

III. Il limite del buon costume

di Marco Cuniberti

1. Il tema

Il buon costume rappresenta, come è noto, l'unico limite espressamente contemplato nell'art. 21 Cost., che affida alla legge il compito di prevenire e reprimere le sue violazioni. Il riferimento alla prevenzione, peraltro, va letto in correlazione con quanto disposto nei restanti commi dell'art. 21, e in particolare con il divieto di sottoporre la stampa ad autorizzazioni o censura: pertanto il limite del buon costume non abilita comunque il legislatore all'introduzione di meccanismi di controllo preventivo nel settore della stampa; un regime di controlli preventivi potrà essere disposto, invece, per le forme di manifestazione del pensiero diverse dalla stampa e in particolar modo per gli spettacoli teatrali e cinematografici (Barile).

Per quanto riguarda la radiotelevisione, invece, se qualche forma di controllo preventivo può ritenersi ammissibile per quanto concerne la trasmissione di films o di spettacoli di intrattenimento, più problematico appare prospettare restrizioni di questo genere per quanto concerne l'attività giornalistica svolta col mezzo radiotelevisivo, attesa la tendenziale omogeneità dell'attività giornalistica (e della relativa disciplina) a prescindere dal mezzo di pubblicazione (stampa, radio o televisione).

Rimane ovviamente ferma la possibilità di adottare misure repressive: a questo riguardo la disciplina della radiotelevisione detta norme specifiche, vietando tra l'altro (art. 15, decimo comma, l. 6 agosto 1990, n. 223) «la trasmissione di programmi che possano nuocere allo sviluppo psichico o morale dei minori» o che «contengano scene di violenza gratuita o pornografiche»: la violazione del divieto in questione è punita, oltre che con sanzioni penali qualora integri la fattispecie di cui all'art. 528 cod. pen., anche con l'applicazione di sanzioni amministrative da parte dell'autorità di garanzia (art. 31, terzo comma, l. n. 223: sul punto v. Cangianni, nonché Cass. civ., sez. III, 2 agosto 2000, n. 10104).

Il problema principale posto dalla disposizione consiste nella delimitazione della nozione costituzionale di «buon costume», dal momento che, nella legislazione ordinaria vigente, a tale concetto si rifanno previsioni molto differenti.

Una nozione molto ampia di «buon costume» è, ad esempio, quella utilizzata nell'art. 1343 cod. civ., che sancisce la illiceità della causa del contratto che sia «contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume» (ad es. il contratto avente ad oggetto lo scambio di prestazioni sessuali o il gioco d'azzardo): in tale accezione il «buon costume» si identifica con l'insieme dei principi etici dominanti in un certo momento storico, ovvero col concetto di «pubblica moralità» (Fabbucchi, Ferri).

Una concezione assai più restrittiva è quella a cui rimanda l'art. 529 cod. pen.,

che definisce «osceni», agli effetti della legge penale, «gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore»: il tale prospettiva il buon costume si traduce nel «comune sentimento del pudore», cioè in quella particolare forma di riserbo che accompagna le manifestazioni della sessualità, e che fa sì che la collettività si ritenga offesa dalla pubblica esposizione di parti del corpo, dalla rappresentazione o dalla descrizione di atti inerenti alla vita sessuale che possono provocare fastidio, imbarazzo, disagio, e talvolta anche forme più gravi di turbamento, specie laddove lo spettatore sia persona minore di età.

La tutela penale non è però circoscritta alla sfera del solo pudore sessuale, essendo sanzionate, pure se in forma più lieve, anche altre manifestazioni che possono tuttavia turbare negativamente la sensibilità dello spettatore, come accade quando si punisce il «commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza» (art. 725 cod. pen.) o ancora le «pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante» (art. 15, l. n. 47 del 1948).

Al problema di definire l'esatta portata della nozione costituzionale di «buon costume» si affianca poi l'ulteriore problema di chiarire quale rilievo possano avere, nella repressione delle manifestazioni contrarie al buon costume e in particolare lesive del pudore, le modalità con cui avviene la circolazione e la fruizione del prodotto «osceno»: in altri termini, si tratta di chiarire se e a quali condizioni possa ritenersi lecita la circolazione delle opere c.d. «pornografiche».

2. I casi

a) **Buon costume e controllo delle nascite (Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 9, e 16 marzo 1971, n. 49)**

In armonia con la politica demografica che aveva caratterizzato il regime fascista, l'art. 553 cod. pen. puniva chiunque pubblicamente incitasse a pratiche contro la procreazione o facesse propaganda a favore di esse; analogamente, l'art. 112 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza vietava di diffondere scritti o disegni che divulgassero, «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 ne illustrassero l'impiego.

Sopravvissute, come molte altre disposizioni, alla caduta del fascismo ed all'avvento della costituzione repubblicana, le norme vengono sottoposte al giudizio della Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 9 del 1965, la Corte, dopo avere escluso che l'originaria finalità della norma (il suo collegamento con la politica demografica del regime fascista) sia di per sé sufficiente a determinarne l'incostituzionalità (in quanto la legittimità costituzionale di una norma «dipende non già dal fine o dall'occasione che la fece nascere, ma dalla sua obiettiva conformità o difformità dalla legge fondamentale dello Stato»), ritiene che le disposizioni controverse possano essere ricondotte al divieto costituzionale delle manifestazioni contrarie al buon costume.

Nell'interrogarsi sulla portata della nozione di buon costume, la Corte rigetta con decisione la tesi sostenuta dall'Avvocatura dello Stato, secondo cui questa coinciderebbe con la «morale» o la «coscienza etica»: si tratta, infatti, di

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.

Escluso ogni riferimento alla sfera della morale, la nozione costituzionale di buon costume va ricondotta ad un insieme di «regole di convivenza e di comportamento che devono essere osservate in una società civile»: 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.

Su questa base, pertanto, la Corte perviene al rigetto della questione di costituzionalità, dando però un'interpretazione fortemente restrittiva della normativa impugnata, tale da escludere che essa possa venire utilizzata per limitare la pubblica discussione sull'utilità delle pratiche contraccettive o la divulgazione scientifica:

[...] la figura del reato previsto dalla norma impugnata si verifica quando l'azione del soggetto, che consiste nell'incitare o fare propaganda, illustrandone l'uso, di "pratiche", vale a dire di operazioni meccaniche ed esterne contro la procreazione, si compia pubblicamente – cioè in luogo pubblico o aperto al pubblico –, e viola per ciò stesso gravemente il naturale riserbo o pudore del quale vanno circondate le cose del sesso e non rispetta l'intimità dei rapporti sessuali, la moralità giovanile e la dignità della persona umana, per la parte che si collega a questi rapporti [...]. 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.

Nella decisione n. 9 del 1965 la Corte non sembra assumere una posizione precisa sull'estensione della nozione di buon costume: se da un lato si esclude che questo possa coincidere con la morale o con la coscienza etica, dall'altra parte si esclude abbastanza nettamente l'identificazione del buon costume con il solo pudore sessuale; la Corte sembra non escludere ipotesi in cui la repressione possa spinger-

si anche oltre, come mostrano i riferimenti al «sentimento morale dei giovani» e al rischio della «perversione dei costumi».

Non meraviglia dunque che la giurisprudenza – sia pure non cospicua – degli anni successivi abbia disatteso l’indicazione della Corte, continuando a applicare la disposizione nel suo significato letterale: la Corte torna pertanto sei anni più tardi sulla questione, e perviene, nella sentenza n. 49 del 1971, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione.

[...] 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. Di ciò si ha conferma nella già ricordata scarsissima applicazione dell’art. 553 c.p.; nelle ripetute proposte di legge per la sua abrogazione; nel diffuso convincimento dell’esigenza di una informata coscienza sociale in materia, rilevabile dalla letteratura, dai dibattiti e da note dichiarazioni internazionali sull’argomento. Si deve pertanto riconoscere che, venuta meno la ragione dell’autonoma configurazione del reato di cui all’art. 553 c.p., il limite da esso posto alla libera manifestazione del pensiero si trova in contrasto con l’art. 21, primo comma, della Costituzione.

b) Buon costume e dignità della persona umana (Corte cost. 17 luglio 2000, n. 293)

La pubblicazione su un settimanale di alcune fotografie scattate dalla polizia giudiziaria in occasione della scoperta del cadavere della vittima di un omicidio dà origine ad un procedimento penale nei confronti dei responsabili per violazione dell’art. 15 della l. 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa), che punisce la pubblicazione 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». Nel corso del processo, viene sollevata una questione di legittimità costituzionale sull’art. 15, invocando vari parametri: in primo luogo si richiama il principio di determinatezza della fattispecie penale desumibile dall’art. 25 della Costituzione, per la «genericità e l’indeterminatezza della norma incriminatrice», nella parte in cui utilizza il parametro del «comune sentimento della morale» quale requisito del fatto, per cui la condotta punibile finirebbe con l’essere «rimessa a valutazioni soggettive, variabili e non definibili a priori», anziché essere «legata a previsioni legislative sufficientemente determinate» (a tale proposito si richiama il precedente rappresentato dalla decisione della Corte sul delitto di plagio, ritenuto illegittimo per essere tale reato accertabile soltanto attraverso «i parametri culturali propri del giudicante»: Corte cost., sentenza n. 96 del 1981); in secondo luogo, si invoca l’art. 21 Cost., in quanto «l’indebita estensione del divieto costituzionale concernente le sole pubblicazioni contrarie al buon costume, fino a ricomprendere (...) le pubblicazioni contrarie al-

la morale comune, costituirebbe violazione dell'art 21, sesto comma, della Costituzione, dal momento che si introduce un concetto più ampio di quello vietato dalla disposizione costituzionale».

La Corte costituzionale, invertendo l'ordine delle questioni, esordisce esaminando il rapporto tra la disposizione e il limite del buon costume.

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 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. 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. E a spiegare e a dar ragione dell'uso prudente dello strumento punitivo è proprio la necessità di un'attenta valutazione dei fatti da parte dei differenti organi giudiziari, che non possono ignorare il valore cardine della libertà di manifestazione del pensiero. Non per questo la libertà di pensiero è tale da inficiare la norma sotto il profilo della legittimità costituzionale, poiché essa è qui concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana.

Il collegamento con il valore della dignità umana, nell'impostazione della Corte, consente di superare anche i dubbi relativi al rispetto del principio di determinatezza e tassatività della fattispecie penale, evitando applicazioni arbitrarie o condizionate dalle convinzioni soggettive del giudice.

La descrizione dell'elemento materiale del fatto-reato, indubbiamente caratterizzato dal riferimento a concetti elastici, trova nella tutela della dignità umana il suo limite, sì che appare escluso il pericolo di arbitrarie dilatazioni della fattispecie, risultando quindi infondate le censure di genericità e indeterminatezza. 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.

La Corte conclude quindi per il rigetto di tutti i dubbi di costituzionalità sollevati nei confronti dell'art. 15 della legge sulla stampa.

c) La nozione di «osceno» e la circolazione di prodotti pornografici (Corte cost. 27 luglio 1992, n. 368)

Un noleggiatore di videocassette detiene materiale a contenuto pornografico in un locale separato da quello adibito alla vendita al pubblico, allo scopo di consegnarlo solo ai clienti che ne facciano esplicita richiesta. Il giudice, trovandosi a giudicare il fatto sulla base dell'art. 528 cod. pen. che punisce chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione, detiene «scritti, disegni, immagini od altri ogget-

ti osceni di qualsiasi specie», solleva questione di legittimità costituzionale della disposizione sulla base dell'art. 21 Cost., ritenendo che la previsione costituzionale, da intendersi come volta essenzialmente alla protezione della persona «nei confronti delle molestie provocate dal dover assistere, contro la propria volontà, ad atti o a rappresentazioni di contenuto pornografico», non consenta di punire la mera detenzione di materiale pornografico, in assenza di una sua esposizione al pubblico.

Il giudice *a quo* riconosce che vi è un copioso filone giurisprudenziale secondo cui la mera detenzione «riservata» di prodotti pornografici non è penalmente perseguibile, ma ritiene che una simile interpretazione ecceda i poteri del giudice, in quanto contrastante con il tenore letterale della norma, la quale punisce la «detenzione finalizzata al commercio» senza attribuire alcun rilievo alle cautele adottate nella custodia del prodotto.

Nell'esaminare la questione, la Corte respinge innanzitutto la tesi che vede nel buon costume la mera espressione di «un valore di libertà individuale» o di una mera esigenza di «convivenza fra le libertà di più individui»: al contrario, secondo la Corte, il buon costume esprime «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)».

Proprio per questo, però, acquista un valore determinante, per concretizzare il concetto di «osceno», l'idoneità della manifestazione a raggiungere la percezione della collettività, e conseguentemente ad offenderne il «pudore»: la Corte richiama una recente sentenza delle Sezioni unite penali della Cassazione (1 ottobre 1991) in cui si afferma 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», per concludere che:

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 generale. Se, dunque, la «pubblicità» – intesa 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 – si configura come un requisito essenziale della nozione del «buon costume», considerato quale limite costituzionale al diritto fondamentale di libera manifestazione del proprio pensiero, non v'è dubbio che da ciò derivi un vincolo anche per chi sia chiamato a interpretare le leggi ordinarie attuative di quel valore costituzionale, nel senso che questi è tenuto a determinarne il significato adeguandone il senso ai principi appena ricordati. Sicché il giudice che si trovi ad applicare la norma contenuta nell'art. 528 del codice penale, la quale punisce chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione, detiene scrit-

ti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie, deve aver presente, come ha precisamente avvertito la più recente giurisprudenza di legittimità, che la misura di illiceità dell'osceno è data dalla capacità offensiva di questo verso gli altri, considerata in relazione alle modalità di espressione e alle circostanze in cui l'osceno è manifestato. E tale capacità, come ha precisato lo stesso giudice, non può certo riscontrarsi nelle ipotesi in cui l'accesso alle immagini o alle rappresentazioni pornografiche non sia indiscriminatamente aperto al pubblico, ma sia riservato soltanto alle persone adulte che ne facciano richiesta.

Le considerazioni svolte conducono la Corte ad una sentenza interpretativa di rigetto: l'interpretazione «adeguatrice» è da preferirsi, secondo la Corte, alla pronuncia di accoglimento richiesta dal giudice *a quo*, in omaggio al principio di «conservazione dei valori giuridici» il quale «impone il mantenimento in vita di una norma di legge quando a questa possa essere riconosciuto almeno un significato conforme a Costituzione».

3. Le questioni in gioco

La nozione di buon costume di cui all'art. 21 della Costituzione si limita a vietare le offese al pudore sessuale o può essere utilizzata anche per reprimere manifestazioni di pensiero contrarie alla morale diffusa? Il riferimento a concetti come quello di «pudore», «decenza» e simili, rappresenta una violazione del principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale? L'offesa al pudore deve essere valutata in relazione alla sensibilità del singolo soggetto o alla sensibilità media? Può un'opera considerarsi oscena nel momento in cui non raggiunge la percezione del pubblico ma si rivolge esclusivamente a soggetti adulti e consenzienti?

4. Il commento

a) I confini della nozione di “buon costume” e il valore della persona umana

La Corte costituzionale sembra orientata ad elaborare una propria concezione di «buon costume», del tutto autonoma rispetto a quelle cui si è accennato nella parte introduttiva.

Così, da un lato la Corte, in conformità all'intendimento degli stessi Costituenti (v. sul punto Barile, 460) rifiuta nettamente le letture estensive, che tendono a far coincidere il buon costume con le concezioni etiche dominanti in un determinato momento, e sin dalla sentenza n. 9 del 1965 afferma chiaramente la pertinenza della morale alla sfera interiore dell'individuo e l'impossibilità di imporre una concezione etica con strumenti giuridici; allo stesso tempo, però, essa sembra riluttante anche ad aderire alla concezione più restrittiva, che restringe la sfera dell'illecito alla rappresentazione di atti ed oggetti attinenti alla sessualità.

Si può dire che per la Corte (come, del resto, per la dottrina prevalente: cfr. De Roberto, 2) esiste una nozione *costituzionale* di buon costume, autonoma e distinta da quelle desumibili dalla legislazione ordinaria: ma la Corte si è sempre guardata bene dal fornirne definizioni precise, forse anche per la consapevolezza dell'opportunità di mantenere in capo al concetto quel tanto di elasticità che consenta ai giudici di adattarlo all'evoluzione del sentire sociale.

In questa prospettiva, il collegamento con i valori di fondo della Costituzione sembra dover essere ricercato, secondo la Corte, non tanto nelle norme sulla libertà personale o sulla protezione dell'infanzia, ma nell'ancora più ampio e sottostante concetto di «persona umana», la cui promozione la Costituzione (art. 2) pone tra i compiti principali della Repubblica.

Se il collegamento con l'art. 2 Cost. e con il concetto di «dignità umana» è presente sin dalle prime pronunce della Corte sull'argomento, questo argomento assume una rilevanza assolutamente decisiva nella sentenza n. 293 del 2000: in quella occasione, la norma sottoposta all'esame della Corte non colpiva la rappresentazione di atti o oggetti attinenti alla vita sessuale, bensì la pubblicazione di immagini raccapriccianti o impressionanti tali da «turbare – così si dice nella fattispecie incriminatrice – il comune sentimento della morale e l'ordine familiare». Siamo pertanto fuori dalla problematica dell'osceno di cui all'art. 529 cod. pen.: in gioco non è qui il sentimento del pudore sessuale, ma la «morale», sia pure mediata col riferimento al «comune sentimento», sicché sembrerebbe riproporsi il collegamento tra «buon costume» e «morale dominante».

La Corte, invece, esclude nettamente qualsiasi riferimento ad una morale maggioritaria o dominante, adottando un'interpretazione dell'espressione «comune sentimento della morale» tale da consentirne l'utilizzo in una società pluralista e laica: per la Corte infatti l'espressione si riferisce a ciò che è comune «alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea»; 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.

In questo modo si consente un'estensione del concetto di buon costume che va al di là della sfera del pudore sessuale, senza per ciò solo scadere nell'arbitrio del giudice o accreditare l'idea della superiorità di una concezione etica (magari perché maggioritaria), sulle altre. Non si scade nell'arbitrio del giudice, ad avviso della Corte, perché nella valutazione di ciò che appare atto a turbare il «comune sentimento della morale» il giudice dovrebbe adottare un'interpretazione minimale della nozione, in modo da colpire solo quegli atti che appaiano incompatibili con qualsiasi concezione etica presente nella società contemporanea: e ciò finirebbe per restringere a tal punto la sfera del penalmente illecito da rendere irrilevante il rischio di arbitri da parte del giudice. Non si accredita l'idea dell'esistenza di una «morale collettiva», o della superiorità di una concezione etica sulle altre, in quanto ciò che è punito non è – e non può essere – contrario ad *una sola* concezione etica, ma deve essere tale da ledere la dignità non di un singolo spettatore o soggetto rappresentato, ma – dice opportunamente la Corte – di «ogni essere umano».

b) Limite del buon costume e principio di determinatezza della fattispecie penale

Il problema del rapporto tra le norme poste a tutela del buon costume e il principio di determinatezza delle fattispecie penali è uno dei più delicati, e si è posto tanto per le norme poste a presidio del pudore sessuale, tanto per le norme aventi una portata più estesa. Fin dalla sentenza n. 191 del 16 dicembre 1970, con riferimento al concetto di «comune sentimento del pudore», la Corte ha però avuto modo di escludere la violazione del principio di tassatività e determinatezza della fattispecie, affermando che «il principio di tassatività si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie, ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato» (nello stesso senso, con riferimento ad altre fattispecie analoghe, cfr. Corte cost. n. 27 del 1961, n. 120 del 1963, n. 44 del 1964, n. 7 del 1965).

Ad avviso della Corte, «quando la legge penale prevede la tutela di beni immateriali (come il decoro, l'onore, la reputazione, il prestigio, la decenza ed altri) il ricorso a nozioni proprie del linguaggio e dell'intelligenza comuni è inevitabile», senza che ciò debba dare adito a dubbi circa la pretesa violazione del principio di tassatività. Allo stesso modo, per ciò che attiene alla violazione del limite del buon costume di cui all'art. 21, ultimo comma della Costituzione, il rinvio a concetti come quello di pudore o di morale è legittimo in quanto si tratta «di concetti diffusi e generalmente compresi, sebbene non suscettibili di una categorica definizione»: per quanto il costume vari secondo le condizioni storiche, infatti, «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».

Se questo è l'orientamento costante della Corte costituzionale, affermato in altri casi analoghi, merita di essere sottolineato come nella sentenza del 2000 sopra riportata la Corte introduca un altro elemento per dissipare i dubbi circa la violazione del principio di determinatezza, in una fattispecie in cui si sanziona la pubblicazione di immagini atte a turbare il «comune sentimento della morale»: la precisazione contenuta nella sentenza del 2000 appare tanto più significativa in quanto riferita ad una disposizione assai criticata dalla più autorevole dottrina penalistica, sia perché ritenuta «ideologicamente e criminologicamente» datata in quanto «espressione di concezioni psicologiche scientificamente superate» (Musco, 649), sia perché ritenuta palesemente in contrasto col principio di tassatività della fattispecie penale (Fiandaca, 201 ss.).

In questa pronuncia, la Corte si spinge ad affermare che nonostante la descrizione dell'elemento materiale del reato sia sicuramente caratterizzata dal riferimento a «concetti elastici», il fatto che essa trovi nella tutela della «dignità umana» il suo limite è sufficiente a far ritenere «escluso il pericolo di arbitrarie dilatazioni della fattispecie». Il riferimento al valore della persona umana e alla tutela della dignità dell'uomo, intesa nell'accezione «minimale» di cui sopra si è detto, appare dunque – nella prospettiva che ne dà la Corte – idoneo non solo a dissipare i dubbi circa la compatibilità del riferimento ad un «comune sentimento della morale» all'in-

terno di una Costituzione laica e pluralista, ma anche a conferire alla fattispecie una determinatezza tale da superare i dubbi di conformità alle prescrizioni dell'art. 25 della Costituzione.

Si tratta indubbiamente di una ricostruzione coraggiosa ed originale, la quale, però, postula che il particolare concetto di dignità personale utilizzato dalla Corte (una sorta di "minimo comune denominatore" delle varie concezioni etiche che convivono all'interno di una società pluralista) sia un concetto di evidenza immediata e di agevole individuazione: il che potrebbe non essere del tutto scontato, in una società che appare sempre più caratterizzata dalla problematica coesistenza di culture, religioni e tradizioni differenti, tanto che in dottrina si è suggerito di affiancare, se non di sostituire, al riferimento all'art. 2 Cost. quello all'art. 31 Cost. (protezione dei minori) in quanto più idoneo ad evitare il rischio dell'arbitrio del giudice (Manetti, 224).

c) La problematica dell'osceno e la detenzione e commercializzazione di materiale pornografico

Con specifico riferimento all'accezione penalistica di atti e oggetti «osceni», come definita dall'art. 529 cod. pen. (per cui «osceno» è l'atto o l'oggetto che, «secondo il comune sentimento», offende il «pudore»), si pone un ulteriore delicato problema, e cioè in quale misura l'offesa al pudore possa verificarsi in presenza di atti e oggetti che, pur potendosi definire osceni, non raggiungano la percezione della collettività, essendo custoditi o fatti circolare con modalità tali da evitare il contatto con persone non consapevolmente determinate a prenderne visione o con minori.

La questione si pone con particolare evidenza per la presenza nel nostro ordinamento di una serie di norme che non si limitano a perseguire l'esibizione di atti o di materiale osceno (si pensi alla fattispecie degli atti osceni in luogo pubblico) ma che (conformemente del resto alla prescrizione dell'art. 21, ultimo comma della Costituzione, che impone alla legge di prevenire, oltre che di reprimere, le violazioni del buon costume) puniscono anche una serie di atti propedeutici alla diffusione del materiale osceno, come ad esempio la semplice detenzione finalizzata al commercio di materiale «osceno», senza fare alcun riferimento all'elemento della pubblicità.

La risoluzione della questione presuppone anche lo scioglimento di un delicato nodo teorico, rappresentato dalla presenza di una corrente dottrinale (Fiandaca, 51 ss.) che tende ad inquadrare la tutela del buon costume nell'ambito della tutela dei diritti di libertà in senso stretto. In questa prospettiva, che è anche quella fatta propria dal giudice *a quo* nell'ordinanza che ha dato vita al giudizio di costituzionalità, la tutela del buon costume si risolve nella garanzia del diritto di ognuno a non essere esposto, «suo malgrado, all'esibizione di atti o alla offerta pubblica di oggetti, pubblicazioni e spettacoli osceni»: non potrebbe dunque ravvisarsi violazione del buon costume quando la persona sia solamente «posta in grado di accedere – consapevolmente e liberamente – all'osceno nelle sue varie manifestazioni».

Nel corso degli anni ottanta, numerose pronunce dei giudici di merito erano per

venute ad escludere la rilevanza penale di comportamenti come la vendita di oggetti o la rappresentazione di spettacoli osceni, se attuati in forma “riservata”: e su questa linea si collocavano anche alcune decisioni della Cassazione, come ad es. la sentenza della terza sezione penale del 30 novembre 1986, relativa alla proiezione di un film a contenuto osceno all’interno di un locale “a luci rosse”, in cui si escludeva la punibilità di «manifestazioni di per sé oscene, rappresentate in luoghi aperti al pubblico sì curamente identificabili per l’inequivoco ed efficace avvertimento sulla natura e sul contenuto della manifestazione»; permanevano, però, pronunce di segno opposto, come ad es. la sentenza della medesima terza sezione in data 19 settembre 1988, che affermava la rilevanza penale della detenzione di materiale pornografico destinato al commercio, per quanto questa fosse avvenuta con modalità “riservate”).

In questo delicato intreccio di questioni si inserisce dapprima la pronuncia delle Sezioni Unite penali del primo ottobre 1991, e in seguito la pronuncia della Corte costituzionale del 1992, sopra riportata, che ne recepisce in gran parte l’impostazione: entrambe le decisioni respingono la concezione “soggettiva” del buon costume avanzata dalla dottrina più avanzata, preferendo rimanere ancorate alla più tradizionale e consolidata accezione “oggettiva” per cui il buon costume non è un diritto individuale ma un bene della collettività.

In particolare la Cassazione, nella citata sentenza del 1991, ha modo di affermare con nettezza che «il buon costume è un bene collettivo, costituente patrimonio e morale comune» e che correlativamente «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)», e in quanto tale «si pone come regola generale promanante dal modo di sentire collettivo, pur mutevole nel tempo, e sottratta alla differenziata e personale sensibilità dei singoli».

È evidente lo sforzo – che si rinviene anche nella sentenza della Corte costituzionale dell’anno successivo – di segnare le distanze rispetto ad una concezione tutta relativistica e soggettiva di buon costume, quale sembrava quella adombrata dal giudice *a quo*: ma ciò non significa che si rinunci a delimitare, per altra, via, l’estensione del concetto di «osceno».

A questo risultato la Cassazione, e sulla sua scia la stessa Corte costituzionale, pervengono includendo il requisito della pubblicità nella stessa nozione di «osceno» penalmente rilevante: per citare ancora le parole della Cassazione, «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. In altri termini, ciò che si compie ed è destinato ad esaurirsi nella sfera privata, senza essere diretto (...) alla comunicazione verso un numero indeterminato di persone, non è giuridicamente qualificabile come osceno».

Ad avviso della Cassazione e della Corte, quindi, anche laddove la pubblicità non sia espressamente prevista, essa è pur sempre presupposta, essendo parte integrante della qualificazione di un oggetto o comportamento come «osceno» la sua attitudine a raggiungere la percezione della collettività: sicché, laddove tale attitudine manchi, è la stessa oscenità a venire meno.