordination of women through pictures and/or words that also includes one or more of the following: – a. women are presented dehumanized as sexual objects, things or commodities; or – b. women are presented as sexual objects who enjoy humiliation or pain; or – c. women are presented as sexual objects experiencing sexual pleasure in rape, incest, or other sexual assault; or – d. women are presented as sexual objects tied up or cut up or mutilated or bruised or physically hurt; or – e. women are presented in postures or positions of sexual submission, servility, or display; or – f. women's body parts-including but not limited to vaginas, breasts, or buttocks-are exhibited such that women are reduced to those parts; or – g. women are presented being penetrated by objects or animals; or – h. women are presented in scenarios of degradation, humiliation, injury, torture, shown as filthy or inferior, bleeding, bruised or hurt in a context that makes these conditions sexual». Il progetto di emendamento dell'ordinanza (Model Anti-pornography Ordinance) è rinvenibile on-line all'indirizzo internet <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/other/ordinance/newday/AppD.htm>.

partecipanti in maniera totalmente sottomessa, come meri oggetti del divertimento altrui, è palesemente contrastante con il valore della *dignità-rispetto*, a prescindere dal sesso dei soggetti coinvolti²¹⁶. Si tratta di pubblicazioni contrarie al bene pubblico «buon costume» e, in adempimento al disposto costituzionale di cui all'art. 21 c. 6 Cost., l'ordinamento potrà legittimamente reagire contro di esse vietandone la distribuzione fra il pubblico (ma, ancora una volta, non sanzionarne la semplice detenzione, salvo che essa sia suscettibile di violare altri interessi costituzionalmente rilevanti, come ad es. nel caso della pornografia minorile).

Quando, invece, il materiale – pur eroticamente esplicito – non presenti i caratteri in questione, e si limiti alla rappresentazione di atti sessuali tra persone adulte e consenzienti, nessuna delle quali sia insultata, asservita, maltrattata o comunque degradata dalle condotte altrui, non sembra potersi predicare la contrarietà delle pubblicazioni in questione rispetto ad un concetto di «buon costume» correttamente inteso: ciò in quanto non può ovviamente affermarsi che il compimento di atti sessuali, in sé, risulti lesivo dei valori etici di fondo dell'ordinamento²¹⁷. Di conseguenza, nemmeno si vede come tale lesività possa predicarsi in capo al materiale mediatico che tali attività in qualunque modo ritragga.

Si pensi ad esempio ad un filmato amatoriale che mostri due individui (magari una coppia sposata) intenti a consumare un rapporto sessuale, e che sia pubblicato sul *web* nella piena consapevolezza dei due protagonisti. Si apprezzi o meno il contenuto di tale pubblicazione, se nessuno dei partecipanti è maltrattato e se non vi è ricorso alla violenza da parte degli agenti, non risulta possibile, dal punto di vista di un ordinamento laico, emettere un giudizio di riprovazione per la condotta mostrata, che rientra tra le comuni attività della vita dell'uomo. Più nello specifico, se il «buon costume» viene legato alla tutela della *dignità umana*, non si vede come possa predicarsi la contrarietà a tale bene del materiale in questione, giacché il prender parte ad attività sessuali con il proprio *partner* non è un comportamento degradante per l'individuo e non evidenzia una mancanza di rispetto verso quest'ultimo²¹⁸.

²¹⁶ Una (almeno parziale) concordanza di argomenti si rinviene in un'interessante pronuncia della Corte Suprema del Canada nel caso *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, reperibile anche *online* sul *database* delle pronunce della Corte Suprema all'indirizzo <http://scc.lexum.org>. L'opinione della maggioranza del Collegio, redatta dal giudice Sopinka, considera legittima la limitazione alla libertà di espressione garantita dalla Sezione 2 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, attuata mediante il divieto di circolazione del materiale pornografico, quando questo rappresenti i partecipanti (ed in particolare le donne) in maniera «*degrading or dehumanizing*». Nella motivazione si legge (p. 8) che «*The avoidance of harm caused to society through attitudinal changes certainly qualifies as a fundamental conception of morality. It is well grounded, since the harm takes the form of violations of the principles of human equality and dignity*». L'impostazione della decisione oscilla tuttavia tra legittimazione del moralismo giuridico e fedeltà all'*harm principle*, posto che la lesione della *public morality* viene vista come un *danno* per l'intera società: si legge infatti (a p. 39) che «*Pornography can be usefully divided into three categories: (1) explicit sex with violence, (2) explicit sex without violence but which subjects people to treatment that is degrading or dehumanizing, and (3) explicit sex without violence that is neither degrading nor dehumanizing*»; dopo l'analisi dei tre tipi di pornografia in riferimento al pericolo di *harm* per la società, il redattore conclude (p. 40) che «*the portrayal of sex coupled with violence will almost always constitute the undue exploitation of sex. Explicit sex which is degrading or dehumanizing may be undue if the risk of harm is substantial. Finally, explicit sex that is not violent and neither degrading nor dehumanizing is generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production*». Per un'analisi della pronuncia cfr. C. NOWLIN, *The Protection of Morals*, cit., p. 276 ss.

²¹⁷ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Offense to Others*, cit., p. 138 ss., si domanda «*How can sex (of all things) be obscene?*».

²¹⁸ Sul punto cfr. ad es. B. BOYCE, *Obscenity and Community Standards*, in *Yale J. Int'l L.*, 33, 2008, p. 355; *contra* H. CLOR, *Public Morality*, cit., p. 205.

Potrebbe tuttavia replicarsi che, nel caso di materiale pornografico (pur non raffigurante condotte umilianti per taluno dei soggetti coinvolti), ciò che risulta degradante non è la condotta mostrata in sé, ma il fatto stesso che determinati comportamenti umani siano mostrati a terzi e che costoro traggano piacere da tale spettacolo. Sarebbe dunque la strumentalizzazione dei protagonisti della pubblicazione oscena, che diverrebbero *oggetto* del piacere altrui, a determinare l'immoralità di quest'ultima²¹⁹. Ci sembra tuttavia di poter replicare che il trarre piacere dall'altrui attività, di per sé, solo impropriamente può considerarsi una 'strumentalizzazione' del prossimo, giacché, se così fosse, dovrebbero verosimilmente ritenersi ugualmente riprovevoli anche altre condotte, generalmente accettate, come assistere ad uno spettacolo musicale ovvero guardare un film con grande coinvolgimento emozionale. Ben pochi tuttavia affermerebbero che, in questi casi, i musicisti e gli attori siano stati 'usati' dallo spettatore in una maniera per essi degradante. Il fatto che la pornografia faccia appello a sensazioni (da molti) considerate meno 'nobili' non sembra una ragione sufficiente per giungere a conclusioni opposte a quelle in precedenza illustrate.

Infine, non sembra possibile giustificare le norme che reprimono l'oscenità con argomenti fondati sulla prevenzione di condotte antisociali (ad es. maggiore propensione alla violenza o allo sfruttamento sessuale) asseritamente derivanti dalla visione di materiale osceno. Allo stato degli atti, infatti, non vi è un consenso della comunità scientifica sul nesso eziologico che collegherebbe l'utilizzo di materiali pornografici e lo sviluppo di tendenze antisociali e criminali²²⁰.

Per le ragioni testè esposte, l'oscenità "semplice", a differenza di quella "qualificata" dalla rappresentazione della violazione della dignità dei partecipanti, dovrebbe dunque sfuggire al disposto dell'art. 21 c. 6 Cost. Ciò non significa, beninteso, l'illegittimità delle norme che puniscono le manifestazioni di pensiero oscene, come gli artt. 528 e 725 c.p., ma semplicemente che la giustificazione delle norme tuttora in vigore contro l'oscenità non dev'essere a nostro avviso cercata in argomenti di *moralismo giuridico puro*. Piuttosto, la legittimazione delle norme contro l'oscenità (pubblica e 'non degradante') sembra doversi ricercare nell'*harm and offense principle*. Occorre infatti tener presente che, sia in capo ai soggetti adulti, sia *a fortiori* in capo ai minorenni, esiste un interesse individuale a non essere costretto ad assistere contro la propria volontà a spettacoli eroticamente espliciti: ciò a cagione dell'imbarazzo o disgusto che potrebbe derivare alla persona che si imbattersse in materiale sessualmente orientato senza preavviso e, dunque, senza avervi prestato preventivamente il proprio consenso. Per i minori, poi, l'esposizione a materiale pornografico potrebbe essere pregiudizievole per il loro sviluppo, in maniera più o meno intensa a seconda del livello di maturità da essi raggiunto.

L'*offesa* giuridicamente rilevante, in questi casi, non è dunque al bene collettivo «buon costume», ma piuttosto a beni di pertinenza individuale, tra cui la libertà sessuale spettante a ciascun soggetto, e dotata di protezione costituzionale, nel suo aspetto di autodeterminazione circa

²¹⁹ In questa prospettiva v. ad es. H. CLOR, *Public Morality*, cit., p. 187 ss.; e ID., *The Death of Public Morality*, cit., p. 37.

²²⁰ Cfr. sul punto ad es. H.L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, trad. it. *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, p. 329 ss.; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 116 ss.; B. BOYCE, *Obscenity and Community Standards*, cit., p. 363 ss.

la visione di materiale eroticamente esplicito²²¹; ovvero l'interesse al corretto sviluppo del minore dal punto di vista educativo e psicologico, anch'esso dotata di rilievo costituzionale ai sensi dell'art. 31 c. 2 Cost. Ne consegue che, per quanto concerne la pornografia 'non degradante', il suo commercio e la sua distribuzione ad un pubblico adulto dovranno essere consentiti (a differenza di quanto avviene per la pornografia 'degradante', la cui circolazione fra il pubblico, come si è detto, può essere vietata *tout court*, salva l'impunità per la detenzione meramente privata), purchè – sulla scia di quanto già indicato dalla Corte costituzionale con la sent. 368/1992 – siano adottate quelle cautele che garantiscano la fruizione del materiale in questione ai soli soggetti consenzienti.

b) *Riti contrari al «buon costume».*

Nell'ambito dei comportamenti che vengono in rilievo ai fini dell'applicazione del limite del «buon costume» vi sono innanzitutto le attività di culto svolte nell'ambito della libertà religiosa di cui all'art. 19 Cost.

Va precisato immediatamente che, mentre nel caso dell'art. 21 c. 6 Cost. il limite del «buon costume» ha un oggetto prettamente *ideale*, concernendo i *contenuti* delle manifestazioni di pensiero, per quanto concerne la libertà religiosa la Carta costituzionale assoggetta allo stesso limite i soli «riti», con ciò sottolineando l'aspetto prettamente *materiale* delle condotte che vengono in rilievo ai fini dell'applicazione del limite in parola.²²² Non è dunque consentito un controllo di conformità al «buon costume» dei *principi* religiosi e delle dottrine professate dalle confessioni, ma solo un'attività di contrasto delle concrete attività culturali che contrastino con il bene in parola²²³.

²²¹ Cfr. *inter alios* H.L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, cit., p. 327 ss., spec. 335; J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Offense to Others*, cit., p. 142: «*In the absence of convincing evidence of its causal tie to social harms, pornography ought to be prohibited by law only when it is obscene and then precisely because it is obscene*», laddove l'*obscenity* è definita dall'Autore (p. 123) «*an extreme form of offensiveness producing repugnance shock, or disgust, though the offending materials can (paradoxically) be to some degree alluring at the same time*» (enfasi testuale). Conf. G. GEMMA, *Castità di Stato?*, in *Quad. cost.*, 2005, pp. 589-590. Non sono mancati, nella dottrina italiana, i tentativi di reinterpretazione del bene giuridico delle fattispecie di osceno in una prospettiva *harm (and offense)-based*: sul punto cfr. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 105 ss.; M. DONINI, «*Danno*» e «*offesa*» nella *c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., pp. 1581-1582; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, cit., p. 10 ss.; B. ROMANO, *I delitti contro la sfera sessuale*, cit., p. 72 ss.

²²² V. ad es. R. CORTESE, *Moralità pubblica*, cit., p. 47: «Sembra infine che il voluto riferimento ai soli riti dell'ipotetico contrasto con il buon costume valga ad accentuare l'elemento materiale, di fatto, in cui viene a presentarsi, nell'art. 19 cost., il buon costume».

²²³ Cfr. R. CORTESE, *Moralità pubblica*, cit., pp. 46-47; F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, cit., pp. 278-279; G. DE ROBERTO, *Buon costume*, cit., pp. 2-3; P. LILLO, *Libertà religiosa*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 3553; S. TROILO, *La libertà religiosa*, cit., p. 131, anche alla nota 117, il quale ritiene che, per le medesime ragioni espresse nel testo, l'art. 1 della l. 1159/29 debba considerarsi abrogato nella parte in cui fa riferimento ai «principi contrari al buon costume». Cfr. anche Corte cost., sent. 18 novembre 1958, n. 59, ove la Corte, nell'esaminare brevemente il limite del «buon costume» di cui all'art. 19 Cost., pone l'accento sull'aspetto rituale, pur latamente inteso fino a comprendere l'apertura di templi e oratori e la nomina dei relativi ministri. Va tuttavia fatto notare che, se lo Stato non è competente a sindacare *in via diretta* e generale i *principi* di una confessione religiosa per vagliarne la conformità al «buon costume», non è escluso che il bene in questione finisca per assumere rilievo in altra sede, ed in particolare al momento della decisione del Governo di stipulare o meno un'intesa con la stessa confessione ai sensi dell'art. 8 c. 3 Cost., o di quella del Parlamento di approvare con legge tale intesa. Un giudizio di contrarietà di alcune convinzioni religiose al «buon costume» potrebbe forse spiegare le ragioni (ritenute in generale di difficile comprensione: cfr. ad es. A. ALBISSETTI, *Le intese fantasma (a metà)*, reperibile on-line su <http://www.statoechiase.it>, 2012, p. 2) della determinazione governativa di non procedere alla conclusione di intese con alcune confessioni rimaste escluse dalla tornata legislativa del 2012, o del legislatore di non dare corso ad intese già stipulate. Nel 2012, infatti, si è proceduto all'approvazione con legge di intese con la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale (l. 30 luglio 2012, n. 126); con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni (l. 30 luglio 2012, n. 127); con la Chiesa apostolica in Italia (l. 30 luglio 2012, n. 128); con l'Unione Buddhista Italiana (l. 31 dicembre 2012, n. 245); con l'Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha (l. 31 dicembre 2012, n. 246). Non approvata in via legislativa, invece, è stata l'intesa con i Testimoni di Geova, stipulata nel 2000 ed ancora in attesa del 'via libera' definitivo del Parlamento, mentre nessuna intesa è stata ancora sottoscritta con le confessioni islamiche. È dunque possibile che la contrarietà dei principi professati da tali religioni a *valori* ritenuti fondamentali dallo Stato abbia pesato (sia

Ciò del resto può spiegare perché, a livello pratico, il limite *ex art. 19* operi in maniera differente rispetto a quanto avviene per le manifestazioni di pensiero: non è infatti consentito un vaglio preventivo dell'autorità sui riti religiosi asseritamente contrari al «buon costume» (del resto difficilmente attuabile), ma solo un intervento repressivo e sanzionatorio di carattere successivo²²⁴.

Nonostante le menzionate differenze di carattere *operativo*, e pur essendo presente un orientamento giurisprudenziale propenso ad attribuire alla clausola del «buon costume» un significato diverso a seconda del fatto che essa si ponga come limite alla libertà di manifestazione del pensiero ovvero alla libertà religiosa²²⁵, ci sembra che il concetto di «buon costume» costituzionale debba rimanere unitario e, quindi, il significato della locuzione in esame debba essere il medesimo a prescindere dalla libertà con cui essa interagisce e dalle modalità di estrinsecazione della stessa. Nel testo della Carta fondamentale, infatti, non si trovano indicazioni in senso contrario e dovrebbe dunque valere la presunzione – di carattere logico prima ancora che giuridico – per la quale, se il legislatore (in questo caso il costituente) ha utilizzato più volte la stessa locuzione nel medesimo testo normativo, ad essa deve attribuirsi sempre il medesimo significato. Del resto, la dottrina maggioritaria, pur individuando talora un concetto di «buon costume» diverso da quello qui proposto (e ancora legato alla sola sfera sessuale), sembra concorde nell'affermare l'omogeneità tra la clausola generale di cui all'art. 19 Cost. e quella di cui all'art. 21 c. 6 Cost. con riguardo agli interessi protetti dalla stessa sotto il profilo sostanziale²²⁶.

Proprio in virtù di tale identità di contenuto, deve ritenersi che anche in questo caso il «buon costume» subisca a sua volta il 'limite interno' derivante dalla salvaguardia della prima dimensione della *dignità umana*, talché i riti che possono essere sanzionati dall'ordinamento per violazione del limite di cui all'art. 19 Cost. devono essere comunque caratterizzati da un elemento di *pubblicità*, nei termini anzidetti²²⁷. Nonostante il diverso avviso di parte della dottrina²²⁸ e di risalente giurisprudenza²²⁹, non ci sembra dunque possibile ammettere la repressione dei riti

pur non in via esclusiva) tra le motivazioni che hanno spinto gli organi statali a non procedere sulla strada della regolamentazione pattizia (con tutto ciò che essa comporta sul piano delle disposizioni premiali ed agevolatrici per le confessioni interessate) dei rapporti con tali organizzazioni religiose. Con riguardo ad esempio al caso dell'Islam e dei profili problematici relativi ai rapporti tra i principi religiosi predicati dalle confessioni islamiche ed i valori di fondo delle democrazie occidentali v. ad es. A.S. MANCUSO, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le istituzioni*, reperibile on-line su <http://www.statoeuropeo.it>, 2012, p. 12 ss.

²²⁴ V. R. CORTESE, *Moralità pubblica*, cit., p. 47; P. LILLO, *Libertà religiosa*, cit., p. 3553; S. TROILO, *La libertà religiosa*, cit., p. 131. Cfr. sul punto anche Corte cost., sent. 8 marzo 1957, n. 45, in *Giur. cost.*, 1957, p. 579 ss., con nota di P. GIMONDI, *Le riunioni a carattere religioso e la loro speciale disciplina costituzionale*, *ibid.* Con tale pronuncia la Corte negava l'esistenza, nell'ordinamento giuridico vigente, di una regola secondo cui «ad ogni limitazione posta ad una libertà costituzionale debba implicitamente corrispondere il potere di un controllo preventivo dell'autorità di pubblica sicurezza» (ivi, nel *Considerato in diritto*) e, pertanto, dichiarava l'illegittimità costituzionale – in relazione all'art. 17 Cost. – dell'art. 26 T.U.L.P.S., che stabiliva l'obbligo del preavviso delle funzioni, cerimonie o pratiche religiose in luoghi aperti al pubblico.

²²⁵ V. *supra*, Cap. III, par. 5, ove si è verificato che la stessa Cassazione penale, pur ritenendo che il «buon costume» penalistico attenga principalmente alla sfera della sessualità, afferma che, nell'ambito della libertà religiosa, esso debba assumere un significato più ampio, non distante dal concetto che esso assume in ambito civilistico.

²²⁶ Così ad es. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 460; P. D'AVACK, *Libertà religiosa*, cit., p. 598; F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, cit., p. 278; G. DE ROBERTO, *Buon costume*, cit., p. 3; P. LILLO, *Libertà religiosa*, cit., p. 3553. Nella manualistica v. ad es. R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e rivendicazioni identitarie nell'autunno dei diritti*, Torino, 2008, p. 237; C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, Torino, 2010, p. 139.

²²⁷ Cfr. R. CORTESE, *Moralità*, cit., p. 47, con passo già riportato *supra*, in questo Capitolo, alla nota 189. Occorre qui solo sottolineare che le osservazioni dell'Autore sono contenute proprio nel paragrafo dedicato alla libertà religiosa.

²²⁸ Cfr. ad es. F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, cit., p. 278; V. PALOMBO, *Considerazioni in tema di riti contrari al buon costume*, in *Dir. eccl.*, 1997, p. 539 ss. Ma *contra* cit. A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1979, p. 168, sia pur per ragioni diverse da quelle da noi sostenute.

²²⁹ Cfr. Cass. pen., sent. 30 novembre 1953, in *Riv. pen.*, 1954, II, pp. 21-23.

contrari al «buon costume» che si svolgano in forma interamente privata (salvo, naturalmente, che ciò si renda necessario per la tutela di interessi diversi da quello in parola). Al di là della difficoltà pratica, per lo Stato, di reprimere attività culturali che si realizzino *intra moenia*²³⁰, ammettere tale ipotesi significherebbe infatti attribuire al «buon costume» un'interpretazione eccessivamente lata, con l'avallo di forme di moralismo giuridico estremo e pervasivo inaccettabili in un ordinamento laico e liberaldemocratico, per ragioni analoghe a quelle che sono state prese in considerazione al momento di vagliare l'ammissibilità – dal punto di vista costituzionale, ed in un'ottica comparatistica – delle *sodomy laws* americane, anch'esse destinate a punire condotte materiali svolte in forma interamente privata e, quindi, tale da non raggiungere la percezione della società²³¹.

Di più: una lettura così ampia del «buon costume» di cui all'art. 19 Cost. potrebbe condurre non solo ad una limitazione della libertà di culto in sé, ma ad una penalizzazione della libertà religiosa in generale, nel momento in cui determinate attività, perfettamente lecite se compiute in privato, divenissero illecite e sanzionabili per violazione del «buon costume» per il solo fatto di essere realizzate per finalità religiose, all'interno di attività di culto. Si prenda quello che viene tradizionalmente ritenuto un esempio di rito contrario al «buon costume», vale a dire un rito orgiastico (sul quale si tornerà comunque a breve). Il compimento di attività sessuali di gruppo – naturalmente in luogo privato e tra persone adulte e consenzienti – non costituisce un illecito nell'ordinamento italiano, rappresentando piuttosto un esercizio della libertà sessuale di ciascuno dei partecipanti. Se fosse vero che un rito contrario al «buon costume» può essere represso anche se compiuto in privato e che i riti orgiastici violano il limite in parola, se ne avrebbe che il compimento di attività sessuale di gruppo per ragioni di mero divertimento o per qualunque altro motivo sarebbe in via generale lecito, ma diverrebbe *contra ius* quando fosse attuato per finalità religiose. Ciò appare irragionevole ed in stridente contrasto con la *ratio* stessa che è sottesa alla garanzia della libertà di religione di cui all'art. 19 Cost., con la quale si è inteso ampliare la sfera giuridica dell'individuo, e non restringerla proibendo attività che, di per se stesse, non si presentano come anti-giuridiche.

Quanto ai riti che possono considerarsi contrari al «buon costume», si è giustamente osservato che fare esempi è molto meno facile che ragionare in astratto, specie se non si voglia restringere il discorso al solo campo della morale sessuale (come non riteniamo corretto fare, per le ragioni più volte evidenziate)²³², e ciò anche in considerazione che, di fatto,

[...] l'esperienza religiosa del nostro Paese – comune a quella di tutti i popoli che praticano le religioni sorte nel bacino del Mediterraneo o proliferate dal ceppo di esse, come, del resto, a quella delle grandi religioni dell'oriente – non conosce formazioni confessionali che compiano riti contrari al buon costume²³³.

²³⁰ Cfr. V. PALOMBO, *Considerazioni*, cit., p. 539.

²³¹ V. *supra*, Cap. VI, spec. par. 5.

²³² Cfr. L. MUSSELLI-V. TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico: la disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Roma-Bari, 2000, p. 153.

²³³ Così F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, cit., p. 277.

Per tale ragione, non si è mancato di affermare che il limite del «buon costume» di cui all'art. 19 Cost. «sembra più teorico che pratico»²³⁴. Volendo tuttavia individuare alcune ipotesi di riti contrastanti con il limite in esame, possono darsi diversi casi.

Il primo esempio che viene tradizionalmente riportato è quello dei riti orgiastici²³⁵. Nella prospettiva che è stata fin qui accolta, deve ritenersi che le attività di culto in questione possano considerarsi *contra bonos mores* soltanto ove si ritenga che il compimento di rapporti sessuali di gruppo sia in qualche modo degradante per i soggetti coinvolti, quindi lesivo della loro dignità, pena l'adozione di un concetto di «buon costume» modellato su convinzioni morali di parte ed il pregiudizio della posizione di minoranze che, evidentemente, tali convinzioni non condividono. Similmente a quanto si è rilevato affrontando il tema della pornografia, tuttavia, risulta difficile, in una prospettiva autenticamente laica, affermare che il compimento di atti sessuali tra soggetti adulti e consenzienti, senza che alcuna delle parti coinvolte sia umiliata, maltrattata o sevizata, sia 'degradante' per la persona, e quindi meritevole di riprovazione da parte dell'ordinamento. Come già si è detto, se gli individui sono liberi di compiere un'orgia nei recessi delle proprie case, non si vede perché tale libertà dovrebbe venir meno quando ciò sia fatto nell'ambito di un rito religioso.

La conclusione testè raggiunta non significa, naturalmente, che il compimento di riti orgiastici sia consentito sempre e comunque, posto che altri interessi, diversi dal «buon costume» ma parimenti dotati di copertura costituzionale, ostano ad una libertà incondizionata in tal senso. Ancora una volta è in primo luogo l'altrui libertà sessuale ex art. 13 Cost. che viene in rilievo, nel caso in cui le attività di culto in questione avvengano in luogo pubblico ovvero in luogo aperto al pubblico nel quale gli avventori non siano preventivamente selezionati (con particolare riguardo alla loro età) e resi edotti della natura delle condotte che ivi si svolgono. Non può escludersi anche in questo caso inoltre, un danno all'interesse educativo dei minori ai sensi dell'art. 31 c. 2 Cost., nel caso in cui ad assistere alle attività culturali in parola siano soggetti immaturi, sul cui sviluppo la visione di riti osceni potrebbe influire negativamente. In tutte queste circostanze i riti orgiastici saranno illeciti non perché *contra bonos mores* e dunque "immorali", ma perché obiettivamente pregiudizievoli per la sfera di terzi.

Conclusioni non dissimili devono raggiungersi, a nostro avviso, nei confronti di quei riti, non molto diffusi nella società a dir il vero, che coinvolgono attività illecite lesive di altri interessi dello Stato. Del tutto evidenti gli interessi protetti nel caso di repressione di atti di culto estremi che prevedano il compimento di delitti quali sacrifici umani o animali, mutilazioni, violenze sessuali di gruppo etc.²³⁶. Di interesse è anche il caso di pratiche culturali che mirino al controllo mentale degli adepti, mediante l'utilizzo di tecniche di persuasione che possono sfociare nell'illecito penale ove si

²³⁴ F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, cit., p. 277.

²³⁵ Lo menzionano, ad es., F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, cit., p. 277; L. MUSSELLI-V. TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 153.

²³⁶ Più che altro teorica ci sembra invece l'ipotesi – pure fatta oggetto di attenzione dalla dottrina – di un rito che preveda l'iniziazione a condotte incestuose. V. sul punto V. PALOMBO, *Considerazioni*, cit., p. 539 ss., la quale sostiene che, nel caso di un rito di iniziazione all'incesto, il «pubblico scandalo» al quale è legata la punibilità dell'incesto ai sensi dell'art. 564 c.p. deve considerarsi in certo senso *in re ipsa* a cagione della pluralità di soggetti partecipanti al rito. Si tratta di considerazione sulla quale non possiamo concordare, tenuto conto del concetto di "pubblicità" di una condotta che si è ritenuto fin qui di adottare.

ravvisino gli estremi dei reati di minaccia, estorsione o circonvenzione di incapaci. In tutte queste circostanze ad essere offeso in prima battuta non è il «buon costume», ma lo sono i singoli beni giuridici di volta in volta vulnerati dalle condotte poste in essere dai fedeli. Ciò non esclude, peraltro, che anche il «buon costume» figuri tra gli interessi in gioco, nel momento in cui la lesione ad uno dei beni tutelati (es. l'integrità fisica della persona) rappresenti anche una lesione del valore della dignità umana che al primo è connessa.

Un'ipotesi che si è posta all'attenzione della giurisprudenza è quella del consumo rituale di sostanze stupefacenti, tuttora praticato in alcune religioni quali il rastafarianesimo²³⁷: anche in questo caso, però, la repressione del comportamento in esame non poggia su considerazioni di «buon costume»²³⁸, ma di tutela degli altri beni che possono essere lesi dall'assunzione di droghe da parte dell'individuo, come ad esempio la sicurezza pubblica²³⁹.

Nell'ambito dei riti contrari al «buon costume» in senso stretto, dunque, ci sembra possano essere fatte rientrare solo quelle pratiche nelle quali i soggetti coinvolti subiscono una intollerabile *deminutio* della propria *dignità umana*, essendo oggetto di atti di violenza, di sevizie o crudeltà – pur consentite dai partecipanti e pur non letali né invalidanti – contro le quali può legittimamente dirigersi la reazione dell'ordinamento qualora esse avvengano nella sfera pubblica²⁴⁰. Oppure può pensarsi a riti nei quali le particolari qualità di un soggetto (es. la sua appartenenza al sesso femminile) lo rendano oggetto di un trattamento particolarmente mortificante o 'spersonalizzante'.

Può anche prendersi in considerazione l'ipotesi attività di culto, molto diffuse ad esempio tra alcune sette sataniche, nelle quali sia praticata la dissacrazione di cadaveri: in questo caso tali condotte, punite dalle fattispecie penali inserite nel Capo II del Titolo IV del Codice penale (dedicato appunto ai «delitti contro la pietà dei defunti»), oltre che dalla contravvenzione (ora

²³⁷ V. Cass. pen., Sez. VI, sent. 03 giugno 2008, n. 28720, in *Guida al dir.*, 2008, p. 106 (solo mass.), con nota di G. AMATO, *Nessuna liberatoria sul possesso di cannabis per gli adepti della religione «rastafariana»*, *ibid.* Con tale pronuncia la Corte ha ritenuto che il contesto nel quale era avvenuto il consumo della sostanza stupefacente, con particolare riguardo alla finalità religiosa dello stesso, fosse rilevante ai fini di determinare la riconduzione della fattispecie al concetto di "uso personale" della sostanza, con esclusione della responsabilità penale dell'imputato. La condotta dello stesso, tuttavia, rimaneva illecita sotto il profilo amministrativo. Interessante è anche Cass. pen., Sez. VI, sent. 5 dicembre 2005, n. 44227, reperibile on-line su <http://www.olir.it>, con la quale la Corte ha giudicato gli appartenenti ad un culto denominato «Santo Daime» per il reato di associazione finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti, poiché gli imputati facevano uso, a fini di culto, di una bevanda (la *ayahuasca*) contenente sostanze considerate stupefacenti dalla normativa vigente. I giudici hanno ritenuto che le condotte contestate agli imputati non potessero essere scriminate sulla base dell'esigenza di praticare un certo culto o di fare proselitismo dello stesso «[...] perché neppure in presenza di questi fenomeni (certamente liberi ed anzi tutelati) è giammai consentito lo sconfinamento nell'illecito penale» (Cass. pen., sent. 44227/05, cit., par. 1 del *Considerato in diritto*).

²³⁸ Sull'inammissibilità di un tentativo di giustificare il divieto di consumo di sostanze stupefacenti in base a ragioni di «buon costume» v. già R. PERRONE, *Il consumo di sostanze stupefacenti*, cit., p. 501 ss.

²³⁹ Sulla configurabilità di un diritto costituzionalmente tutelato all'assunzione di sostanze stupefacenti, e dunque sul bilanciamento dell'interesse individuale a tale consumo rispetto ad interessi concorrenti, sia consentito rinviare a R. PERRONE, *Il consumo di sostanze stupefacenti*, cit.

²⁴⁰ P. LILLO, *Libertà religiosa*, cit., p. 3553, fa il caso di «[...] eventuali pratiche di culto che, per la loro indole violenta, cruenta o aggressiva, possono comunque risultare riprovevoli alla coscienza umana (es., sacrifici rituali, lesioni corporali, mutilazioni o automutilazioni personali, ecc.) ed essere, perciò, latamente intese quali ulteriori manifestazioni di "malcostume"». Cfr. anche L. MUSSELLI-V. TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 153, i quali rammentano che «Alcune sette statunitensi, per esempio, propagandano via Internet, ove finzione e realtà si confondono, suicidi di massa, consumo alimentare di cadaveri; ovvero sono considerabili contrari al buon costume i riti satanici e le orge sessuali, con partecipazione di minori o determinanti soggezione psicologica verso il capo, retaggi di riti stregoneschi medioevali». Più che ledere il «buon costume», come sostengono gli Autori, alcuni di questi riti ci sembrano violare altri interessi meritevoli di tutela, quali l'integrità fisica e la libertà sessuale dei partecipanti, la salute psico-fisica dei minori, la prevenzione della crudeltà contro gli animali, e così via.

depenalizzata) di cui all'art. 724 c.p.²⁴¹, possono forse rilevare come offese al «buon costume» nel momento in cui si consideri l'*impietas* di tali pratiche nei termini di una violazione della dignità-rispetto nei confronti dell'"altro", in questo caso rappresentato non dall'essere umano vivente, ma dalle sue spoglie, alle quali l'ordinamento garantisce un riguardo particolare in considerazione delle vestigia di umanità che esse pure incarnano²⁴². Tale conclusione, del resto, è in linea con l'orientamento della Corte di Cassazione che – come si è visto – nel recepire le indicazioni della sentenza 293/2000 della Corte costituzionale, ha ritenuto che la pubblicazione delle immagini del corpo di una persona uccisa, vista anche la cruenta delle stesse, fosse in grado di turbare il «comune senso della morale» proprio per la loro attitudine a violare la *dignità umana* della defunta e, in tal modo, un valore di base condiviso dalla società²⁴³. Tale linea argomentativa, se vale per immagini e pubblicazioni, dovrà valere *a fortiori* nel caso di *atti* irrispettosi nei confronti del cadavere vero e proprio.

c) *Altri esempi di comportamenti contrari al «buon costume».*

Oltre a pubblicazioni e riti contrari al «buon costume», può ammettersi, come si è visto, un divieto di condotte materiali contrastanti con tale bene, che in questi casi viene in rilievo come limite *implicito*, derivante da un'operazione di bilanciamento tra la libertà individuale che di volta in volta viene in rilievo e l'interesse pubblicistico alla salvaguardia dell'interesse in esame.

Un primo esempio riguarda spettacoli ed intrattenimenti in luogo pubblico o aperto al pubblico.

Per quanto riguarda le condotte che abbiano carattere di oscenità o indecenza, esse sono attualmente punibili ai sensi degli artt. 527, 528 c. 3 n. 2) e 726 c.p. Dovrebbero tuttavia risultare chiare le ragioni che ci spingono a rinvenire in tali fattispecie un'applicazione dell'*harm and offense principle* di cui si è parlato in precedenza, piuttosto che un esempio di tutela del «buon costume» costituzionalmente rilevante. Non sarà dunque possibile il divieto delle condotte in esame, ma solo

²⁴¹ Sui reati contro la pietà per i defunti v. F. CHIAROTTI, *Defunti (delitti contro la pietà dei)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 896 ss.; G. FIANDACA, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991; A. ROSSI VANNINI, *Pietà dei defunti (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 569 ss.; D. BRESCIANI, *Dei delitti contro la pietà dei defunti*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, III, a cura di A. Cadoppi et. al., Torino, 2008, p. 907 ss.

²⁴² In questo senso cfr. A. ROSSI VANNINI, *Pietà dei defunti*, cit., p. 571; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2004, p. 137, sia pure in forma dubitativa; D. BRESCIANI, *Dei delitti contro la pietà dei defunti*, cit., p. 911, la quale sottolinea che il collegamento con la dignità dell'uomo potrebbe giustificare una lettura costituzionalmente orientata del bene giuridico delle fattispecie poste a tutela della pietà per i defunti: «Se, infatti, il cadavere viene più volte indicato come proiezione ultraesistenziale della persona umana, dovendo allo stesso riconoscersi, seppur in forme diverse, quella medesima dignità che ciascun soggetto vivente rivendica e vede tutelata anche per mano della sanzione penale, va da sé che la sua tutela può ben, in un'ottica di rilettura costituzionale del bene giuridico, spingersi fino alla creazione (*rectius*: al mantenimento) di fattispecie penali volte all'incriminazione di fatti offensivi alla dignità del defunto». Può rammentarsi che, come riportano A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *op. e loc. ult. cit.*, nel progetto di riforma del Codice penale redatto dalla Commissione Pagliaro, era previsto un Capo (il Capo VI del Titolo IV, intitolato «Dei reati contro la dignità dell'essere umano»), dedicato ai «reati contro la dignità della persona defunta».

²⁴³ V., con molta chiarezza, Cass. pen., Sez. III, sent. 27 aprile 2001, n. 23356, cit., p. 731 (che riporta peraltro le parole della sentenza del giudice di merito): «Le immagini della vittima dell'omicidio sono infatti tali da destare impressione e raccapriccio nell'osservatore di normale emotività, improntato ad impulsi di solidarietà umana, pietà per la defunta, rispetto per la sua spoglia, repulsione istintiva verso le ferite efferatamente impresse, senso di dignità della persona già uccisa in quel modo ed ulteriormente oltraggiata dalla pubblica ostensione del suo corpo, naturale esigenza di riservatezza verso l'intimità fisica personale rinforzata dalla condizione mortale del soggetto: insomma tutto, quel complesso di valori spirituali e sociali che, avvertiti come tali dalla comunità con immediatezza di consenso costituiscono quello che secondo l'art. 15 cit. è il comune sentimento della morale ed intende salvaguardare dal pericolo di turbamento insito in un particolare modo

l'obbligo, per chi intendesse realizzare le stesse nei luoghi anzidetti, di adottare adeguate cautele per prevenire il rischio che terzi ignari o non consenzienti vengano coinvolti.

Sarà invece possibile un *divieto* degli spettacoli ed intrattenimenti in esame (salva l'immunità delle attività svolte in forma interamente privata) nel caso in cui essi, oltre che osceni o indecenti, risultino anche lesivi della dignità umana: nel caso si tratti, in altre parole, di oscenità o indecenza "qualificata", secondo la terminologia che abbiamo utilizzato in precedenza. Volendo immaginare qualche esempio al riguardo, può rammentarsi il caso del *Peep Show Fall*, avvenuto in Germania, ove le autorità locali hanno negato l'autorizzazione all'apertura di attrazioni di *peep show*, vale a dire spettacoli di spogliarello tenuti da donne collocate all'interno di cabine coperte da pannelli, che potevano essere rimossi dagli avventori mediante l'inserimento di gettoni in apposite fessure²⁴⁴. I giudici tedeschi ritennero tali spettacoli contrari al «buon costume» (*guten Sitten*), in quanto lesivi della *dignità umana* di cui all'art. 1 *Grundgesetz*²⁴⁵. È evidente la preoccupazione nei riguardi di una vera e propria *oggettificazione* della persona che si esibiva in tali spettacoli²⁴⁶, benchè la misura risulti probabilmente eccessiva in un contesto, come quello attuale, dominato da manifestazioni ben più palesi della tendenza alla riduzione della persona a mero strumento del diletto altrui.

In Italia, ad esempio, un problema che si è posto di recente, seppure sotto profili parzialmente diversi da quello qui in esame, è quello della liceità penale degli spettacoli di *lap dance*²⁴⁷, vale a dire un particolare tipo di spogliarello che non di rado comporta una partecipazione degli spettatori all'esibizione. Il tema è stato trattato dalla giurisprudenza in particolare sotto il profilo della tipicità della fattispecie, domandandosi i giudici se la destinazione degli spettacoli in questione ad un pubblico esclusivamente adulto e consenziente fosse sufficiente ad escludere la riconducibilità delle condotte in esame al delitto di cui all'art. 528 c.p., secondo la lettura datane dalla Corte costituzionale con la sent. 368/1992. La Corte di Cassazione ha ritenuto che, anche se svolta in luogo aperto al pubblico, la *lap dance* non potesse considerarsi penalmente illecita, poiché la selezione all'ingresso, consentito soltanto a soggetti informati del tipo di spettacolo che si svolgeva nei locali, era sufficiente, secondo i giudici, ad escludere l'offensività della condotta²⁴⁸. Sulla base delle considerazioni svolte in precedenza, tuttavia, deve ritenersi che, in presenza di condotte che rappresentino un *vulnus* alla dignità dei soggetti coinvolti,

eccessivo e socialmente inadeguato dell'informazione, così rispecchiando valori costituzionali che controbilanciano il diritto alla libera manifestazione del pensiero e perciò costituiscono limiti interni all'esercizio del diritto medesimo».

²⁴⁴ Sul caso del *Peep Show*, v. ad es. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 831 ss.; J. JONES, "Common Constitutional Traditions": *Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, in *Public Law*, 2004, pp. 178-179; M. GENNUSA, *La dignità umana*, cit., p. 203; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., p. 252 ss.

²⁴⁵ v. *BverwG*, sent. 15 dicembre 1981, in *NWJ*, 1982, p. 664 ss.; e *BverwG*, sent. 30 gennaio 1986, in *NWJ*, 1987, p. 3246.

²⁴⁶ Cfr. J. JONES, "Common Constitutional Traditions", cit., pp. 178-179.

²⁴⁷ V. al riguardo Cass. pen., Sez. III, sent. 12 febbraio 2003, n. 13039, C., in *Cass. pen.*, 2004, p. 1369; e Cass. pen., sent. 48532/2004, cit. In dottrina v. M. FARINA, *Il reato di atti osceni*, cit., spec. p. 871 ss.; G. CAMPAGNOLI, *Il concetto di osceno*, cit.; O. ZAMPANO, *Gli atti osceni tra offensività e tipicità*, in *Riv. pen.*, 1, 2006, p. 64 ss.

²⁴⁸ Cass. pen., sent. 48532/2004, cit., pp. 866-867, nella quale si legge: «Questa Corte di legittimità, in mancanza di contrarie risultanze, non può che riferirsi alla situazione di fatto accertata dal Tribunale, secondo cui al detto circolo potevano accedere, a pagamento e previo tesseramento (il che comunque rappresentava un ulteriore filtro, anche se meramente formale), solo coloro che volevano assistere a spettacoli di *lap dance*, adeguatamente pubblicizzati come tali.

l'ordinamento possa reagire anche nei confronti di attività svolte in luoghi aperti al pubblico, vietandone lo svolgimento *tout court*.

Orbene, la *lap dance*, proprio per la partecipazione attiva degli astanti, che non di rado si manifesta attraverso contatti fisici e toccamenti della spogliarellista²⁴⁹, potrebbe realizzare una ben più marcata lesione della dignità della persona rispetto all'ipotesi del *peep show*²⁵⁰. Qualora il legislatore ritenesse inaccettabile lo svolgimento, nella sfera pubblica, di tale attività, e decidesse di proibirla, con la sola salvezza delle condotte svolte in maniera interamente privata²⁵¹, il richiamo alla tutela del «buon costume» quale *ratio* giustificativa della misura non sembrerebbe in questo caso *ictu oculi* ingiustificato. Occorre comunque sottolineare che la contrarietà al «buon costume» non è l'unica valutazione che il legislatore sarebbe tenuto a compiere. Al vaglio sulla violazione di tale bene si affiancherebbe, infatti, la stima dei «costi» che il divieto degli spettacoli di *lap dance* – sotto minaccia di sanzione penale o di altro tipo – potrebbe avere per la stessa società, ed in particolare per i soggetti deboli (le ballerine di *lap dance*, sovente vittime di sfruttamento)²⁵². Nonostante dunque gli spettacoli in esame possano configurare una lesione del «buon costume», non è affatto escluso che, per ragioni di politica criminale, il legislatore preferisca non percorrere la controversa strada delle politiche di stampo proibizionista.

Il tema dell'oscenità, pur «qualificata», non assorbe la problematica del «buon costume», potendosi immaginare fattispecie ben più evidenti di comportamenti lesivi di tale bene, con particolare riguardo a spettacoli ed eventi violenti o degradanti..

Con riguardo alla prima ipotesi, anche senza immaginarsi esempi estremi e di improbabile realizzazione, come quello di una lotta di gladiatori²⁵³, può pensarsi a intrattenimenti nei quali lo scopo sia quello di ferire l'avversario, quando ciò rappresenti una manifestazione di disprezzo per la persona umana che l'ordinamento non può tollerare, con un ragionamento giuridico simile a

[...] In conclusione, alla luce delle considerazioni che precedono, ritiene il Collegio non ravvisabile nel caso di specie il reato di atti osceni per carenza in concreto di offensività della condotta».

²⁴⁹ Cfr. Cass. pen., sent. 48532/2004, cit., pp. 866-867: «Deve considerarsi, inoltre, astenendosi il collegio da qualsiasi valutazione sul piano morale e di buon gusto, che la c.d. *lap dance* [...] a differenza dei classici spettacoli di spogliarello, contempla – ed addirittura presuppone – il coinvolgimento degli spettatori nella esibizione dell'«artista», per cui anche i contatti e toccamenti, descritti in atti, tra le due «ballerine» ed i clienti non possono essere considerati un inatteso ed imprevisto «fuori programma» idoneo ad offendere il senso del pudore». Nel caso che aveva interessato la Cassazione nel 2003, i giudici ricostruivano la vicenda processuale evidenziando che «[...] i due indagati avevano organizzato nel locale club da loro gestito un'attività di *lap dance*, nel corso della quale le ragazze, alcune immigrate clandestine, ballando seminude, consentivano ai clienti di infilare nelle loro mutandine biglietti del valore convenzionale di 50 centesimi di euro e di farsi accarezzare le gambe o i fianchi, successivamente le stesse donne, previo pagamento da parte dei clienti di 50 euro, si appartavano in ambienti riservati denominati «privé», nei quali, alla presenza di uno o due clienti, si denudavano completamente, acconsentendo agli stessi di accarezzare loro i fianchi, le gambe e le braccia» (così Cass. pen., sent. 13039/2003, cit.).

²⁵⁰ In effetti la Cassazione ha ritenuto che la partecipazione degli spettatori allo spettacolo di *lap dance* fosse compatibile, in astratto, con la nozione penalistica di «atto sessuale», con la conseguenza che, in presenza dell'elemento retributivo (costituito dalle somme versate dagli spettatori alle spogliarelliste per lo spettacolo), potrebbe configurarsi la fattispecie di prostituzione, con conseguente responsabilità penale dei tenutari dei locali ove si svolge la *lap dance*: cfr. Cass. pen., sent. 13039/2003, cit.

²⁵¹ Tale dovrebbe ritenersi, a nostro avviso, lo svolgimento degli spettacoli in questione in un circolo privato, al quale possano accedere soltanto gli associati, i quali, dunque, non rappresentano un *pubblico* indistinto. Il requisito del tesseramento, considerato un filtro «meramente formale» dalla Cassazione nella sentenza 48534/2004 (v. *supra*, alla nota precedente), arriva ad assumere un'importanza sostanziale non secondaria nella prospettiva che si è accolta nel testo.

²⁵² Come era ad es. nel caso affrontato da Cass. pen., sent. 13039/2003, cit.

²⁵³ L'esempio della lotta di gladiatori è stato proposto da Irving Kristol nel suo articolo *Pornography, Obscenity, and the Case for Censorship*, comparso sul *New York Time Magazine* il 28 marzo 1971. Successivamente è stato rielaborato da Joel Feinberg: v. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harmless Wrongdoing*, cit., p. 128 ss.

quello che ha condotto le autorità tedesche nel caso *Omega* a vietare il *laser sport*²⁵⁴, in quanto ritenuto lesivo dei valori di base della convivenza sociale. Occorre tuttavia precisare che, dovendosi operare un bilanciamento tra la posizione del singolo ed il «buon costume», affinché possa scattare la reazione dell'ordinamento ci sembra che il pregiudizio per quest'ultimo bene debba risultare palese, tangibile ed avvertibile direttamente dallo spettatore. Così, difficilmente potrebbe ritenersi ragionevole un divieto per attività, come il *laser sport*, nelle quali l'«uccisione» è del tutto virtuale e figurata²⁵⁵ e non sembra manifestare, in sé, un disprezzo per la persona umana.

Meno difficoltà, dal punto di vista del bilanciamento degli interessi, incontrerebbe il divieto di talune discipline sportive il cui scopo principale sia proprio quello di colpire, ferire o sottomettere l'avversario facendo uso della forza fisica e causando a quest'ultimo una sofferenza reale, come avviene per quanto riguarda, ad esempio, la *boxe* o, in maniera ancora più evidente, determinati sport meno diffusi in Italia come il *wrestling* o il *mixed martial arts*²⁵⁶. Qualora la comunità ritenesse la pratica di queste attività intollerabilmente lesiva della *dignità umana*, e quindi del «buon costume» che essa ha per oggetto e nel quale la società si riconosce, il divieto di esercizio in pubblico degli sport in questione potrebbe risultare giustificato.

Con riguardo alla seconda ipotesi, può pensarsi a giochi o competizioni nei quali un individuo sia trattato in maniera umiliante a cagione di alcune sue qualità personali o della sua appartenenza ad un determinato gruppo sociale. Attingendo all'esperienza straniera, un caso interessante è quello del c.d. *lancio dei nani*²⁵⁷. Si tratta di una vicenda avvenuta dapprima in Germania, quando le autorità amministrative tedesche, rilevando ancora una volta il collegamento tra «buon costume» e dignità, hanno negato l'autorizzazione allo svolgimento del lancio dei nani (*Zwergenweitwurf*), consistente nel gioco di lanciare un individuo affetto da nanismo, dotato di apposito abbigliamento in velcro, il più lontano possibile, facendolo atterrare in apposite strutture di ricezione, senza alcun pericolo di danno fisico. I giudici tedeschi ritennero giustificato il divieto delle autorità amministrative, sulla base della considerazione che la dignità – considerata indisponibile – risulta violata dalla condotta di trattare l'essere umano come un «attrezzo sportivo»²⁵⁸. Il fatto si ripeté in Francia nel momento in cui i sindaci di due comuni, sulla base di una circolare del Ministro

²⁵⁴ Sul caso *Omega v. supra*, al par. precedente.

²⁵⁵ Deve infatti precisarsi che, nel *laser game*, la «morte» del partecipante a seguito dell'«uccisione» da parte dell'avversario non produce alcuna conseguenza sul piano fisico (il giocatore non è materialmente colpito dagli altri concorrenti) ed il suo «decesso» è avvertibile soltanto sul piano delle regole del gioco, posto che, generalmente, al giocatore «ucciso» è vietato riprendere il gioco per un certo periodo di tempo dopo essere stato centrato dai *laser* avversari.

²⁵⁶ Il *mixed martial arts*, anche noto come *ultimate fighting* (lotta estrema) è una disciplina poco diffusa in Italia, ma popolare in altri Paesi come gli Stati Uniti, dove è stata oggetto di polemiche proprio per l'estrema violenza che la caratterizza. Negli USA essa è definita, a livello legislativo, come «[the] unarmed combat involving the use, subject to any applicable limitations [...] of a combination of techniques from different disciplines of the martial arts, including, without limitation, grappling, kicking and striking» (*Nev. Admin. Code* § 467.00285, 2001), o «the convergence of techniques from a variety of combative sports disciplines including boxing, wrestling, judo, jujitsu, kickboxing and others» (*Ohio Admin. Code*, 3773:7-01, P, 2007). Sul *mixed martial arts* negli USA v. ad es. J.T. SMITH, *Fighting for Regulation: Mixed Martial Arts Legislation in the United States*, in *Drake L. Rev.*, 58, 2009-2010, p. 617 ss.; M. KIM, *Mixed Martial Arts: The Evolution of a Combats Sport and Its Laws and Regulations*, in *Sports Law. J.*, 17, 2010, p. 49 ss..

²⁵⁷ Sul caso del lancio dei nani v. ad es. D. FELDMAN, *Human Dignity*, cit., pp. 701-702; G. RESTA, *La disponibilità*, cit., p. 839 ss.; M. GENNUSA, *La dignità umana*, cit., p. 203 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., p. 249 ss.; G. CRICENTI, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica di diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 21 ss.; N. RAO, *Three Concepts of Dignity*, in *Notre Dame L. Rev.*, 86, 2011, pp. 226-227.

²⁵⁸ V. VG Neustadt, sent. 21 maggio 1992, NVwZ, 1993, p. 98, sul quale v. G. RESTA, *La disponibilità*, cit., p. 835, nota 83; nonché S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., p. 251.

dell'Interno riguardante gli spettacoli pubblici – adottarono ordinanze volte a proibire nei territori soggetti alla loro amministrazione l'attrazione del c.d. *lancer de nains*. Contrariamente ai Tribunali amministrativi di prima istanza, che si erano pronunciati a sfavore dei provvedimenti in questione²⁵⁹, il *Conseil d'État* ritenne legittime le ordinanze, argomentando in base al fatto che gli spettacoli in questione ledessero la *dignità umana*, componente fondamentale di quell'*ordre publique* che le autorità locali sono competenti a tutelare²⁶⁰. Uno dei soggetti impiegati in questi spettacoli, non condividendo il ragionamento del *Conseil*, presentò ricorso al Comitato per i diritti umani istituito dal Patto internazionale per i diritti civili e politici del 1966, cui la Francia aveva aderito, sostenendo che le ordinanze in questione erano lesive della sua dignità, avendolo privato del proprio lavoro. Il Comitato rigettò il ricorso, affermando che

[...] *the ban on dwarf tossing as practised by the author did not constitute an abusive measure but was necessary in order to protect public order, which brings into play considerations of human dignity that are compatible with the objectives of the Covenant*²⁶¹.

Il caso del *lancer de nains* ci sembra particolarmente esemplificativo del tipo di condotta suscettibile di offendere il «buon costume»²⁶². È un dato di facile comprensione, infatti, che l'essere *lanciato* per il divertimento altrui è un comportamento che evidenzia una palese riduzione ad oggetto della persona che subisce tale trattamento: la violazione della dignità-rispetto, nelle circostanze in esame, è di immediata percezione. Ma si possono ovviamente immaginare spettacoli altrettanto o addirittura più ripugnanti per la coscienza sociale: si prenda ad esempio il caso di uno *show* in cui un individuo sia soggetto a lazzi e derisione a cagione di un suo *handicap*, come è nel caso di alcuni *freak shows* (esibizioni di soggetti che presentano deformità fisiche evidenti, molto popolari in passato nei circhi)²⁶³, ovvero ad un gioco a premi nel quale i partecipanti debbano sottoporre a trattamenti umilianti soggetti scelti in base alla loro appartenenza ad un gruppo razziale²⁶⁴.

²⁵⁹ V. T.A. Versailles, sent. 25 febbraio 1992, in *Rev. fr. dr. adm.*, 1992, p. 1026 ss., con commento di J.F. FLAUS, *L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme*, *ibid.*; T.A. Marseille, sent. 8 ottobre 1992, inedita.

²⁶⁰ V. *Conseil d'État*, Ass., sent. 27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, in *Dalloz*, 1995, p. 257 ss.; *Conseil d'État*, Ass., sent. 27 ottobre 1995, *Ville d'Aix-en-Provence*, in *Dalloz*, 1996, p. 177 ss.

²⁶¹ Così lo *Human Rights Committee*, *Wackenheim v. France*, Comm. No. 854/1999: France, 26 Feb. 2002, UN Doc CCPR/C/75/D/854/1999, § 7.4.

²⁶² Si sottolinea che, come si è detto, nell'ordinamento francese – e a differenza di quanto è avvenuto in Germania – la fattispecie è stata piuttosto ricondotta sotto la clausola dell'«ordine pubblico», mentre nel contesto italiano ci sembra che sia il «buon costume» il concetto cui fare riferimento, lasciando all'«ordine pubblico» la sua valenza *materiale* e non *ideale*.

²⁶³ Sui *freak shows* nell'esperienza americana (in Italia non pare esserci letteratura al riguardo), v. B.A. FORDHAM, *Dangerous Bodies: Freak Shows, Expression, and Exploitation*, in *UCLA Ent. L. Rev.*, 14, 2007, p. 207 ss.. Secondo l'Autore il divieto di *freak shows* introdotto da alcuni Stati americani risiederebbe nell'intento di proibire spettacoli che ritraggano persone con deformità corporali come «strane e inferiori», com'era tipico del *freak show* tradizionale (ivi, p. 243). L'Autore ritiene comunque che il divieto sia giustificato soltanto nel caso in cui lo spettacolo rappresenti le persone coinvolte in maniera umiliante, mentre non sia ammissibile nel caso contrario (ivi, pp. 243-244). Se si tiene presente l'interesse protetto da un eventuale divieto degli intrattenimenti in questione, vale a dire il «buon costume» nella sua componente di dignità-rispetto, la conclusione dell'Autore deve ritenersi condivisibile.

²⁶⁴ Come avviene ad esempio nella scena del film *Il mio nome è nessuno*, in cui è raffigurata un'attrazione da circo in cui lo scopo del gioco è bersagliare una serie di individui di colore, esposti in un baraccone, con torte di crema.

Non sembra esservi dubbio che la coscienza sociale potrebbe essere fortemente (e negativamente) scossa dalla presenza di intrattenimenti dei tipi descritti, qualora essi avvenissero in luogo pubblico o aperto al pubblico, proprio a cagione della contrarietà di tali attività a valori di fondo dell'ordinamento che ciascuno sente, o è legittimato a sentire, come propri. È altrettanto indubbio, peraltro, che il singolo potrebbe anche non condividere la valutazione di *indegnità* della condotta che il legislatore porrebbe alla base di una normativa proibizionista. È questo un chiaro esempio di come l'*aspetto oggettivo* e l'*aspetto soggettivo* della dignità possano venire a collidere²⁶⁵. La soluzione sembra da ricercarsi, come sempre, in un ragionevole bilanciamento tra le istanze individuali e quelle pubbliche, soluzione che ci porta ancora una volta a consentire il *lancer de nains*, i *freak shows* e tutti gli altri giochi o spettacoli (sempre che non contrastino, lo si ripete, con altri interessi dello Stato meritevoli di tutela) qualora essi avvengano in luogo privato; il legislatore sarà invece autorizzato a proibirli qualora essi si svolgano nella sfera pubblica. La proscrizione di tali attività sembra rispondere, anche in questo caso, ad esigenze di tutela di un «buon costume» sul quale si può ben pretendere l'accordo delle varie componenti di una società plurale.

Come ultimo esempio – cui si può solo accennare, viste la complessità del fenomeno, la molteplicità di situazioni giuridiche soggettive coinvolte e la grande quantità di problematiche che si intrecciano in ogni prospettiva di intervento sulla materia – si può pensare all'esempio della prostituzione²⁶⁶. È indubbio che l'idea stessa della 'vendita' (termine che viene impiegato usualmente per la descrizione di questa pratica²⁶⁷, ma che forse sarebbe più propriamente sostituibile con 'affitto') del proprio corpo da parte della meretrice è percepita da gran parte della popolazione come intrinsecamente degradante, nel momento in cui la persona viene resa mero oggetto dell'altrui piacere e compie, dietro il corrispettivo di un prezzo, un'attività che, di norma, è frutto di una libera scelta non determinata da intenti lucrativi²⁶⁸. Ciò ha tradizionalmente giustificato l'atteggiamento in certo modo ambivalente dell'ordinamento, il quale, se da un lato non ha mai espressamente proibito la prostituzione in sé²⁶⁹ (a differenza di quanto è avvenuto in altri contesti, come ad esempio quello americano, come si è già detto)²⁷⁰, dall'altro lato ha privato di tutela

²⁶⁵ Cfr. al riguardo D. FELDMAN, *Human Dignity*, cit., p. 702; G. RESTA, *La disponibilità*, cit., p. 840 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., pp. 249-250. G. CRICENTI, *Il lancio del nano*, cit., p. 39, ritiene che, nel caso del *lancer de nains*, come in casi simili, «[...] il diritto si fa strumento di un'etica massimalista».

²⁶⁶ Sul tema della prostituzione nell'ordinamento italiano in generale si vedano almeno G. LA CUTE, *Prostituzione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, p. 440 ss.; R. BORGOGNO, *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991 (agg. 2008); G. PIOLETTI, *Prostituzione*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, p. 271 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I*, cit., p. 548 ss.

²⁶⁷ Ragiona ad es. di «vendita» (e «svendita») della propria dignità A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, cit., p. 8.

²⁶⁸ Cfr. in tal senso, molto chiaramente, M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, cit., p. 401: «Le società democratiche e pluraliste sono per loro natura tolleranti, ma il limite che possono raggiungere è segnato dalla pietra sulla quale sono fondate: la dignità della persona umana. Nessuna pratica lesiva di questa dignità, nessuna pratica degradante deve essere necessariamente ammessa in nome del principio di tolleranza, perché questo principio deve essere bilanciato con quello del dovere di proteggere la dignità della persona. *Chi vende sesso si degrada, e chi lo compra non è un comune cliente d'una qualche azienda, ma è proprio colui che consente al mercato di prosperare: è il lato della domanda, senza il quale non ci sarebbe un lato dell'offerta*» (corsivo nostro). Nello stesso senso A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, cit., p. 8.

²⁶⁹ La giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore della l. 75/1958 ha confermato che il meretricio, in sé e per sé (e sempre nel caso in cui coinvolga soggetti adulti e consenzienti), non è un comportamento penalmente rilevante nell'ordinamento italiano: v. Cass. pen., Sez. III, sent. 31 ottobre 1958, in *Giur. it.*, 1959, II, p. 273; Cass. pen., Sez. I, sent. 25 maggio 1969, in *Giust. pen.*, 1970, II, pp. 445-446.

²⁷⁰ V. *supra*, Cap. VI, par. 2.

giuridica i negozi intercorsi con la meretrice, e tutti quelli ad essi connessi, in quanto ritenuti *contra bonos mores* ai sensi dell'art. 2035 c.c.; inoltre ha consentito una serie di misure volte a *disincentivare* la diffusione della prostituzione o a punire *indirettamente* i fruitori dei servizi dei *sex workers*. Uno degli strumenti di repressione 'soft' (stante la natura amministrativa e non penale delle sanzioni irrogate) ed indiretta del fenomeno della prostituzione, ad esempio, è rappresentato dalle c.d. ordinanze anti-prostituzione, sulle quali ci si è già soffermati²⁷¹, sottolineando in quella sede come l'intento di salvaguardare la «sicurezza urbana», che giustifica sulla carta questi provvedimenti, spesso faccia da comodo schermo a *rationes* di disapprovazione etico-sociale, talora motivata esplicitamente sulla base della volontà di preservare la dignità della persona²⁷².

Orbene, in disparte ogni considerazione sugli aspetti critici della normativa vigente (ed in particolare sulla l. 75/1958, ritenuta dalla dottrina dominante carente sotto diversi profili, oltre che inadeguata ad affrontare i profili più problematici del fenomeno della prostituzione)²⁷³, ci sembra che, per quanto strettamente concerne la tematica del «buon costume», la scelta di fondo di non criminalizzare la prostituzione in sé, almeno quando si svolga in luogo privato, sia conforme a quanto fin qui rilevato in tema di rispetto della prima dimensione della *dignità umana*. Quella di concedere il proprio corpo a pagamento nel segreto del proprio talamo, infatti, rappresenta una *scelta* dell'individuo che, se effettuata liberamente, non può essere proibita dall'ordinamento invocando la tutela del «buon costume»²⁷⁴, per quanto forte possa essere la convinzione della maggioranza che il comportamento in questione è sbagliato, pena l'espansione del concetto di «buon costume» oltre quello che si è visto essere un limite esegetico invalicabile.

D'altro canto, il forte stigma sociale impresso sulla prostituzione, dovuto alla percezione del contrasto di tale condotta con la seconda dimensione della dignità, vale a dire il rispetto del prossimo, può legittimare la decisione legislativa di contrastare il fenomeno del meretricio, quando esso si riversi sulla sfera pubblica. Così, il «buon costume», nella sua veste costituzionalmente accettabile, può giustificare sia il diniego dell'ordinamento di fornire protezione giuridica ai contratti di meretricio e di autorizzare o comunque riconoscere lo svolgimento della prostituzione in forma organizzata²⁷⁵, sia l'adozione di misure coercitive più o meno intense nei confronti della prostituta e del suo 'cliente', fino a giungere alla sanzione – attualmente non prevista, ma in questa prospettiva non illegittima – dell'attività stessa di prostituzione su strada e delle condotte ad essa prodromiche

²⁷¹ V. *supra*, Cap. III, par. 7.

²⁷² Si rammenti ad es. l'ordinanza del Sindaco di Novara, già riportata *supra* (Cap. III, alla nota 185), la quale statuisce che «[...] il fenomeno della prostituzione su strada trasmette un messaggio pubblico diseducativo perché offre un'immagine alterata delle relazioni umane e di annullamento della dignità umana, ingenerando un senso di disagio e di scadimento dei valori sociali»; nonché l'ordinanza del Sindaco di Bra (sempre *supra*, Capitolo III, alla nota 185), che adotta un linguaggio quasi identico.

²⁷³ Sul punto v. per tutti G. LA CUTE, *Prostituzione*, cit., p. 453 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I.*, cit., p. 550 ss.; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Dei delitti contro la moralità pubblica*, cit., p. 16 ss.

²⁷⁴ Cfr. ampiamente sul punto D.A.J. RICHARDS, *Commercial Sex and the Rights of the Person: a Moral Argument for the Decriminalization of Prostitution*, in *U. Pa. L. Rev.*, 127, 1978-1979, p. 1195 ss., spec. 1222 ss. *Contra* M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, cit., pp. 401-402, il quale svaluta l'aspetto di libertà di scelta individuale affermando: «È importante ribadire che, qui, non c'è alcuna libertà meritevole di tutela e che sui piatti della bilancia stanno soltanto gli interessi della collettività (la salute e la morale) e la dignità di esseri umani che sono usati come oggetti».

²⁷⁵ Il diniego di efficacia giuridica ai negozi connessi alla prostituzione ed il divieto di attività commerciali legate al meretricio (case di tolleranza, società tra prostitute, etc.) può trovare fondamento, oltre che nel «buon costume», al quale la *dignità umana* – come si è visto – è connessa, anche nell'art. 41 Cost., per il quale la stessa *dignità umana* costituisce un

o collegate, come l'«offerta al pubblico» non molesta dei propri servizi²⁷⁶ o la contrattazione delle prestazioni disponibili e del loro prezzo.

Naturalmente deve precisarsi che – similmente a quanto si è notato con riguardo agli spettacoli di *lap dance* – il discorso qui condotto riguarda naturalmente soltanto l'aspetto del «buon costume» e della legittimità costituzionale della repressione della prostituzione per ragioni di tutela di tale bene. Non si ignora che, come si è accennato in premessa, esistono molteplici interessi che si intrecciano nella tematica in esame e che ragioni di politica criminale potrebbero sconsigliare, pur a fronte di una riprovazione intensa del fenomeno prostitutivo da parte della comunità, un'aperta sanzione delle condotte legate al meretricio in luogo pubblico. La scarsa effettività che le norme anti-prostituzione sarebbero destinate ad avere, unitamente alla valutazione del «costo» della repressione e del suo impatto sul sistema giudiziario, oltre che sugli autori dei reati (ad essere colpiti dalle sanzioni sarebbero verosimilmente soggetti appartenenti alle fasce più deboli della società), e tenuto conto dei possibili effetti distorsivi che un meccanismo repressivo potrebbe produrre sull'attività di contrasto alla criminalità²⁷⁷, potrebbero indurre comunque il legislatore a desistere dall'intento di punire un comportamento che pure è riprovato. L'opzione di base della l. 75/1958, in quest'ottica, sembra realizzare, pur se in maniera maldestra e sicuramente perfettibile, un temperamento degli interessi in gioco maggiormente lungimirante di quanto potrebbe realizzare una normativa severamente proibizionista.

Al termine di questa pur breve rassegna ci sembra dunque chiaro in quale direzione il legislatore possa muoversi per la tutela del bene del «buon costume» e quale sia l'interesse di fondo che giustifica la limitazione della libertà del singolo per la salvaguardia di tale interesse, nel momento in cui viene ricollegato al valore della *dignità umana*.

6. Considerazioni finali.

A conclusione del presente lavoro di ricerca, riteniamo di poter dunque affermare che il «buon costume» menzionato nella Costituzione può definirsi come *il minimo comune denominatore etico sul quale può pretendersi l'accordo delle componenti della società in un dato periodo storico, (minimo comune denominatore) che risulta dal complesso dei valori sottostanti la Costituzione ed in particolare dal dovere di protezione della dignità umana, quale elemento di sintesi delle istanze etiche emergenti dal testo della Carta fondamentale*.

Come si è visto, sulla scia della più recente giurisprudenza costituzionale, è proprio la *dignità umana* a fornire al concetto di «buon costume» un contenuto positivo maggiormente rispettoso del principio pluralista, in grado di ridurre significativamente il rischio dell'imposizione coattiva di convinzioni morali di parte ad opera del legislatore (al momento di porre le regole ispirate alla tutela del «buon costume») o del giudice (al momento di dare attuazione alle stesse

limite esplicito all'iniziativa economica individuale. Questa, del resto, fu una delle motivazioni che portò all'abolizione della regolamentazione della prostituzione effettuata dalla l. 75/1958: sul punto v. ad es. G. LA CUTE, *Prostituzione*, cit., p. 453.

²⁷⁶ L'adescamento «molesto» è infatti oggi punito, come si è già avuto modo di notare, dall'art. 5 l. 75/1958, sia pure con pene assolutamente irrisorie.

²⁷⁷ Sui quali v. ad es. H.L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, cit.

interpretando la clausola generale in esame). Inteso in questo senso, il «buon costume» trova piena cittadinanza nel novero dei beni di rilevanza costituzionale e la sua protezione può legittimamente essere annoverata tra i «fini principali dello Stato»²⁷⁸, senza che ciò conduca alla deriva di uno Stato etico. Qualora dunque determinati comportamenti siano tali da ledere l'interesse in questione e, per tale ragione, siano percepiti dai consociati come inaccettabili in una dimensione pubblica, il legislatore sarà pienamente autorizzato a proibire le condotte in esame, senza timore di dar voce a convinzioni settarie e partigiane.

Dall'altro lato, è sempre la stessa *dignità umana*, in un suo diverso aspetto, a chiarire il limite esegetico oltre il quale l'interpretazione del «buon costume» non può spingersi, pena lo sconfinamento verso logiche estranee ad una liberaldemocrazia. L'esperienza statunitense delle *sodomy laws* e la censura (pur recente) di queste ultime da parte della Corte Suprema sono dati emblematici dell'esigenza, avvertita in ogni regime di democrazia autenticamente laica e pluralista, di non spingere la tutela delle istanze comunitariste, volte alla tutela di valori della collettività, oltre la soglia del comportamento interamente privato dell'individuo.

In quest'ottica, riassumendo, l'ordinamento risulta legittimato a proibire quelle condotte suscettibili di violare la *dignità umana* nella sfera pubblica, mentre è tenuto a rispettare l'autonomia individuale, quale componente dello stesso bene, nel momento in cui il soggetto ponga in essere condotte che esauriscano i propri effetti nella sfera privata. In tali termini, e con tali limiti, si realizza a nostro avviso la tutela del «buon costume» nel suo significato costituzionalmente accettabile.

Vi è la consapevolezza, da parte di chi scrive, del dato che permangono taluni aspetti problematici, connessi al tema della ricerca svolta, sui quali non ci si è potuti diffusamente soffermare (uno per tutti: il rapporto tra «buon costume» ed arte)²⁷⁹, ma per la risoluzione dei quali i principi affermati nel corso della presente trattazione potranno sperabilmente costituire, per lo studioso che intenderà affrontarne l'esame, un utile punto di partenza.

Chi scrive è infine conscio del fatto che nessuna definizione è in grado di dissipare interamente i dubbi interpretativi che circondano la nozione di «buon costume», così come di clausole generali quali «moralità pubblica», «ordine pubblico», e così via, e quella qui proposta non fa eccezione a tale regola. Di fronte a concetti di così ampio respiro rimarranno sempre zone d'ombra sulle quali risulta estremamente difficile, se non impossibile, far luce interamente. Come i contorni di un oggetto tendono ad apparire tanto più evanescenti quanto più ci si allontana dallo

²⁷⁸ Secondo la terminologia utilizzata da L. ROSA, *Stato e «moralità pubblica» nella Costituzione italiana*, cit., p. 29 ss.

²⁷⁹ È noto che, secondo l'opinione dominante, la libertà artistica (oltre che scientifica) non incontrerebbe il limite di cui all'art. 21 c. 6 Cost. (v. ad es. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 463). La problematica del rapporto tra arte e «buon costume» si è posta soprattutto in ambito penalistico, con riguardo ai limiti alla repressione dell'oscenità. Si tratta di un tema molto vasto, che in questa sede non è stato possibile affrontare, soprattutto perché l'individuazione dei confini dell'osceno rispetto all'arte richiede – come appare evidente – una preliminare definizione di quest'ultimo concetto, per la quale occorrerebbe verosimilmente una trattazione *ad hoc*. Sul punto del rapporto tra arte ed osceno, comunque, si vedano almeno S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., p. 137 ss.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 42-43, alla nota 96; R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore*, cit., p. 125 ss.; L. LOGUERCIO, *L'osceno nel diritto e nell'arte*, Milano, 1962; A. BARATTA, *Stato sociale e libertà dell'arte: profili filosofici, costituzionali e penali del concetto dell'arte in relazione all'osceno*, Padova, 1966; D. PULITANÒ, *Buon costume*, cit., p. 203 ss.; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 223 ss.; A. CERRI, *Opera d'arte e buon costume*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 2317 ss.; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 18 ss.; e, più di recente e *amplius*, F. RIMOLI, *La libertà dell'arte*, cit., spec. p. 285 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

stesso, così i confini del «buon costume» tendono a mostrarsi tanto più confusi e sbiaditi quanto più ci si allontana dal suo nucleo centrale. La speranza è dunque di essere riusciti ad individuare tale «nocciolo di luce», attraverso un'analisi condotta sulla base dei materiali esaminati e tramite l'efficace lente della Costituzione e dei suoi valori di fondo.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Encyclopedia of Religion and Ethics*, vol. 6, a cura di J. Hastings, New York, 1914;
- *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo. Atti II Convegno di studi E. De Nicola, Como-Bellagio 1962*, Milano, 1963
 - *Legge penale e libertà di pensiero: Convegno di diritto penale, Bressanone, 1965*, Padova, 1966;
 - *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970;
 - *Via libera alla pornografia?*, Firenze, 1970;
 - *Law in American History*, a cura di D. Fleming-B. Bailyn, Toronto, 1971;
 - *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, a cura di E. Berarducci, Roma, 1972;
 - *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973;
 - *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974;
 - *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975;
 - *Religious Freedom, 1965-1975: A Symposium on a Historic Document*, a cura di W.J. Burghardt, New York, 1976;
 - *Commentario della Costituzione. Artt. 13-20*, a cura di G. Branca, Bologna, 1977;
 - *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova, 1985;
 - *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Artt. 1-10*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1988;
 - *The Inner Citadel. Essays on Personal Autonomy*, a cura di J. Christman, Oxford, 1989;
 - *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, a cura di R. Romboli, Torino, 1991;
 - *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991;
 - *The Constitution of Rights. Human Dignity and American Values*, a cura di M.J. Meyer-W.A. Parent, Ithaca-Londra, 1992;
 - *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, a cura di M. Delmas-Marty, Dordrecht, 1992;
 - *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1992
 - *I codici preunitari e il codice Zanardelli – Diritto penale dell'Ottocento*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1993;
 - *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky-P.P. Portinaro-J. Luther, Torino, 1996;
 - *In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings*, a cura di C.A. MacKinnon-A. Dworkin, Cambridge, 1998;

- *Educazione civica e cultura costituzionale*, a cura di L. Corradini-G. Refrigeri, Bologna, 1999;
- *Dizionario di diritto costituzionale*, a cura di M. Ainis, Bari-Roma, 2000;
- *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, VI;
- *Zur Autonomie Des Individuums: Liber Amicorum for Spiros Simitis*, a cura di M. Weiss-D. Simons, Baden-Baden, 2000;
- *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, 2001;
- *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, a cura di D. Kretzmer-E. Klein The Hague, 2002;
- *Not for Sale: Feminists Resisting Prostitution and Pornography*, a cura di R. Whisnant-C. Stark, North Melbourne, 2004;
- *Trattato di diritto privato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004;
- *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, a cura di J. Christman-J. Anderson, Cambridge, 2005;
- *European and US Constitutionalism*, a cura di G. Nolte, Cambridge, 2005;
- *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, a cura di S. Panunzio, Napoli, 2005;
- *Informazione, potere, libertà*, a cura di M. Ainis, Torino, 2005;
- *Cittadinanza e convivenza civile nella scuola europea. Saggi in onore di Luciano Corradini*, a cura di S. Chistolini, Roma, 2006;
- *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, I, Torino, 2006;
- *Commentario della Costituzione. Art. 21*, a cura di G. Branca-A. Pizzorusso, Bologna, 2006;
- *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006;
- *Encyclopedia of Philosophy*, II ed., vol. 4, a cura di D.M. Borchert, Detroit, 2006;
- *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006;
- *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2006;
- *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini ed E.C. Paliero, Milano, 2006;
- *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, vol. *I contratti in generale*, t. 2, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006;
- *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, vol. 2., *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006;
- *Dizionario dei diritti umani*, a cura di M. Flores-T. Groppi-R. Pisillo Mazzeschi, Torino, 2007;
- *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'osservatorio costituzionale presso la LUISS "Guido Carli" dal 2003 al 2005*, a cura di S. Panunzio, Padova, 2007;
- *Atti del Convegno internazionale su «Diritti dell'uomo e libertà religiosa» Bergamo, 5-6 ottobre 2007*, a cura di F. Tagliarini, Napoli, 2008;

- *Diritti fondamentali europei. Casi e problemi di diritto costituzionale comparato*, a cura di A. Vespaziani, Torino, 2008;
 - *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, III, a cura di A. Cadoppi et. al., Torino, 2008;
 - *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, a cura di N. Fiorita e D. Loprieno, Firenze, 2009;
 - *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana: origini, contenuti, limiti*, a cura di A. Lorenzetti e S. Rossi, Napoli, 2009;
 - *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VI, a cura di A. Cadoppi et al., VI, Padova, 2009;
 - *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010;
 - *Trattato di biodiritto. I. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà-P. Zatti, Milano, 2010
- G. ABBAMONTE, *Jus superveniens, giudizio di rilevanza e censura cinematografica*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963;
- M. ALBANESE, *Limiti giuridici del "fotocinereportage"*, in *Dem. dir.*, 1965;
- A. ALBISETTI, *Le intese fantasma (a metà)*, reperibile on-line su <http://www.statoechiense.it>, 2012;
- R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012;
- Z.O. ALGARDI, *Limiti incostituzionali alla manifestazione del pensiero ed alla libertà dell'arte*, in *Dem. dir.*, 4, 1960;
- A. ALGOSTINO, *I possibili confini del diritto alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996;
- G. ALLEGRA, *Il «comune» sentimento del pudore*, in *Iustitia*, 1950;
- G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997;
- G. AMATO, *Nessuna liberatoria sul possesso di cannabis per gli adepti della religione «rastafariana»*, in *Guida al dir.*, 2008;
- N. AMATO, *In tema di reati contro il pudore e la decenza pubblica*, in *Giust. pen.*, 1961, II;
- F.M. ANDREANI, *Violenza, volgarità e indecenza nella giurisprudenza autodisciplinare*, in *Dir. ind.*, 2005;
- *Il testimonial hard e la dignità della persona*, in *Dir. ind.*, 2006;
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I*, Milano, 2008;
- Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Theory and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the E.C.H.R.*, Antwerpen, 2002;
- G. ARCABASSO, *La censura*, in *Rass. parl.*, 1961;
- Y. ARIELI, *The Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man*, in AA.Vv., *The Concept of Human Dignity*, cit.;
- J. AUSTIN, *The Province of the Jurisprudence Determined*, trad. it. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995;
- M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008;
- G. AZZARITI, *Intervento in AA.Vv., I costituzionalisti e la tutela dei diritti*, cit.;
- K. BAIER, *Justice and the Aims of Political Philosophy*, in *Ethics*, 99, 1989;

- E. BALDACCI, *Buoni costumi. Diritto romano*, in *Enc. di bioetica e scienza giuridica*, II, Napoli, 2009;
- A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione: l'esperienza statunitense*, Roma, 1974;
- *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, 1989;
 - *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991;
 - *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1999;
 - *L'interpretazione della costituzione*, in AA.Vv., *L'interpretazione della legge*, cit.;
 - *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in A.I.C., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale: atti del Convegno annuale Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, 2004;
 - *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 2007;
- R. BALDUZZI-D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008;
- C.A. BALL, *The Proper Role of Morality in State Policies on Sexual Orientation and Intimate Relationships*, in *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 35, 2011;
- A. BARATTA, *Stato sociale e libertà dell'arte: profili filosofici, costituzionali e penali del concetto dell'arte in relazione all'osceno*, Padova, 1966;
- M. BARBA-E. LONERO, *Estratti dei verbali della Commissione di revisione cinematografica in sede di appello per il periodo dicembre 1962-ottobre 1970*, in AA.Vv., *Orientamenti giurisprudenziali*, cit.;
- A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962;
- P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974;
- *Introduzione a AA.Vv., Orientamenti giurisprudenziali*, cit.;
 - *Costituzione, censura, cinematografia e autorità giudiziaria*, in AA.Vv., *Studi in memoria di Carlo Furno*, cit.;
 - *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984;
- P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2011;
- R.E. BARNETT, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, *Boston Univ. School of Law Working Paper 03-13* (2003), disponibile on-line su <http://randybarnett.com/>;
- C.M. BARONE, *Carenza di atto formale di nomina dell'impiegato*, in *Foro it.*, 1976, I;
- V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005;
- S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, I;
- F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987;
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in ID., *Opere*, I, a cura di G. Francioni, Milano, 1984;
- P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009;
- S. BELLOMIA, *Sei anni dopo*, in *Giur. cost.*, 1971;
- F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, in *Ragion pratica*, 2012;
- J. BENTHAM, *Un frammento sul Governo (1776)*, a cura di S. Marcucci, Milano, 1990;

- E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 31, 1998-1999;
- D.L. BESCHLE, *Lawrence Beyond Gay Rights: Taking the Rationality Requirement for Justifying Criminal Statutes Seriously*, in *Drake L. Rev.*, 53, 2005;
- E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949;
- *Il controllo del diritto sull'attività cinematografica*, in *Riv. dir. ind.*, 1962;
- G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero*, cit.;
- D. BEYLEVED-R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001;
- R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992;
- *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000;
- R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2012;
- B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952;
- P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La legittimità costituzionale della censura*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.;
- S. BLACKBURN, *Ethics: A Very Short Introduction*, Oxford, 2001;
- W. BLACKSTONE. *Commentaries on the Laws of England* (1765), IV, Chicago-London, 1915;
- E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, trad. it. *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006;
- G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. 1. La Costituzione liberale*, Torino, 1998;
- *The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism*, in AA.VV., *European and US Constitutionalism*, cit.;
- *The American Constitution and Italian Constitutionalism: An Essay in Comparative Constitutional History*, Bologna, 2008;
- V. BONCINELLI, *I valori costituzionali fra testo e contesto: regole e forme di razionalità del giudizio costituzionale*, Torino, 2007;
- R. BORGOGNO, *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, in *Enc. giur.*, xxv, Roma, 1991 (agg. 2008);
- R.H. BORK, *Introduzione a A Country I Do Not Recognize: The Legal Assault on American Values*, a cura di R.H. Bork, Stanford, 2005;
- R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e rivendicazioni identitarie nell'autunno dei diritti*, Torino, 2008;
- B. BOYCE, *Obscenity and Community Standards*, in *Yale J. Int'l L.*, 33, 2008;
- G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra negazionismo, revisionismo e realtà storica*, in AA.VV., *Informazione, potere, libertà*, cit.;

- J. BRAUCH, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Colum. J. Eur. L.*, 11, 2004-2005;
- W.J. BRENNAN, JR., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in *S. Tex. L. Rev.*, 27, 1986;
- K. BURGESS-JACKSON, *Our Millian Constitution: The Supreme Court's Repudiation of Immorality as a Ground of Criminal Punishment*, in *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, 18, 2004;
- A. CADOPPI, *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la) (diritto anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994;
- A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume. Generalità*, in *AA.VV.*, *Trattato di diritto penale*, cit.;
- G.P. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale*, Torino, 1999;
- G. CAMPAGNOLI, *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006;
- C. CAMPIGLIO-F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato (Riforma del)*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, Agg., I, Torino, 2000;
- H. CANKIK, *"Dignity of Man" and "Persona" in Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, De Officiis I 105-107*, in *AA.VV.*, *The Concept of Human Dignity*, cit.;
- P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012;
- E. CAPACCIOLI, *Intervento*, in *AA.VV.*, *Problemi giuridici della prevenzione e repressione*, cit.;
- C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico*, Torino, 2010;
- L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995;
- D. CARPENTER, *Is Lawrence Libertarian?*, in *Minn. L. Rev.*, 88, 2004;
- F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, VI, 6° ed., Firenze, 1900;
- M. CARRER, *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte*, reperibile on-line su <http://www.forumcostituzionale.it>, 2011;
- F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Padova, 1997;
- C. CASONATO, *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quad. cost.*, 2009;
- L. CASSETTI, *Nota a Corte cost. 368/1992*, in *Foro it. I*, 1993;
- CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, reperibile on-line su <http://www.vatican.va>;
- A. CELOTTO, *Art. 3 comma 1 Cost.*, in *AA.VV.*, *Commentario della Costituzione*, cit.;
- P. CERBO, *Principio di legalità e «nuove ed inedite» fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le Regioni*, 2012;
- A. CERRI, *Opera d'arte e buon costume*, in *Giur. cost.*, 1976;
- A. CHASKALSON, *Human Dignity as a Constitutional Value*, in *AA.VV.*, *The Concept of Human Dignity*, cit.;
- E. CHEREMINSKY, *Substantive Due Process*, in *Touro L. Rev.*, 15, 1998-1999;
- F. CHIAROTTI, *Defunti (delitti contro la pietà dei)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962;
- *Revisione dei films e tutela del buon costume*, in *Giur. cost.*, 1962;
- R. CHIEPPA, *Intervento*, in *AA.VV.*, *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.;

- *Rassegna di giurisprudenza costituzionale ed amministrativa sul concetto di buon costume nell'art. 21 Cost.*, in AA.VV., *Orientamenti giurisprudenziali*, cit.;
- C. CHIOLA, *Informazione pensiero radiotelevisione. problemi concreti. Commenti*, Napoli, 1984;
- *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990;
- CITTALIA – FONDAZIONE ANCI RICERCHE, *Oltre le ordinanze. I sindaci e la sicurezza urbana*, reperibile on-line su <http://www.sicurezzaurbana.anci.it>;
- A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006;
- H.M. CLOR, *Public Morality and Liberal Society: Essays on Decency, Law, and Pornography*, Notre Dame (IN), 1996;
- *The Death of Public Morality?*, in *Am. J. Juris*, 45, 2000
- M.A. COLACCI, *Nozione giuridica degli atti contrari alla pubblica decenza*, in *Nuovo dir.*, 1970;
- N. COLAIANNI, *Caso Scientology: associazione religiosa o criminale?*, in *Foro it.*, 1995, II;
- L.F. COLOMBO, *Il caso Handyside: presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle pubblicazioni oscene destinate ai minori*, in *Jus*, 1976;
- COMMISSIONE PER GLI STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO, *Relazione all'Assemblea Costituente*, voll. I-III, Roma, 1946;
- A. CONNOR, *Is Your Bedroom a Private Place? Fornication and Fundamental Rights*, in *N.M. L. Rev.*, 39, 2009;
- R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2005;
- W.W. COOK, *What Is the Police Power?*, in *Colum. L. Rev.*, 7, 1907;
- T.M. COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, New York, 1972 (1878);
- D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo: le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971;
- G. CORSO, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980;
- R. CORTESE, *Moralità pubblica e buon costume (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1977;
- S. COTTA, *Il diritto naturale e l'universalizzazione dei diritti*, in *Justitia*, 1991;
- G. CRICENTI, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica di diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009;
- S. CRIMI, *Le offese al pudore o all'onore sessuale*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, VI, a cura di A. Cadoppi et al., Padova, 2009.
- V. CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1965;
- F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina: autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000;
- V. CUCCIA, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rass. parl.*, 2007;
- M. CUNIBERTI, *Limite del buon costume*, in M. CUNIBERTI ET AL., *Percorsi di Diritto dell'Informazione*, Torino, 2003;
- A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista costituzionale sul caso Englaro*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2009;
- M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la «Divinità»*, in *Giur. cost.*, 1995;

- G. D'ANGELO, *Nuovi movimenti religiosi tra (pretesa) uniformità di qualificazione e (reale) diversificazione dei relativi profili disciplinari: la Chiesa di Scientology nella più significativa giurisprudenza*, in *Dir. eccl.*, 2003;
- A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997;
- P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, I, Milano, 1969;
- *Libertà religiosa (dir. eccl.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974;
- V. D'ORSI, *Intervento*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.;
- P. DE CARLI, *Problemi costituzionali in tema di libertà dell'espressione cinematografica*, in *Jus*, 1966;
- R.G. DE FRANCO, *Il buon costume quale limite alle manifestazioni del pensiero: può esso dirsi un concetto normativamente "determinato"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966;
- F. DE MARNEFFE, *Liberalism, Liberty, and Neutrality*, in *Phil. & Publ. Aff.*, 19, 1990;
- G. DE ROBERTO, *Buon costume. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, V, 1988;
- U. DE SIERVO, *Gli attuali problemi relativi alla prevenzione e repressione degli spettacoli cinematografici contrari al buon costume*, in *Intervento pubblico e libertà di espressione nel cinema, nel teatro e nelle attività musicali*, Quaderni dell'I.S.L.E., Milano, 1974;
- G. DELITALA, *Intervento*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.;
- A. DE TOCQUEVILLE, *Démocratie en Amérique* (1835), trad. it. *La democrazia in America*, Torino, 2010;
- P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Indianapolis, 2009;
- G. DEVOTO-G.C. OLI, *Vocabolario illustrato della lingua italiana. Vol. I. A-L*, Milano, 1983;
- K. DICKE, *The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights*, in AA.VV., *The Concept of Human Dignity*, cit.;
- M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale: la dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010;
- G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000;
- F. DI MARZIO, ID., *Buon costume*, in AA.VV., *I contratti in generale*, cit.;
- *La nullità del contratto*, Padova, 2008;
- M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale. Nota a Corte cost. 6 Maggio 1985, n. 161*, in *Giur. it.*, I-1, 1987;
- M. DONINI, «Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'«offense» di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008;
- R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, 1996;
- *Sovereign Virtue*, trad. it. *Virtù sovrana: teoria dell'uguaglianza*, Milano, 2002;
- *Is Democracy Possible Here?*, trad. it. *La democrazia possibile: principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2007
- *Taking Rights Seriously*, trad. it. *I diritti presi sul serio* (a cura di N. Muffato) Bologna, 2010;

- *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, 2011;
- K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, trad. it. *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970;
- W.N. ESKRIDGE, JR., *Lawrence's Jurisprudence of Tolerance: Judicial Review to Lower the Stakes of Identity* in *Minn. L. Rev.*, 88, 2003-2004;
- M. EROLI, *Legge n. 164 del 1982 e transessualismo dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giur. It.* I-2, 1986;
- C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958;
- M. FARINA, *Il reato di atti osceni in luogo pubblico: tensioni interpretative e prospettive personalistiche nella tutela del pudore*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005;
- J. FEINBERG, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy*, in *Notre Dame L. Rev.* 58, 1982-1983;
 - *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, Oxford, 1984;
 - *The Moral Limits of the Criminal Law. Offense to Others*, Oxford, 1985;
 - *Autonomy*, in AA.VV., *The Inner Citadel*, cit.;
 - *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, Oxford, 1989;
 - *The Moral Limits of the Criminal Law. Harmless Wrongdoing*, Oxford, 1990;
- C.S. FEINGOLD, *The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights*, in *Notre Dame Lawyer*, 53, 1977-1978;
 - *The Little Red Schoolbook and the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Rev.*, 1978, 3;
- D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value – Part I*, in *Public Law*, 1999;
 - *Human Dignity as a Legal Value – Part II*, in *Public Law*, 2000;
- C. G. FENWICK, *The Authority of Vattel (Part I)*, in *Am. Pol. Sci. Rev.*, 7, 1913;
 - *The Authority of Vattel (Part II)*, in *Am. Pol. Sci. Rev.*, 8, 1914;
- F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914;
- G. FERRARA, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, cit.;
- G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970;
 - *Buon costume. II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988;
- G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume: profili penali, costituzionali e politico criminali*, Padova, 1984;
 - *Buon costume: III) Moralità pubblica e buon costume – diritto penale*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988;
 - *Commento a Cass. pen. n. 1063/1988*, in *Foro it.*, 1989, I;
 - *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, xxvi, Roma, 1991;
 - *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991;
- J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980
 - *Aquinas*, Oxford, 1998;

- F. FINOCCHIARO, *Art. 8*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Artt. 1-12*, cit.;
- Art. 19*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. 2. Artt. 13-20*, cit.
- *Scientology nell'ordinamento italiano*, in *Dir. eccl.*, 1995;
- D.H. FLAHERTY, *Law and the Enforcement of Morals in Early America*, in AA.VV., *Law in American History*, cit.;
- F. FLEURY, *È costituzionalmente illegittimo il divieto di propaganda a pratiche anticoncezionali?*, in *Giust. pen.*, 1964, I;
- G. FLORIDIA, *Il sindacato giurisdizionale sulle pronunce del Giuri: il caso Lambertucci*, in *Dir. inf.*, 1993;
- *Autodisciplina e funzione arbitrale*, in *Dir. ind.*, 2008;
- S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957;
- *Censura*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960;
- D. FOLIGNO, *Legittimità costituzionale degli artt. 553 c.p. e 113 l.p.s.*, in *Riv. pen.*, II, 1965;
- B.A. FORDHAM, *Dangerous Bodies: Freak Shows, Expression, and Exploitation*, in *UCLA Ent. L. Rev.*, 14, 2007;
- G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit.;
- A. FRAGOLA, *Cinematografia*, in *Nss. Dig. It.*, Aggiornamento, Torino, 1980;
- U. FRAGOLA, *Riflessione di atti amministrativi sul giuoco d'azzardo ed attività connesse*, in *Foro it.*, 1951, I;
- S. FRANZONI, *Pubblicazioni e spettacoli «osceni»: interpretazione o libertà?*, in *Dir. inf.*, 2005;
- E. FREUND, *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights* (1904), Buffalo, 1981;
- L.M. FRIEDMAN, *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture*, Cambridge, 1990;
- E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999;
- *The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue Between Law and Memory*, in *Vt. L. Rev.*, 30, 2005-2006;
- F.P. GABRIELI-R. DOLCE, *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, in *Novissimo dig. it.*, X, 1964;
- S. GALEOTTI, *Intervento*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.;
- M.G. GALLISAI PILO, *Oscenità e offese alla decenza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995;
- W.A. GALSTON, *Liberal Purposes. Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*, Cambridge, 1991;
- L. GAMBIGLIANI ZOCCOLI, *Negozi illeciti per contrarietà al buon costume*, in *Riv. dir. civ.*, 1968;
- E. GAMBINO ET AL., *Rassegna di giurisprudenza*, in AA.VV., *Orientamenti giurisprudenziali*, cit.;
- S.A. GARDBAUM, *Why the Liberal State Can Promote Moral Ideas After All*, in *Harv. L. Rev.*, 104, 1990-1991;
- G. GEMMA, *Ancora su sterilizzazione e diritti costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2002;
- *Castità di Stato?*, in *Quad. cost.*, 2005;

- *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2008;
 - *Costituzionalismo liberaldemocratico e libertà imposta*, in *Ragion pratica*, 2012;
- M. GENNUSA, *La dignità e le sue anime. Spunti ricostruttivi alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in AA.VV., *Le Corti dell'integrazione europea*, cit.;
- *La dignità umana vista dal Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2005;
- A. GENTILI, *Le invalidità*, in AA.VV., *Trattato dei contratti*, cit.;
- A. GEWIRTH, *Dignity as the Basis of Rights*, in AA.VV., *The Constitution of Rights*, cit.;
- M.S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in *Riv. giur. lav.*, 1953;
- *Per una maggior ponderazione degli interventi del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Giur. cost.*, 1965;
- H. GILLMAN, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Durham, 2004;
- P. GISMONDI, *Le riunioni a carattere religioso e la loro speciale disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1957;
- S. GOLDBERG, *Morals-Based Justification for Lawmaking: Before and After Lawrence v. Texas*, in *Minn. L. Rev.*, 88, 2003-2004;
- M.J. GOLDSTEIN-H.S. KANT-J.J. HARTMAN, *Pornografia e comportamento sessuale deviante*, Milano, 1978;
- M.D. GOODMAN, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in *Neb. L. Rev.*, 84, 2005-2006;
- L.A. GRAGLIA, *Lawrence v. Texas: Our Philosopher-Kings Adopt Libertarianism as Our Official National Philosophy and Reject Traditional Morality as a Basis for Law*, in *Ohio St. L.J.*, 65, 2004;
- L. GRANATA, *L'esatto concetto giuridico del "buon costume" ai fini dell'art. 21 della Costituzione*, in *Riv. pen.*, 1962;
- E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, in *Giur. cost.*, 1971;
- S. GRASSI, *Premessa a Rassegna di dottrina sul concetto di buon costume nell'art. 21, ultimo comma, Cost.*, in AA.VV., *Orientamenti giurisprudenziali*, cit.;
- G. GRASSO, *Aspetti costituzionali della legge sulla censura cinematografica*, in *Temi marchig.*, 1963;
- B. GRAZZINI, *Autodisciplina pubblicitaria e ordinamento statale*, Milano, 2003;
- J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, 2008;
- F. GRISPIGNI, *Offese al pudore e all'onore sessuale*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939;
- R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Quad. cost.*, 2007;
- A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001;
- G. GULOTTA, *L'osceno: considerazioni psico-socio-giuridiche. Presentazione* in M.J. GOLDSTEIN-H.S. KANT-J.J. HARTMAN, *Pornografia e comportamento sessuale deviante*, cit.;
- P. HÄBERLE, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003;

- T.L. HALL, *Religion and Civic Virtue: A Justification of Free Exercise*, in *Tul. L. Rev.*, 67, 1992-1993;
- H.L.A. HART, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, in *Univ. Chi. L. Rev.*, 35, 1967;
- *Law, Liberty, and Morality*, trad. it. *Diritto, morale e libertà* (a cura di G. Gavazzi), Acireale, 1968;
 - *The Concept of Law*, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 2002;
- W.G. HASTINGS, *The Development of Law as Illustrated by the Decisions Relating to the Police Power of the State*, in *Proc. Am. Phil. Soc'y*, 1900, n. 39;
- L.R. HELFER, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in *Cornell Int'l L.J.*, 26, 1993;
- L. HENKIN, *Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity*, in *Colum. L. Rev.*, 63, 1963;
- S.J. HEYMAN, *Free Speech & Human Dignity*, New Haven, 2008;
- J.L. HILL, *The Constitutional Status of Morals Legislation*, in *Ky. L.J.*, 98, 2009-2010;
- T.E. HILL JR., *The Kantian Conception of Autonomy*, in AA.VV., *The Inner Citadel*, cit.;
- H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999;
- D. HUME, *A Treatise of Human Nature* (1739), trad. it. *Trattato sulla natura umana*, in *Opere filosofiche. I. Trattato sulla natura umana*, a cura di E. Lecaldano, Bari, 2008;
- I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Bari, 2010 (1785);
- *Metaphysik der Sitten*, trad. it. *Metafisica dei costumi*, Milano, 2006 (1797);
- E. KEYNES, *Liberty, Property, and Privacy. Toward a Theory of Substantive Due Process*, University Park, 1996;
- R.M. KIDDER, *How Good People Make Tough Choices: Resolving the Dilemmas of Ethical Living*, New York, 2003;
- M. KIM, *Mixed Martial Arts: The Evolution of a Combats Sport and Its Laws and Regulations*, in *Sports Law. J.*, 17, 2010;
- P. KOERING-JOULIN, *Public Morals*, in AA.VV., *The European Convention for the Protection of Human Rights*, cit.;
- N.R. KOFFEMAN, *(The Right to) Personal Autonomy in the Case Law of the European Court of Human Rights*, 2010, disponibile on-line su <https://openaccess.leidenuniv.nl>;
- I. KRISTOL, *Pornography, Obscenity, and the Case for Censorship*, in *New York Time Magazine*, 28 marzo 1971;
- M. IMBRENDA, *Buoni costumi. Diritti positivi odierni*, in *Enc. di bioetica e scienza giuridica*, cit.;
- V. ITALIA, *Discussione di seminario sulla censura cinematografica, e teatrale*, in *Riv. dir. ind.*, 1961;
- A. JANNITTI PIROMALLO, *La legge sulla stampa*, Roma, 1957;
- A. JANNUZZI-U. FERRANTE, *I reati nella legislazione sulla stampa*, Milano, 1978;
- A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1979;
- J. JONES, "Common Constitutional Traditions": *Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, in *Public Law*, 2004;

- T.H. JONES, *The Devaluation of Human Rights Under the European Convention*, in *Public Law*, 1996;
- L.R. KASS, *Defending Human Dignity*, 2007, reperibile on-line sul sito <http://www.aei.org>;
- G. LA CUTE, *Prostituzione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988;
- S. LARICCIA, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana*, in *Giur. cost.*, II, 1986;
- R. LATAGLIATA, *Atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959;
- di G. LA TORRE, *Confini. Pensieri di un giurista su una tematica di confine*, in AA.VV., *Cittadinanza e convivenza civile*, cit.;
- G.P. LATINI, *Lo spogliarello come spettacolo osceno*, in *Giust. pen.*, 1968, II;
- G. LATTANZI, *La prevenzione in materia di spettacolo: aspetti penali con riferimento al problema del buon costume*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.;
- S. LEGARRE, *The Historical Background of the Police Power*, in *U. Pa. Jour. Const. L.*, 9, 2006-2007;
- G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007;
- D. LIGGERI, *Mani di forbice: la censura cinematografica in Italia*, Alessandria, 1997;
- P. LILLO, *Libertà religiosa*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, cit.;
- G. LIMITI, *Violenza e buon costume*, in *Rass. mag.*, 1969;
- L. LOGUERCIO, *L'osceno nel diritto e nell'arte*, Milano, 1962;
- *Intervento*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.;
- G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1967;
- A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica: problemi ed ipotesi*, Napoli, 2007;
- D. LOPRIENO, *Libertà dell'arte vs. libertà religiosa: il caso della censura cinematografica*, in AA.VV., *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa*, cit.;
- Y. LORBERBAUM, *Blood and the Image of God: On the Sanctity of Life in Biblical and Early Rabbinic Law, Myth, and Ritual*, in AA.VV., *The Concept of Human Dignity*, cit.;
- A. LORENZETTI, *Il difficile equilibrio fra diritti di libertà e diritto alla sicurezza*, in AA.VV., *Le ordinanze sindacali*;
- G.G. LOSCHIAVO, *Buon costume, censura e libertà. Linguaggi diversi*, in *Riv. pen.*, 1963;
- M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit.;
- *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2002;
- J. LUTHER, *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette a contenuto pornografico*, in *Foro it.*, I, 1993;
- C.A. MACKINNON, *Only Words*, trad. it. *Soltanto parole*, Milano, 1999;
- S. MACEDO, *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism*, Oxford, 1990;
- *Diversity and Distrust: Civic Education in a Multicultural Democracy*, Cambridge (MA)-London, 2000;

- M. MANCINI, *Ancora un sì della Cassazione alla diffusione riservata di materiale pornografico*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996;
- A.S. MANCUSO, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le istituzioni*, reperibile on-line su <http://www.statoechurchese.it>, 2012;
- G. MANETTI, *De dignitate et excellentia hominis*, Francoforte, 1975 (1452/1453);
- M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in AA.VV., *Informazione, potere, libertà*, cit.;
- *Il limite del buon costume*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. Art. 21*, cit.;
- J. MANSFIELD, *The Religion Clauses of the First Amendment and the Philosophy of the Constitution*, in *Cal. L. Rev.*, 72, 1984;
- F. MANTOVANI, *Considerazioni in tema di tutela penale della morale dei minori e di pubblicazioni in materia sessuale*, in *Temi*, 1966;
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930. 7. Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe, delitti contro la famiglia*, Torino, 1936;
- G. MARINUCCI, *Intervento*, in AA.VV., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.;
- J. MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, trad. it. *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Firenze, 1977;
- *L'homme et l'État*, trad. it. *L'uomo e lo Stato*, Genova-Milano, 2003;
- M. MAZZANTI, *Osceno*, in *Novissimo dig. it.*, XII, Torino, 1965;
- M. MAZZARELLA-E. STRADELLA, *Le ordinanze sindacali per la sicurezza urbana in materia di prostituzione*, in *Le Regioni*, 2010;
- M. MAZZIOTTI, *Incitamento a pratiche contro la procreazione e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965;
- *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, cit.;
- C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Rights*, in *Eur. J. Int'l Law*, 19, 2004;
- J.M. MCPHERSON, *Battle Cry of Freedom: The Civil War Era*, Oxford, 1988;
- L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996;
- S. MESSINA, *La repressione dell'oscenità nell'opera cinematografica*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, cit.;
- *La repressione dell'oscenità nell'opera cinematografica*, in *Riv. pen.*, 1966;
- J.S. MILL, *L'utilitarismo* (1863), in ID., *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Milano, 2007;
- *On Liberty* (1858), trad. it. *La libertà*, Milano, 2009;
- J.M. MILLER, *Dignity as a New Framework, Replacing the Right to Privacy*, in *Thomas Jefferson L. Rev.*, 30, 2007;
- E. MINA, *Gli atteggiamenti erotici nella pubblicità*, in *Dir. ind.*, 1995;
- R. MITCHELL, *La guerra civile americana*, Bologna, 2003;
- F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995;

- A. MOLARI, *Osservazioni sul limite del buon costume alla libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, cit.;
- S. MONDINI, *Superga e l'uso pubblicitario della violenza*, in *Dir. ind.*, 1997;
- *Tequila e nudo di donna*, in *Dir. ind.*, 1997;
- G. MONTANARA, *Pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988;
- D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002;
- C.C. MORRISSON, *Margin of Appreciation in Human Rights Law*, in *Rev. dr. homme*, 1973;
- A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001;
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Padova, 1962;
- *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1974;
- G. MOSCON, *Censura illegittima*, Roma, 1961;
- *Il buon costume nell'art. 21 della Costituzione*, in *Rass. dir. cinem.*, 1962;
 - *Il concetto di «buon costume» secondo la commissione di revisione cinematografica a proposito del film «L'Ape Regina»*, in *Dem. dir.*, 1963;
- W.F. MURPHY, *An Ordering of Constitutional Values*, in *S. Cal. L. Rev.*, 53, 1979-1980;
- L. MUSSELLI-V. TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico: la disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Roma-Bari, 2000;
- A. MUSUMECI, *Dal «potere» alla «libertà» di disporre del proprio corpo*, in *Giur. cost.*, 1990;
- G.L. NEUMAN, *Human Dignity in United States Constitutional Law*, in AA.VV., *Zur Autonomie Des Individuums*, cit.;
- L. NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2009;
- M.F. NODARI, *Pubblicazioni oscene e contratto di rilegatura*, in *Contratti*, 1996;
- W.J. NOVAK, *The People's Welfare*, Chapel Hill, 1996;
- C. NOWLIN, *The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Human Rights Quarterly*, 2002;
- P. NUVOLONE, *I limiti della libertà di stampa nell'art. 15 della legge 8 febbraio 1948 n. 47*, in *Arch. pen.*, 1952, II;
- *Legalità e prevenzione*, in *Giur. cost.*, 1964;
 - *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971;
- D. O'CONKLE, *Three Theories of Substantive Due Process*, in *N.C. L. Rev.*, 85, 2006;
- T.A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Hum. Rts. Q.*, 4, 1982;
- A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, in *Giur. cost.*, 2000;
- E. ONDEI, *I diritti di libertà: l'arte, la cronaca e la storiografia*, Milano, 1955;
- E. OPOCHER, *Valore (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993;
- R. ORRÙ, *La «pubblicità» della condotta come «requisito essenziale» della nozione di buon costume ex art. 21 Cost. e come «vincolo» all'attività interpretativa dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1992;
- A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963;
- *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967;

- *Problematica delle libertà costituzionali. 2. Parte speciale*, Padova, 1992;
 - *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, 2006, disponibile on-line su <http://www.costituzionalismo.it>;
- H.L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, trad. it. *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978;
- V. PACILLO, *Il ruolo dei valori nell'ordinamento giuridico contemporaneo: il diritto penale*, in *Dir. eccl.*, 2009;
- «*Rovescio della dignità*» e dignità del diritto, in *Ragion pratica*, 2012;
- L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XII, 1965.;
- V. PALOMBO, *Considerazioni in tema di riti contrari al buon costume*, in *Dir. eccl.*, 1997;
- R. PANNAIN, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, Torino, 1952;
- G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973;
- W.A. PARENT, *Constitutional Values and Human Dignity*, in AA.Vv., *The Constitution of Rights*, cit.;
- M.F. PARK, *Defining One's Own Concept of Existence and the Meaning of the Universe: The Presumption of Liberty in Lawrence v. Texas*, in *BYU L. Rev.*, 2006;
- S. PARISI, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011*, in <http://www.forumcostituzionale.it>;
- L.K. PARSHALL, *Redefining Due Process Analysis: Anthony M. Kennedy and the Concept of Emerging Rights*, in *Alb. L. Rev.*, 69, 2005-2006;
- T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009;
- G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in AA.Vv., *Trattato del contratto*, cit.;
- F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993;
- J.J. PAUST, *Human Dignity as a Constitutional Right: A Jurisprudentially Based Inquiry into Criteria and Content*, in *Howard L.J.*, 27, 1984;
- P. PAVAN, *Ecumenism and Vatican II's Declaration on Religious Freedom*, in AA.Vv., *Religious Freedom*, cit.;
- F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, in <http://www.forumcostituzionale.it>;
- F. PERGOLESÌ, *Diritto costituzionale*, Padova, 1965;
- A. PERONACI, *Intervento*, in AA.Vv., *Problemi giuridici della prevenzione*, cit.;
- R. PERRONE, *Sentenze interpretative di rigetto e illegittimità conseguenziale*, in *Giur. cost.*, 2010;
- *Il consumo di sostanze stupefacenti fra libertà individuali e limiti costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2010;
 - *Il concetto di «public morals» nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo: spunti per l'elaborazione di una «moralità pubblica» europea. Parte I*, in corso di pubblicazione su *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013;
- M. PETRONE, *Modelli giurisprudenziali in tema di offese al buon costume*, in AA.Vv., *Orientamenti giurisprudenziali*, cit.;

- *Moralità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977;
- S. PICCININI, *Sulla nozione giurisprudenziale di pubblica decenza*, in *Giur. it.*, 1994, II;
- G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Discorso sulla dignità dell'uomo*, a cura di F. Bausi, Parma, 2003 (1486);
- G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003;
- G. PIOLETTI, *Prostituzione*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995;
- A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Roma, 2007;
- G.D. PISAPIA, *Premesse giuridiche allo studio della pubblicità dei fatti criminosi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962;
- G.V. PISAPIA, *L'osceno nel diritto penale. Una ricerca sull'opinione del pubblico*, in *Sociol. dir.*, 1975;
- A. PIZZORUSSO, *Dalle «doppie pronunce» alle decisioni «overruling»*, in *Giur. cost.*, 1971;
- V. PLANTAMURA, *Brevi note in tema di circoncisione rituale maschile, esercizio abusivo della professione e lesioni*, in *Giur. merito*, 2008;
- J. PLESCIA, *The Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 34, 1987;
- F. POLITI, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in AA.VV., *L'ordinamento europeo*, cit.;
- R.C. POST, *Foreword to the Supreme Court 2002 Term. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, in *Harv. L. Rev.*, 117, 2003-2004;
- E. PROTETTI-A. SODANO, *Offesa al pudore e all'onore sessuale nella giurisprudenza*, Padova, 1972;
- S. PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo* (1688), II, reperibile on-line su <http://www.archive.org>;
- D. PULITANÒ, *Buon costume*, in AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, cit.;
- E. PROTETTI, *Buon costume*, in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1958;
- F. RAMACCI, *Disuguaglianza dei simili: a proposito della vendita di pubblicazioni oscene o di pornocassette*, in *Giur. cost.*, 1988;
 - *Libertà «reale» e «svalutazione» del buon costume*, in *Giur. cost.*, 1992;
 - *La bestemmia contro la Divinità: una contravvenzione delittuosa?*, in *Giur. cost.*, 1995;
- F. RAMAJOLI, *Qualche rilievo sulla pubblicazione a contenuto impressionante o raccapricciante e la pubblicazione oscena*, in *Arch. pen.*, 1959, II;
- B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008;
- N. RAO, *On the Use and Abuse of Human Dignity*, in *Colum. J. Eur. L.*, 14, 2007-2008;
 - *Three Concepts of Dignity*, in *Notre Dame L. Rev.*, 86, 2011;
- A. RAPISARDI, *Decisioni del Giurì e controllo dell'Autorità Giudiziaria ordinaria*, in *Dir. ind.*, 1996;
- J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), trad. it. *Una teoria della giustizia*, Milano, 2009;
 - *The Idea of an Overlapping Consensus*, in *Oxford J. Legal Stud.*, 7, 1987;
 - *Political Liberalism* (1993), trad. it. *Liberalismo Politico*, Milano, 1994;

- G. REPETTO, *I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica*, in AA.VV., *Diritti fondamentali europei*, cit.;
- J. RESNIK-J. CHI-HYE SUK, *Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty*, in *Stan. L. Rev.*, 55, 2003;
- G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002;
- *La dignità*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto*, cit.;
- D.A.J. RICHARDS, *Commercial Sex and the Rights of the Person: a Moral Argument for the Decriminalization of Prostitution*, in *U. Pa. L. Rev.*, 127, 1978-1979;
- H. RICO, *John Paul II and the Legacy of Dignitatis Humanae*, Washington, 2002;
- P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006;
- F. RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992;
- *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1995;
 - *Valori costituzionali*, in AA.VV., *Dizionario di diritto costituzionale*, cit.;
- A. ROCCO, *La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*, III, Milano, 1938;
- S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. merito*, 1970;
- G. ROLLA, *Dignità*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti umani*, cit.;
- L. ROSA, *Stato e «moralità pubblica» nella Costituzione italiana*, in *Agg. sociali*, 1961-1962;
- B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2009;
- R. ROMBOLI, *Art. 5*, in AA.VV., *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, cit.;
- *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2009;
- A. ROSSI VANNINI, *Pietà dei defunti (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995;
- A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in <http://www.rivistaaic.it>, n. 1/2011;
- A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991;
- *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009;
- D.E.H. RUSSELL, *Against Pornography: The Evidence of Harm*, Berkeley, 1993;
- G. SABATINI, *Limiti legali e limiti morali del diritto di cronaca*, in *Giust. pen.*, 1950, II;
- *Decenza pubblica*, in *Novissimo Dig. It.*, V, Torino, 1960;
- F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, in AA.VV., *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, cit.;
- R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in AA.VV., *Trattato di diritto comparato*, cit.
- R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, cit.;
- P. SAMMARCO, *La disciplina della censura cinematografica*, in *Dir. inf.*, 2010;
- A. SANTOSUOSSO, *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009;
- R. SAPIENZA, *La libertà d'espressione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Sunday Times*, in *Riv. dir. int.*, 1981;

- *Il margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991;
- G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000;
- O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *Am. J. Int'l L.*, 77, 1983;
- D. SCHEFOLD, *Intervento introduttivo* in AA.Vv., *I costituzionalisti e la tutela dei diritti*, cit.;
- J.L. SCHROEDER, *Catharine's Wheel: MacKinnon's Pornography Analysis as a Return to Traditional Christian Sexual Theory*, in *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 38, 1993;
- P.M. SECUNDA, *Lawrence's Quintessential Millian Moment and Its Impact on the Doctrine of Unconstitutional Conditions*, in *Vill. L. Rev.*, 50, 2005;
- K. SEELMAN, *La tutela della dignità umana: garanzia di status, divieto di strumentalizzazione, oppure divieto di umiliare?*, in *Ragion pratica*, 2012;
- P. SELZNICK, *The Idea of a Communitarian Morality*, in *Cal. L. Rev.*, 75, 1987;
- G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007*, 2007, reperibile on-line su <http://www.rivistaaic.it>;
- V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Ancora sull'illiceità del giuoco d'azzardo autorizzato*, in *Foro it.*, 1950, I;
- R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988 (1928);
- J.T. SMITH, *Fighting for Regulation: Mixed Martial Arts Legislation in the United States*, in *Drake L. Rev.*, 58, 2009-2010;
- F. SORRENTINO, *L'art. 553 nell'interpretazione «adeguatrice» della Corte*, in *Giur. cost.*, 1965;
- D. SPIRITO, *Evoluzione ed involuzione della giurisprudenza in tema di pubblica decenza*, in *Arch. pen.*, 1983;
- W.A. SPOONER, *The Golden Rule*, in AA.Vv., *Encyclopedia of Religion and Ethic*, vol. 6, cit.;
- S. STAMMATI, *Intervento* in AA.Vv., *I costituzionalisti e la tutela dei diritti*, cit.;
- C. STARCK, *The Religious and Philosophical Background of Human Dignity and Its Place in Modern Constitutions*, in AA.Vv., *The Concept of Human Dignity*, cit.;
- V. STARK, *Public Morality as a Police Power After Lawrence v. Texas and Carhart v. Gonzales*, in *Geo. J. Gender & L.*, 10, 2009;
- A. STEFANI, *Il caso Englaro: le due Corti a confronto*, in *Quad. cost.*, 2009;
- J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity* 80, disponibile on-line su <http://files.libertyfund.org/>;
- N. STROSSEN, *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*, trad. it. *Difesa della pornografia: le nuove tesi radicali del femminismo americano*, Roma, 2005;
- C.R. SUNSTEIN, *What Did Lawrence Hold? Of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage*, in *Sup. Ct. Rev.*, 2003;
- *Liberty After Lawrence*, in *Ohio St. L.J.*, 65, 2004;
- R.S. TAYLOR, *Kantian Personal Autonomy*, in *Political Theory*, 33, 2005;
- G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009;

C. TIEDEMAN, *A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States Considered From Both Civil And Criminal Standpoint* (1886), New York, 1971;

TOMMASO D'AQUINO, *Somma contro i Gentili*, Torino, 1975 (1258-1264);

S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008;

L.H. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, in *Harv. L. Rev.*, 117, 2004;

S. TROILO, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, in AA.Vv., *Atti del Convegno internazionale su «Diritti dell'uomo e libertà religiosa»*, cit.

F. TULKENS-L. DONNAY, *La teoria del margine nazionale di apprezzamento e la Corte europea dei diritti dell'uomo: paravento giuridico o criterio interpretativo indispensabile?*, in *Ius17@unibo.it*, 2008;

L.C. UBERTAZZI, *La giurisprudenza completa dell'autodisciplina pubblicitaria, 1996-2009: la raccolta integrale delle decisioni autodisciplinari*, Garbagnate Milanese, 2010;

P. VAN DIJK-G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer-Boston, 1990;

G. VASSALLI, *Censura cineteatrale e leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961;

E. DE VATEL, *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1749-1750), Washington, 1916;

G. VELOTTI, *La censura cinematografica*, in *Problemi minorili*, 1962;

A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008;

R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, Milano, 1962;

- *Manifesti pubblicitari e particolare sensibilità dei minori*, in *Giur. it.*, 1964, II;
- *Sui rapporti tra prevenzione e repressione in materia di spettacoli cinematografici*, in *Giur. it.*, 1967, II;
- *La pornografia di fronte all'ordinamento giuridico italiano*, in AA.Vv., *Via libera alla pornografia?*, cit.;

U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Bari, 2009;

P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, VI ed., Milano, 1967;

- *Diritto costituzionale*, IX ed, Milano, 1979;

R. VIRGILIO, *La censura cinematografica: libertà dello spettatore, tutela dei minori e censura economica*, in *Aedon*, 1/2000, reperibile online su <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2000/1/vir.htm>;

F.A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, trad. it. *La società libera*, Soveria Mannelli, 2007;

W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, trad. it., *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, Soveria Mannelli, 2004 (1792);

A.M. VON LUTTICHAU, *What Is the Meaning and the Effect of the Principle of "Margin of Appreciation" Within the Jurisprudence of European Convention on Human Rights? Is This Principle Compatible With the Concept of "Effective Protection of Rights"?*, in *B. L. J.*, 1994;

- J. WALDRON, *Moral Autonomy and Personal Autonomy*, in AA.Vv., *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, cit.;
- R.M.M. WALLACE, *Public Morality: The Terms of Article 36 of the EEC*, in *The Journal of the Law Society of Scotland*, 25, 1980;
- D. WELCH, *The State as a Purveyor of Morality*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 56, 1987-1988;
- R. WEST, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, in *Mich. L. Rev.*, 88, 1990;
- J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, in *Yale L.J.*, 113, 2004;
- "Human Dignity" in Europe and the United States: the Social Foundations, in AA.Vv., *European and U.S. Constitutionalism*, cit.;
- R.C. WILLIAMS, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, in *Yale L.J.*, 120, 2010-2011;
- H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, 1996;
- R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2007;
- *Cinematografi e cinematografia. II) Censura cinematografica*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 2003;
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992;
- *Storia e Costituzione*, in AA.Vv., *Il futuro della Costituzione*, cit.;
- O. ZAMPANO, *Gli atti osceni tra offensività e tipicità*, in *Riv. pen.*, 1, 2006;
- C. ZAZA, *Atti osceni e contrari alla pubblica decenza*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988.