

SIMONE FRANZONI

PUBBLICAZIONI E SPETTACOLI « OSCENI »: INTERPRETAZIONE O LIBERTÀ?

SOMMARIO: 1. Buon costume, osceno e comune sentire: indeterminatezza e dinamiche — 2. Profilo legislativo: la tutela dallo « osceno » negli artt. 527, 528 e 529 c.p. — 3. Profilo costituzionale: il limite del « buon costume » — 4. « Pubblicità » del buon costume, repressione dell'osceno e censura cinematografica.

I. BUON COSTUME, OSCENO E COMUNE SENTIRE: INDETERMINATEZZA E DINAMICHE.

L'art. 21 della Costituzione, nel vietare le manifestazioni del pensiero contrarie al « buon costume » e, insieme, nel conferire al legislatore il compito di adottare i provvedimenti adeguati a *prevenirne* e *reprimerne* le violazioni, è alla base di un'articolata quanto discussa disciplina legislativa, che tocca sia il settore amministrativo che quello penale.

Da un lato, quanto alle misure preventive basti pensare alla l. 21 aprile 1962, n. 161, la quale ha introdotto nel nostro ordinamento un complesso sistema di *censura*¹ delle opere cinematografiche; dall'altro lato, la repressione è assicurata, tra gli altri, dagli artt. 528 e 529 c.p., che sanciscono, il primo, il divieto di pubblicazioni e spettacoli *osceni*, mentre con il secondo si provvede a definire come tali « gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore ».

Tuttavia, se il « buon costume », con l'*interpositio legislatoris*, ha trovato compiuta *tutela*, altrettanto non può dirsi per ciò che concerne la sua *definizione*, in quanto tale vago concetto, prescelto dai costituenti proprio per l'estrema elasticità e, pertanto, adattabilità alla continua evoluzione sociale, non ha ricevuto una precisa determinazione contenutistica di rango legislativo. Per un verso, infatti, il legislatore ordinario, nel deter-

¹ Con il termine *censura* si allude alla forma di controllo sui mezzi di manifestazione del pensiero che si realizza attraverso « ogni "provvedimento cautelare" (disposto cioè prima della pronunzia del giudice sulla sussistenza della violazione del limite imposto al diritto) e capace di vietare, in tutto o in parte, l'esercizio di un dato mezzo di diffusione del pensiero in conside-

razione, diretta o indiretta, del contenuto di questo » (FOIS, voce *Censura*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 721). In estrema sintesi, la legge 21 aprile 1962, n. 161 subordina la proiezione e l'esportazione dei film ad un preventivo nulla-osta, il quale viene rilasciato in seguito a parere conforme delle *commissioni di revisione cinematografica* all'uopo istituite.

minare i parametri cui è subordinato il giudizio delle c.d. *commissioni censura*, si limita ad effettuare un mero rinvio alla nozione costituzionale del buon costume²; per altro verso, le disposizioni del codice penale da ultimo citate precisano l'evanescente nozione in esame con concetti altrettanto vaghi ed indeterminati. *Buon costume, osceno, comune sentimento del pudore*, non sembrano invero realizzare una progressione terminologica volta a definire con sempre maggior accuratezza una nozione in origine vaga, ma appaiono piuttosto come una concatenazione di tautologie accomunate dal richiamo a criteri meta-giuridici³.

Non è difficile evincere come all'indeterminatezza degli elementi normativi richiamati consegua una continua evoluzione giurisprudenziale, che si svolge in parallelo a quella dei costumi e che è dominata dalle concezioni soggettive dei singoli organi giurisdizionali chiamati, di volta in volta, ad esprimere la loro valutazione su quale sia, in un dato momento storico, la linea di demarcazione tra lecito ed illecito, tra atti ed oggetti penalmente irrilevanti o, al contrario, *in concreto* offensivi del pudore. A ciò occorre aggiungere che la tendenziale incertezza del quadro di riferimento è acuita da due ulteriori elementi critici. Il comma 2 dell'art. 529 c.p., in ossequio a quanto disposto dalla Carta Fondamentale, sancisce che « non si considera oscena l'opera d'arte o di scienza ». Che cosa sia da intendersi, poi, per « opera d'arte » costituisce, com'è noto, uno dei più risalenti dibattiti che angustiano la dottrina, ferma al punto di stallo tra l'orientamento di chi afferma che l'arte non sia, per definizione, mai oscena e chi, viceversa, ribaltando l'assunto, ritiene che l'osceno non sia mai arte⁴. Il secondo fattore di perplessità è rappresentato dal rapporto tra il « nulla-osta » che le c.d. *commissioni censura* sono chiamate ad apporre — su ogni opera cinematografica e preventivamente alla sua commercializzazione — ai sensi dell'art. 6 della citata legge n. 161 del 1962, e la successiva fase di controllo eventualmente espletata in sede di giudizio penale. In estrema sintesi, tanto le commissioni di revisione cinematografica quanto i giudici penali operano sulla base del medesimo parametro, il buon costume (*rectius*: nella seconda ipotesi, sulla base della sua più ristretta accezione dell'*osceno*, v. *infra*), agendo le prime in via necessaria e preventiva, i secondi in fase eventuale e successiva. Tuttavia, la prassi ha dimostrato come non sia sempre vero che al « nulla-osta » amministrativo consegua necessariamente un'altrettanto favorevole valutazione da parte dei giudici penali, seppur condotta alla stregua dello stesso parametro⁵. In pratica, un cineasta innanzitutto è costretto ad eseguire o un capo-

² Art. 6 della legge 161 del 1962.

³ Da ciò, l'affanno della dottrina penalistica nel tentativo di contenere entro limiti accettabili l'incertezza applicativa delle fattispecie incriminative previste dagli artt. 528 e 529 c.p., che culmina nella ricorrente prospettazione di dubbi di costituzionalità per violazione del principio di tassatività ex art. 25 Cost. In proposito, si veda, per tutti, FIANDACA, *Problemativa dell'osceno*, Cedam, Padova, 1984, 84 ss.

⁴ Molto chiara è, a questo proposito,

la sentenza Corte Cost. 27 luglio 1992, n. 368.

⁵ Gli interrogativi che si pone certa dottrina sono i seguenti: a) se la presenza del nulla-osta « possa o meno precludere l'intervento del giudice penale; b) se lo stesso agisca come causa di esclusione dell'antigiuridicità del fatto; c) se la detta autorizzazione, una volta intervenuta, sia tale da spiegare effetti sul dolo » (TERRUSI, *Nulla-osta ministeriale e proiezione di spettacolo osceno: una questione irrisolta*, in *Giur. mer.*, 1990, 113).

lavoro, o un'opera non oscena; poi deve ottenere l'autorizzazione della commissione censura; infine, ciò non vale a cautelarlo in maniera certa da una condanna *ex art.* 528 c.p.

Senza entrare nel merito alla *querelle* sorta intorno ai rapporti tra giudizio penale e c.d. giudizio di censura, dai pur succinti riferimenti effettuati emerge con chiarezza, ancora una volta, la difficoltà, non tanto di cristallizzare la nozione di buon costume — il che sarebbe contrario alla stessa natura e alla funzione delle clausole c.d. elastiche —, ma, quantomeno, di individuare *criteri orientativi* per la soluzione dei casi concreti, volti a fornire un soddisfacente livello di certezza giuridica ad un limite che, unico espressamente posto ad una delle fondamentali libertà costituzionali, corre con la sua evanescenza il rischio di svilirne il contenuto.

Ed è su questa articolata disciplina normativa che si inserisce l'attuale dibattito, il quale, a partire dagli anni Ottanta, ha coinvolto, dapprima, la giurisprudenza di merito, in seguito, quella di legittimità e da ultimo quella costituzionale, senza trovare però una composizione appagante. Discorso, questo, reso palese dalle numerose pronunce che la Suprema Corte è, tuttora, a cadenza quasi periodica chiamata ad esprimere, tanto che non si è mancato di rilevare come, in assenza di un intervento legislativo, sia tutt'altro che improbabile un nuovo intervento del Giudice delle leggi.

Accanto all'orientamento tradizionale, caratterizzato da un'evoluzione costante che guarda essenzialmente al profilo *contenutistico* del buon costume, di cui vengono accolte accezioni via via meno rigorose e più permissive, si è infatti sviluppato un indirizzo giurisprudenziale che, mirando a un recupero di oggettività, concentra il fulcro dell'indagine non sull'oscenità di un'opera *in sé* considerata, ma su quella della sua esposizione al pubblico o commercializzazione. In altre parole, come si vedrà, si prescinde dal valutare se un'opera sia *intrinsecamente* oscena, per vagliare essenzialmente il *contesto* in cui ne viene data fruizione: la *pubblicità*, ovvero la possibilità per un numero indeterminato di persone di percepire l'osceno, diverrebbe di conseguenza un elemento essenziale per la lesione del comune sentimento del pudore. E l'adozione di particolari cautele e misure di pubblicità dell'osceno varrebbe, ad un tempo, ad escludere l'integrazione di fattispecie penalmente rilevanti e a dare risposta sia alle esigenze di maggiore certezza giuridica, sia ai contrasti tra giudizi « censori » e penali (i quali verrebbero eliminati in radice) nonché alle istanze di chi, sulla scia di autorevole dottrina⁶, ritiene che il buon costume sia un limite da applicarsi in maniera assoluta soltanto nei confronti dei minorenni.

Cercando di prescindere da valutazioni di natura politica e sociologica sull'attualità e sull'opportunità delle disposizioni richiamate, le quali sembrerebbero competere alle assemblee elettive o tutt'al più alla sociologia giuridica, ci si porrà qui in una prospettiva *de iure condito* e si concentrerà l'indagine (non sull'opportunità politica ma) sull'*ammissibilità giuridica* dell'orientamento interpretativo da ultimo richiamato. Pertanto, seguendo l'*iter* giurisprudenziale, in primo luogo ci si atterrà al *profilo legislativo* della materia, per vagliare se quanto sancito nelle pronunce più innovative

⁶ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 228 ss.

rappresenti un'interpretazione consentita dal testo legislativo o una sua ineluttabile rottura; in un secondo tempo, occorrerà valutare se questo modo di intendere i limiti legislativi alle manifestazioni del pensiero sia conforme all' (se non imposto dal) art. 21 della Costituzione, svolgendo dunque un'indagine di *profilo costituzionale*, la quale avrà ad oggetto, in ultima analisi, la costituzionalità delle stesse *disposizioni* legislative esaminate; da ultimo, si cercherà di individuare tutte le ulteriori ripercussioni che un tale modo di intendere il *buon costume* comporterebbe sul nostro ordinamento. Tutto ciò, sforzandosi di tenere sullo sfondo le problematiche di teoria generale che sono inevitabilmente connesse ad uno studio che ha come attore principale le c.d. *clausole elastiche*: prima fra tutte, i rapporti tra *giudici e legislatore*.

2. PROFILO LEGISLATIVO: LA TUTELA DALLO « OSCENO » NEGLI ARTT. 527, 528 E 529 C.P.

Prima di passare in rassegna le contrastanti interpretazioni delle disposizioni richiamate, è possibile isolare alcuni punti fermi in tema di *osceno*:

a) la nozione penalistica dell'osceno è una *specificazione* del limite costituzionale del buon costume. Pertanto, il primo potrà essere uguale o più ristretto del secondo, giammai più lato, pena l'incostituzionalità delle relative disposizioni legislative;

b) l'osceno si traduce in un *limite alla libertà di manifestazione del pensiero*. Di conseguenza, non solo si pone in un rapporto di *eccezione alla regola* — analogamente ad ogni restrizione dei *diritti di libertà* di rango costituzionale — ma, data la fundamentalità del diritto in gioco, a maggior ragione sembra doversi intendere « nella maniera più restrittiva possibile, in quanto, in caso contrario, si rischierebbe di svuotare di senso la stessa previsione della libertà »⁷ costituzionalmente garantita;

c) l'osceno concerne essenzialmente la *sfera sessuale*. In virtù del riferimento al « pudore » effettuato dall'art. 529 c.p., osceni sono infatti « soltanto gli atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore », e cioè il « sentimento che induce alla riservatezza in tutto ciò che attiene alla vita sessuale »⁸;

d) conseguentemente, il concetto di pudore è stabile e predeterminato, mentre indeterminati (meglio: indeterminabili) e mutevoli sono gli atti e gli oggetti che arrechino *offese* allo stesso. E proprio sull'identificazione (meglio: sui *criteri* di identificazione) di questi ultimi vertono i maggiori dissensi.

In particolare, è il commercio di materiale pornografico (specie videocassette) ad essere oggetto dei contrasti giurisprudenziali più accesi. Come anticipato, secondo un primo indirizzo, una volta accertato il carattere pornografico dell'opera, il commercio della stessa sarebbe di per sé idoneo ad integrare il reato perseguito dall'art. 528 c.p. Al contrario, secondo altro, più recente ed invero prevalente orientamento, il limite del-

⁷ VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 500.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale-Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 1996, 500.

⁸ Secondo la classica definizione di

l'antigiuridicità penale non sarebbe attinto ove tale attività venga posta in essere nei confronti di soli acquirenti adulti e con particolari modalità di riservatezza e di cautela⁹. Analogamente, la capacità offensiva degli *spettacoli* erotici sarebbe condizionata dal « contesto ambientale »¹⁰ in cui sono presentati. Pertanto, *a prescindere dal contenuto degli stessi*, qualora le modalità di svolgimento siano caratterizzate da una particolare riservatezza e cautela, atta a garantire la presenza di pubblico maggiorenne e l'accesso soltanto a coloro che consapevolmente vogliono usufruirne, sarebbero realizzate le condizioni necessarie e sufficienti per escludere il perfezionamento di fattispecie delittuose¹¹. Evidentemente, alla base di queste conclusioni è la considerazione — di carattere sociologico — che negli ultimi decenni si è verificata un'evoluzione dei costumi nel segno di una sempre maggiore tolleranza, tanto da rendere ormai anacronistica la persecuzione penale di « pubbliche espressioni » in sé considerate della vita sessuale: secondo il comune sentire nell'attuale momento storico, un atto o una manifestazione del pensiero, ancorché di contenuto pornografico, non sarebbe offensivo del pudore se realizzato in modo c.d. « riservato », ossia con modalità idonee ad escludere la potenziale presenza di *minorenni* e di terzi *non consenzienti*. Del resto, non sarebbe nemmeno concepibile una « tutela del pudore rispetto a chi, per sua libera e consapevole scelta, desidera essere volontario spettatore di rappresentazioni oscene »¹², potendosi anzi profilare, in tal caso, addirittura una violazione del *principio di offensività*.

Il recepimento di queste argomentazioni in due successive pronunce delle Corti di Cassazione a sezioni unite¹³ nonché l'ulteriore avallo da parte della stessa Corte Costituzionale, non sono tuttavia parse risolutive, in quanto l'indirizzo tradizionale non ha mancato di riproporsi¹⁴.

Da ultimo, la Corte Suprema è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi in ordine all'integrazione del delitto di *atti osceni* (artt. 527 e 529 c.p.), con una sentenza¹⁵ particolarmente interessante non solo per la sua attualità, ma anche perché può rappresentare lo spunto per un proficuo confronto tra le varie disposizioni incriminatrici dell'*osceno*.

⁹ Si veda, ad es., Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 1999, n. 1749.

¹⁰ Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 1998, n. 135.

¹¹ In senso analogo, Trib. Avellino, 16 dicembre 1996, secondo il quale « la capacità offensiva dell'osceno (intrinseco) viene esclusa dalle modalità della pubblicità, dal contesto ambientale e "culturale" in cui atti ed oggetti si manifestano ».

¹² Cass. Sez. Un., 17 maggio 1995, n. 5606.

¹³ Cass. Sez. Un., 13 gennaio 1992, n. 8 e 17 maggio 1995, n. 5606. Si noti come la necessità di un duplice intervento delle Sezioni Unite in un periodo di tempo così ravvicinato sia, per ciò solo, sintomo paradigmatico della portata e del persistere del contrasto.

¹⁴ Si vedano, a titolo esemplificativo, Cass. pen., Sez. III, 23 aprile 1994,

n. 4693 (ove si sancisce che l'art. 528 c.p., punendo espressamente il commercio *anche clandestino* di oggetti offensivi del pudore, « consente al Giudice di interpretare alla luce del comune sentire l'oscenità degli atti e degli oggetti ma non anche di disporre delle relative modalità e dell'ambiente in cui si inseriscono gli stessi ») e 12 gennaio 1998, n. 135 (ove si dispone che il concetto di oscenità deve essere rapportato all'uomo medio, il quale, « sebbene il concetto di osceno possa mutare in relazione alla maggiore permissività dei costumi, non tollera che un pubblico spettacolo, anziché consistere nella mera rappresentazione di attività sessuali, di per sé lecite, sia concreta espressione dell'istinto sessuale »).

¹⁵ Cass. pen., Sez. III, 23 novembre 2004, n. 48532.

Il costrutto argomentativo di questa pronuncia può essere così riassunto: è osceno l'atto che, secondo il comune sentire, offende il pudore; è vietato, ai sensi dell'art. 527 c.p., non l'atto « osceno in sé », ma soltanto l'oscenità compiuta « in luogo *pubblico* o *aperto* o *esposto al pubblico* », proprio in considerazione della *potenziale lesività al pudore*; ne deriva che « la capacità offensiva del comune senso del pudore è strutturalmente connessa al requisito della pubblicità, cioè alla percepibilità da parte di un numero indeterminato di persone »¹⁶; *ergo*, detta capacità offensiva viene meno quando il comportamento dell'agente sia percepibile soltanto da un ristretto numero di persone le quali, lungi dal rappresentare la sensibilità media, mostrino di « accettare (addirittura di gradire) quel comportamento e di non subire alcun tipo di *vulnus* al loro senso del pudore »¹⁷. Al fine del perfezionamento della condotta tipica, occorre pertanto accertare sia l'oscenità di quanto compiuto, sia il *contesto* dell'osceno — ovvero le caratteristiche del luogo, il quale deve essere per lo meno esposto al pubblico — sia la *pubblicità* dell'osceno, e cioè l'assenza di particolari modalità di riservatezza e cautela idonee ad escludere la presenza di minorenni e non consenzienti.

Venendo al raffronto tra interpretazione giurisprudenziale e dati normativi, per quanto concerne il delitto di « atti osceni » occorre sottolineare come soltanto il requisito della « pubblicità » non sia stato apposto in maniera esplicita dal legislatore. Peraltro, anche se non v'è traccia di esso nell'art. 527 c.p., per lo meno non si pone in contrasto con quanto *ivi* positivamente sancito.

Viceversa, il procedimento deduttivo svolto nelle sentenze esaminate rischia di vacillare se applicato all'art. 528 c.p., dal momento che, ad un'attenta lettura del dato normativo, sembrerebbe in antitesi con quanto si evince dalla lettera del codice penale, andando oltre il confine concesso all'attività interpretativa, quand'anche evolutiva.

Sembra infatti difficile prescindere dalle seguenti considerazioni:

a) in primo luogo, l'art. 527 del codice penale, come anticipato, con l'enunciazione « in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico » richiede *espressamente*, oltre alla realizzazione dell'osceno, la presenza di requisiti « ambientali » o di « contesto », che assurgono pertanto ad elementi *tipici* della fattispecie. Viceversa, tale esplicitazione di ulteriori elementi qualificanti manca del tutto nel successivo art. 528. Ciò dovrebbe portare a ritenere, argomentando *a contrario*, che con quest'ultima disposizione il legislatore mirasse ad apporre il divieto a pubblicazioni e spettacoli osceni *a prescindere* dal contesto, dalle modalità e, a maggior ragione, dalla « pubblicità » delle condotte *ivi* indicate: *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*. In altre parole, a differenza che per gli atti, per le pubblicazioni e per gli spettacoli sembra essere perseguito « l'osceno *in sé* », non « l'osceno e pubblico »¹⁸;

¹⁶ Cass. pen., Sez. III, 48532 del 2004. Tali argomentazioni, con particolare riguardo ai minori di età, sono state riprese anche in Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2005, n. 4701.

¹⁷ Cass. pen., Sez. III, 48532 del 2004, cit.

¹⁸ In senso analogo LUTHER, *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette di contenuto pornografico*, in *Giur. it.*, 1993, 1160 ss., il quale si chiede se possa « la coscienza sociale essere tanto sgrammaticata da poter sostituire in una definizione legale l'agget-

b) in secondo luogo, nell'art. 528 c.p. non solo è assente qualsiasi allusione a qualsivoglia requisito di « pubblicità », ma al secondo comma il legislatore si è premurato, per gli oggetti osceni, di vietarne espressamente il commercio « anche se clandestino », ovvero a prescindere dalle modalità di introduzione dei medesimi nel circuito commerciale. Evidentemente, pur tenendo nella dovuta considerazione il carattere c.d. elastico della nozione *de qua*, e pur ammettendo i più ampi margini interpretativi dell'art. 528, sostenere da un lato, che la pubblicità costituisca un requisito, reale o potenziale, delle condotte tipiche, poiché « 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 »¹⁹, e dover rilevare, dall'altro lato, che è vietato il commercio *anche clandestino* di oggetti osceni, sembra rappresentare una palese contraddizione;

c) in terzo luogo, occorre considerare come l'art. 528 c.p. persegua tutta una serie di condotte (come « fabbricare », « introdurre », « acquistare », « detenere », « esportare ») meramente preparatorie al commercio di materiale pornografico, che ne costituisce il fine normativamente previsto (*dolo specifico*). Facendo coincidere l'osceno con la mancata adozione delle misure atte ad escludere la fruizione di opere pornografiche da parte di minorenni o terzi non consenzienti, si verificherebbe un'ancora maggiore divaricazione tra queste attività, soltanto prodromiche all'aggressione del bene tutelato (che in quest'ultimo caso finirebbe sostanzialmente per coincidere con il diritto a non ricevere indebite aggressioni al proprio senso di riservatezza in materia sessuale) e la lesione dello stesso. Evidentemente, anche simile controllo preventivo sembra meglio accordarsi con l'idea del controllo dello « osceno in sé ». Del resto, se così non fosse risulterebbe difficilmente superabile il vizio di « *eccesso di tutela* »²⁰ paventato da parte della dottrina, il quale renderebbe necessario un intervento del legislatore o — ove l'accennato orientamento fosse da accogliersi anche a livello della Costituzione — della stessa Corte Costituzionale, giacché « per eliminare tale eccesso, altro in verità non resterebbe se non escludere tutte le condotte *preparatorie* dall'ambito del penalmente rilevante »²¹.

Anche alla luce di tale ultimo rilievo, l'art. 528 c.p. richiederebbe, quindi, o un intervento di « ortopedia ricostruttiva »²², o una pronuncia di incostituzionalità (almeno) parziale. Vale a dire: la concezione dell'osceno avallata dalla giurisprudenza dominante si pone in aperto contrasto con la lettera della legge.

E ciò si evince con ancora maggior chiarezza estendendo l'angolo di visuale al combinato disposto degli artt. 528 e 529 c.p.

Come anticipato, quest'ultima disposizione, nel sancire la nozione legale dell'osceno, definisce come tali gli atti e gli oggetti che offendono il pudore « secondo il comune sentire », e cioè secondo il pudore medio della colletti-

tivo « osceno » con « osceno e pubblico » . Stando alla lettera del codice penale, « l'oscenità delle videocassette pornografiche viene determinata da « che cosa » si vede e non dalle modalità e dai luoghi, dal « come » e « dove » li si guardano » (IDEM, *op. ult. cit.*, 1163).

¹⁹ Trib. Avellino, cit.

²⁰ FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., 111 ss.

²¹ *Op. ult. cit.*, 112.

²² *Op. et. loc. ult. cit.*

vità²³. Non solo, dunque, non vi è alcun riferimento al requisito della « pubblicità »; non solo dalla lettera della disposizione l'oscenità sembra una qualità dell'oggetto in sé, che prescinde dalle modalità d'uso o di fruizione dello stesso; ma nemmeno sembrano consentite distinzioni tra vari livelli di pudore, fondate sull'assunto che « altro è il senso del pudore in chi non va cercando stimolazioni di natura sessuale, e altro è il senso del pudore in colui che queste sollecitazioni va appositamente a procurarsi »²⁴. Così argomentando, è evidente come il senso del pudore, contrariamente a quanto espressamente sancito dall'art. 529 c.p., non sarebbe più... « comune ».

In conclusione, a meno di non volersi staccare totalmente dal dato normativo, gli artt. 528 e 529 del codice penale non solo non impongono, ma neppure autorizzano distinzioni fondate sulle modalità di commercio o sulle circostanze di fruizione di opere e spettacoli osceni.

Pare pertanto possibile affermare come l'indirizzo interpretativo dominante potrebbe essere accolto soltanto in virtù di corrispondenti norme di rango costituzionale che ne attestino la legittimità. Ed in tal caso per le disposizioni legislative con esse in contrasto non potrebbe che derivare, come esito naturale, l'illegittimità costituzionale. La coerenza e la completezza dell'analisi implica di conseguenza il passaggio dal livello legislativo a quello costituzionale, ossia dal concetto di « osceno » a quello di « buon costume ».

3. PROFILO COSTITUZIONALE: IL LIMITE DEL « BUON COSTUME ».

In tema di libertà di manifestazione del pensiero, è noto come i Costituenti, onde evitare di dare alla luce una Carta Fondamentale suscettibile di divenire in pochi anni obsoleta, si trovarono innanzi ad una duplice alternativa: od omettere del tutto l'espressa menzione di limitazioni attinenti alla sfera sessuale, facendo leva soltanto sui limiti c.d. *impliciti* (ossia derivanti dall'ordinamento costituzionale nel suo complesso); o, viceversa, apporre restrizioni con una formula estremamente vaga, passibile sì di pericolosi dilatamenti ma, nel contempo, costantemente « aggiornabile ». E questa seconda via fu quella percorsa, non senza attriti, in seno all'Assemblea, a cui si deve l'attuale, ambigua formulazione dell'ultimo comma dell'articolo 21 Cost., ai sensi del quale « sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume ».

È pacifico che tra il *buon costume* oggetto di previsione costituzionale e l'*osceno* menzionato nel codice penale debba intercorrere un rapporto contenente/contenuto, in virtù del quale il secondo è da circoscriversi entro il perimetro tracciato dal primo, pena l'incostituzionalità. Tuttavia, in maniera speculare a quanto si verifica per l'osceno, anche delimitare con precisione il contenuto del buon costume è, come anticipato, cosa estrema-

²³ Gli obiettivi della presente indagine consentono di limitarci a questa generica definizione, prescindendo da ulteriori (e non pacifiche) specificazioni. Ci si riferisce, in particolare, alla concezione c.d.

« storico-relativistica » e c.d. « deontologica ». Al riguardo, tra la sterminata dottrina, v. GALLISAI PILO, voce *Oscenità e offese alla decenza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995.

²⁴ Trib. Torino, 20 aprile 1981.

mente difficoltosa, oltre che non opportuna. Difficoltosa perché in questa espressione sono inscindibilmente implicati elementi metagiuridici, indefinibili e mutevoli, i quali la contrassegnano a tal punto che non si è mancato di considerare il concetto nei termini di « un nome privo di contenuti prestabiliti »²⁵; inopportuna per la stessa *ratio* sottesa all'adozione di simile clausola, la vaghezza della quale ne costituisce, a ben vedere, anche il punto di forza, consentendone il continuo adattamento al mutevole contesto sociale, oltre che ai singoli casi concreti. Sennonché, proprio all'estrema indeterminazione e, quindi, alle potenzialità espansive dell'unico limite espressamente posto alla libertà di manifestazione del pensiero è legato l'assunto che questa fondamentale libertà, « pietra angolare »²⁶ di ogni ordinamento che voglia dirsi democratico, sia malgrado ciò provvista di una *tutela debole*.

Pur dando atto dell'opinabilità cui incorre ogni tentativo di delineare con precisione il contenuto semantico della nozione in esame²⁷, pare comunque possibile fissarne un significato minimale, atto a rappresentare un confine invalicabile tanto per il legislatore ordinario, quanto per gli organi giurisdizionali. Più precisamente, la dottrina ampiamente dominante²⁸, avallata fin dagli albori dalla giurisprudenza costituzionale²⁹, ha messo in rilievo come la nozione di buon costume costituzionalmente rilevante attenga alla *sola sfera sessuale*. Ciò, sulla base sia del già richiamato generale *criterio orientativo* ai sensi del quale, vertendosi in materia di diritti di libertà, ogni limitazione agli stessi deve essere intesa come eccezionale, e cioè nel senso più restrittivo possibile; sia dei lavori preparatori, nel corso dei quali, com'è noto, non solo la dizione « buon costume » venne preferita a « pubblica moralità » (approvata in Prima Sottocommissione e rigettata in sede di Commissione riunita) ma neppure trovò adito la proposta dell'On. Moro di introdurre, accanto ad esso, la limitazione della « morale ». Peraltro, l'inappellabilità alla « morale comune » sembra difficilmente contestabile anche in considerazione della *genesì storica* e della *natura* della libertà di manifestazione del pensiero, che nasce e trova ragione di tutela da parte dell'ordinamento proprio in quanto « libertà ontologicamente antagonista »³⁰.

²⁵ PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione: problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 6.

²⁶ Corte Costituzionale 2 aprile 1969, n. 84.

²⁷ Già in GRASSO e MORENO, *Rassegna di dottrina sul concetto di buon costume nell'art. 21 u.c. Cost.*, in AA.VV., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, in *Quaderni di studi e legislazione*, a cura della Camera dei deputati, Roma, 1972, le varie opinioni dottrinali venivano riunite e classificate in ben undici differenti orientamenti.

²⁸ Si veda, solo a titolo esemplificativo, FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957; ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958; BARILE, *Li-*

bertà di manifestazione del pensiero, Giuffrè, Milano, 1975; CORTESE, voce *Moralità pubblica e buon costume (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1977; CERRI, voce *Arte e scienza (libertà di)*, in *Enc. giur.*, III, 1988; CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur.*, XIX, 1990. *Contra*, vedi PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1965; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1979; VIRGA, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1979.

²⁹ Si segnalano, tra le tante, Corte Cost. 19 febbraio 1965, n. 9; 28 novembre 1968, n. 120; 16 marzo 1971, n. 49; 6 dicembre 1988, n. 1063.

³⁰ ZENO-ZENCOVICH, *La disciplina della radiotelevisione nella società della comunicazione*, in *Quad. cost.*, 2004, 326. La libertà di estrinsecare il proprio pensie-

Ciò nondimeno, posto che il *buon costume* non può essere fatto coincidere con la *morale* o con la *coscienza etica*, pur essendo pacifico che esso debba circoscriversi al *pudore sessuale*, ciò non è valso ad impedire il succedersi — a tale riguardo — di oscillazioni ed inversioni di indirizzo da parte della giurisprudenza costituzionale.

In particolare, nell'ambito di questo complesso *iter* evolutivo, si colloca l'importante decisione con cui la Corte delle leggi, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 528 c.p., ha precisato che il buon costume, trattandosi di « un limite che l'art. 21 della Costituzione contrappone alla libertà dei singoli individui (...) 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 Cost.) »³¹. Ciò significa che « la contrarietà al sentimento del pudore non dipende dall'oscenità di atti od oggetti in sé considerata, ma dall'offesa che può derivare al pudore sessuale, considerato il contesto e le modalità in cui quegli atti sono compiuti o esposti ». Sicché, non può riconoscersi tale capacità offensiva a manifestazioni del pensiero che, pur di per sé oscene, « si esauriscono nella sfera privata e non costituiscono oggetto di comunicazione verso un numero indeterminato di persone ovvero sono destinate a raggiungere gli altri soggetti con modalità e cautele particolari (...) tali da prevenire ragionevolmente il pericolo di offesa al sentimento del pudore di terzi non consenzienti o della collettività in generale ». Pertanto, secondo la Corte, la *pubblicità* si configurerebbe come requisito essenziale della nozione di buon costume, e tale limite non sarebbe intaccato nelle ipotesi in cui l'accesso alle rappresentazioni pornografiche non sia indiscriminatamente aperto al pubblico, ma sia riservato soltanto alle persone adulte che ne facciano richiesta. Sulla base di questi assunti, ed in ossequio al c.d. *principio di conservazione dei valori giuridici*, la Consulta ha optato per il rigetto della questione sull'ortodossia costituzionale dell'art. 528 c.p., per il tramite di una sentenza c.d. *interpretativa di rigetto*.

La pronuncia rileva sotto due diversi profili: quello del merito della decisione, e quello dello strumento (meglio: della tipologia di sentenza) adottato dalla Corte per « veicolare » il contenuto.

a) Quanto al merito, in via preliminare occorre sottolineare come una pronuncia di questo tipo si basi su un imprescindibile assunto di fondo, fa-

ro sorge e si rivela fin dall'origine essenzialmente come « rivendicazione contro l'autorità », connotandosi per la sua dimensione *politica* non solo perché essa è coesistente alla partecipazione alla vita della *polis*, ma anche « perché assume inevitabilmente una coloritura critica nei confronti delle autorità — politiche, religiose, militari — del gruppo di appartenenza.

(...) La libertà di manifestazione del pensiero — anche se comprende un'infinità di contenuti — mette in luce le idee antagonistiche. Sono queste a richiedere la sua protezione, giacché le altre, quelle comuni e largamente condivise, sono già « libere » perché accettate » (IDEM, *La libertà d'espressione*, Il Mulino, Bologna, 2004, 9).

³¹ Corte Cost. 27 luglio 1992, n. 368.

cente assegnamento su una peculiare concezione delle *clausole elastiche*, in virtù della quale l'organo deputato ad individuarne la portata precettiva, ossia l'interprete ultimo delle stesse, sarebbe non il Legislatore ma il Giudice Costituzionale. L'esistenza stessa di una sentenza quale quella esaminata postula infatti, per ciò solo, che la specificazione del concreto contenuto normativo delle disposizioni « elastiche » sancite nella Carta Fondamentale competa, in ultima analisi, alla Corte Costituzionale, la quale può vagliare l'*adeguatezza della legge al contesto sociale richiamato nel parametro costituzionale* e deve operare queste valutazioni, che inevitabilmente si estendono al *merito* della legge, in considerazione di quanto emerge dal c.d. « diritto vivente ». Come anticipato, non è questa la sede né per ponderare l'ortodossia giuridica di tale asserzione, né per esprimere giudizi di valore sulla sua opportunità³². Ci si concentrerà, più semplice-

³² In sintesi, è possibile rilevare come, relativamente alle c.d. *clausole elastiche*, sia pacifico che queste comportino un rinvio mobile al contesto sociale di riferimento, in conformità del quale devono essere lette ed interpretate. Il problema è quello di identificare quale sia il loro « interprete » privilegiato.

Qualora le stesse vengano inserite in una disposizione legislativa, l'adozione di tale tecnica « risponde all'esigenza di un adeguamento automatico della norma alla dinamica sociale con conseguente affidamento al giudice del potere d'individuare la concreta portata precettiva » (CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero*, cit., 8). Analogamente, nell'ipotesi in cui la clausola elastica costituisca l'oggetto di una disposizione di rango costituzionale, ma si verta in situazione di *assenza* di una legge ordinaria sul tema, saranno sempre i giudici ad applicare direttamente la disposizione costituzionale (*Drittwirkung*) adeguandone il contenuto a quanto espresso dalla « coscienza sociale », a meno che non si neghi alla Costituzione il carattere della *precettività* (VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., 177 ss.). I maggiori problemi emergono, allora, qualora sussista una legge ordinaria attuativa della clausola elastica. L'approccio più corretto alla questione sembra essere quello di assumere come naturale punto di partenza la considerazione che, in tal caso, in sede giurisdizionale non potrà essere applicata *direttamente* una disposizione costituzionale, poiché ciò implicherebbe il superamento dell'art. 101 Cost., alla stregua del quale i giudici sono soggetti alla legge. Di conseguenza, in presenza di una legge ordinaria essi (giudici) non potranno assurgere a diretti interpreti della Costituzione, ignorando l'*interpositio legislatoris*. E nel senso indicato depono altresì la stessa previsione della Corte Costituzionale, poiché se ogni giudice potesse de-

cidere di non applicare la legge incostituzionale, non avrebbe alcun significato né l'istituzione di un sistema *accentrato* di controllo di costituzionalità (artt. 134 ss. Cost.), né l'introduzione del *ricorso in via incidentale* in virtù della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1 (VIGNUDELLI, *op. ult. cit.*, 422). Resta fermo, d'altra parte, che qualora il giudice ritenga la legge non conforme alla Carta Fondamentale (*rectius*: non conforme ai criteri metagiuridici e storico sociali richiamati dalla Costituzione, ove si guardi alle clausole elastiche) dovrà adire la Corte Costituzionale. Tanto premesso, può porsi il seguente interrogativo: in tal caso chi dovrà decidere? la Corte o il Legislatore? Ovvero, a quale organo è delegato, in ultima analisi, l'onere di dare un volto alle clausole aperte, ricostruendo la coscienza sociale dell'attuale momento storico?

La dottrina maggioritaria (tra gli altri, GRASSI, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica ed altre cose*, in *Giur. cost.*, 1971, 531 ss.; CORTESE, voce *Moralità pubblica e buon costume*, cit.; DE ROBERTO, voce *Buon costume I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, V, 1988; CONTALDO, *La tutela del minore telespettatore: aspetti normativi ed autodisciplinari di un fenomeno in evoluzione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1994, 1504 ss. In senso analogo pare porsi anche ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2002), alla quale si allinea la giurisprudenza costituzionale, attribuisce alla Corte Costituzionale questo potere. Ciò si traduce nella facoltà, da parte del Giudice delle leggi, di sindacare la corrispondenza delle norme poste dalla fonte primaria con la concreta realtà sociale, la quale, essendo richiamata dal « buon costume », assurge da elemento metagiuridico a parametro (o *valore*) « super-primario » suscettibile di valutazione in sede di giudizio di costituzionalità. Anzi, è proprio in virtù dell'elasticità-

mente, sulle *conseguenze* che, nella specifica materia e nel particolare caso in esame, derivano dall'accoglimento del suddetto orientamento.

Tanto premesso, la sentenza si denota per tre elementi caratterizzanti: in primo luogo, per l'adesione alla concezione *organicistica* del buon costume; in secondo luogo, per l'*individuazione* del bene collettivo tutelato in virtù del combinato disposto degli artt. 2 e 21 Cost.; infine, per la differenziazione tra manifestazioni private e *pubbliche*.

Relativamente all'opzione per l'ipotesi *organicistica* — che afferma « la natura superindividuale del bene tutelato, riconducendone il valore etico alla tutela di un sentimento collettivo di pudore »³³ — *in loco* di quella *individualistica* — la quale riconverte il bene protetto alla non esposizione a fonti di turbamento del proprio sentimento erotico senza previo consenso — è possibile rilevare come se per un verso, in un'ottica strettamente giuridica, l'adesione alla stessa sembra difficilmente controvertibile³⁴, per al-

tà del disposto costituzionale che « spetterebbe alla Corte Costituzionale di sviluppare *anche nel merito* il sindacato sulle scelte effettuate dal legislatore ordinario » (CHIOIA, voce *Manifestazione del pensiero*, cit., 9). Se così non fosse, e cioè se l'elasticità della prescrizione costituzionale dovesse implicare la libertà del legislatore ordinario di fissare i contorni del buon costume, tale ultima affermazione « potrebbe risolversi in un sostanziale svuotamento delle garanzie che debbono assistere la libertà di manifestazione del pensiero » (*Ibidem*). Di conseguenza, il sesto comma dell'art. 21 della Costituzione, che riserva al legislatore il compito di adottare « i provvedimenti adeguati a prevenire e reprimere le violazioni », non concernerebbe in alcun modo i contenuti del precetto, ma esclusivamente « i meccanismi *formali* volti ad assicurare la tutela del fenomeno » (DE ROBERTO, voce *Buon costume*, cit., 2; *contra*, DE SIERVO, *Gli attuali problemi relativi alla prevenzione e repressione degli spettacoli cinematografici contrari al buon costume*, in AA.VV., *Intervento pubblico e libertà di espressione nel cinema, nel teatro e nelle attività musicali*, Giuffrè, Milano, 1974, 273 ss.).

Ci si deve chiedere, tuttavia, da un lato, se il fatto di consentire ai giudici costituzionali di sindacare il *merito* delle scelte legislative sia conforme al riferimento del controllo effettuato dalla Corte Costituzionale ai soli profili di *legittimità*, generalmente desunto dagli artt. 127, 134, 136 Cost., nonché espressamente sancito dall'art. 28 l. 11 marzo 1953, n. 87, ove si stabilisce che « il controllo di *legittimità* della Corte Costituzionale (...) esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento »; dall'altro lato, se una concezione delle clau-

sole elastiche tale da implicare la sovrapposizione del giudizio (non di legittimità, ma) di *merito* della Corte a quello espresso dalla volontà del Parlamento, consentendo ai quindici giudici costituzionali di divenire arbitri dell'individuazione dei limiti posti ad una delle libertà fondamentali, « corrisponda perfettamente alla natura del sistema democratico garantito dalla nostra Costituzione » (DE SIERVO, *Intervento*, cit., 323, il quale riferisce quest'obiezione specificamente ai giudici ordinari). D'altra parte, se è vero che « nella legge risiede la più alta garanzia dei diritti di tutti i consociati » (ZENO-ZENCOVICH, *Alcune ragioni per sopprimere la libertà di stampa*, Laterza, Roma-Bari, 1995, 77) la compressione del ruolo del legislatore rischia di suscitare, ove riferita ad uno dei più importanti diritti di libertà, le maggiori perplessità.

³³ LUTHER, *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette di contenuto pornografico*, cit., 1163.

³⁴ Tant'è che, anche nelle concezioni individualistiche, la natura *individuale* del bene protetto non viene posta in alternativa, ma in aggiunta (ad esempio, ODDI, *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, 1155 ss., o Cass. Sez. Un., 24 marzo 1995, n. 5606) o come criterio orientativo per tratteggiare la fisionomia dell'esigenza eminentemente *collettiva* tutelata (FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., spec. 51 ss. e 105 ss.). Viceversa, il requisito della non opinabilità sotto il profilo giuridico non sarebbe richiamato altrettanto a proposito in merito all'orientamento *individualistico*. Difatti, questo concepisce la tutela del buon costume essenzialmente come tutela del diritto a

tro verso lo svolgimento di un esame analitico di queste due concezioni rischierebbe di apparire privo di rilevanza pratica, considerato che, per il tramite della prima, la Corte è addivenuta alle medesime conclusioni prospettate da dottrina e giurisprudenza sulla base della seconda, e cioè l'esclusione di lesioni al buon costume per manifestazioni, atti od oggetti rivolti a soli terzi *consenzienti*³⁵.

Maggiormente problematica sembra essere, viceversa, l'assunzione dell'art. 2 della Costituzione quale canone interpretativo del buon costume, in considerazione del fatto che questa scelta non solo appare opinabile — oltre che, a ben vedere, non necessaria — ma reca in sé il pericolo di un'evoluzione dell'ordinamento in senso non propriamente liberale.

Il rilievo dell'opinabilità è direttamente tratto dalla considerazione che il far discendere dall'art. 2 « i principi costituzionali inviolabili » della generica e non meglio definita « tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone »³⁶, presuppone o l'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione come *clausola aperta*³⁷, o l'adesione alla già richiamata *concezione del diritto per valori*³⁸. In merito, basti in questa sede rilevare che, com'è noto, parte della dottrina³⁹ si pone in senso critico nei confronti

non dover assistere, contro la propria volontà, ad atti o rappresentazioni di contenuto sessuale, facendo di conseguenza assurgere tale diritto al rango costituzionale (e non potrebbe essere diversamente, poiché altrimenti non si potrebbe spiegare la compressione in suo favore della parimenti costituzionale libertà di manifestare il proprio pensiero). Più specificamente, si riconduce il buon costume alla libertà personale sancita nell'art. 13 Cost., il che implica, tuttavia, da un lato, l'adesione alla tutt'altro che pacifica c.d. *concezione del diritto per valori* (tra gli altri BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss. e IDEM, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997; ZACREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992; MACKORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, tr. it., Giappichelli, Torino, 2001. Ma, *contra*, FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973; GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 513 ss., e, sulla necessità di tenere separati *diritto e morale*, POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, Roma, 2004); dall'altro lato, (implica) l'esposizione a tutta la serie di obiezioni che autorevole dottrina muove all'emersione dei c.d. « nuovi diritti » (PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1990, spec. 4 ss.; FOIS, *Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini nella Costituzione italiana. Articoli 1-54*, Maggioli, a cura di Vignudelli, Rimini, 1991, 54 ss.; VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit., 592 ss.; IDEM,

Enigmistica interpretativa od interpretazione chiromantica? (ovvero: norma positiva tra Macchiavelli, Ninfa Egeria e damnatio memoriae), in *Nomos*, 2004, 7 ss, nonché, dello stesso A., ma per altro profilo critico, *L'« ingenua » Corte di Münchenhausen*, in *Quad. cost.*, 2005, 864 ss).

³⁵ Per uno sviluppo analitico di questa affermazione si veda il raffronto effettuato da ODDI, *Il « buon costume » tra morale e diritto*, cit., spec. 1162.

³⁶ Corte Cost. 368 del 1992, cit.

³⁷ Tra gli altri vedi BARBERA, *Commento all'art. 2*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, diretto da Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.

³⁸ V. *supra*, nota 33

³⁹ Tra gli altri PACE, *Problematica*, cit.; VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., spec. 420 ss. e 592 ss., al quale si rimanda. In particolare, le maggiori obiezioni sono basate sui rilievi che l'interpretazione dell'art. 2 quale clausola aperta si spiegherebbe soltanto con l'accoglimento dell'incerto concetto di « costituzione materiale » — la quale, a ben vedere, finirebbe per tradursi in una sorta di « surrogato storicistico del diritto naturale » (secondo la critica mossa da BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, 1989) e si porrebbe in contrasto con l'adozione di una Costituzione rigida (a cui possono essere apportate modifiche o *aggiunte* solo mediante le procedure previste dall'art. 138 Cost.) — mentre l'adesione alla teoria del diritto per valori, proprio a causa dell'indeterminatezza e della mutevolezza di questi ultimi, comporterebbe,

di entrambe le impostazioni, muovendo dalla considerazione che l'emersione dei c.d. « nuovi diritti », a cui viene attribuito rango costituzionale, « non di rado risultano antagonisti tra loro e nei confronti dei diritti tradizionali formalizzati in Costituzione »⁴⁰. Si paventa, di conseguenza, il rischio di una non auspicabile compressione delle libertà fondamentali espressamente sancite nella Carta Costituzionale ad opera di nuovi diritti privi di specifica positivizzazione. Sotto il profilo argomentativo, poi, l'orientare il limite « del buon costume » al valore della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone, non si palesa né come un procedimento deduttivo naturale ed immediato, né come un collegamento necessario. Infatti, per un verso sembra da condividere l'osservazione che, pur non dovendosi criticare questa scelta come di per sé irragionevole, « sarebbe stato forse opportuno darne una motivazione più circostanziata »⁴¹; per altro verso, e cioè relativamente alla superfluità del richiamo all'art. 2 della Costituzione, è evidente che, in presenza di un rinvio al contesto sociale ad opera delle clausole elastiche, sia a ben vedere pleonastico l'appello ad altri parametri costituzionali (peraltro anch'essi contemplati, ed invariati, dal 1948) in quanto risulta sufficiente il richiamo al mutamento della « coscienza comune » nel momento storico attuale, così come individuata ed interpretata dalla Corte stessa. La qual cosa, lungi dal costituire un'innovazione, sarebbe stata del tutto conforme all'ormai consolidato orientamento dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁴².

Ma il maggiore elemento di criticità di una tale impostazione emerge qualora si pensi agli sviluppi cui essa potrebbe dare adito ove assunta in maniera categorica, giacché si configura il rischio che il « buon costume » e « il valore della dignità umana » possano rivelarsi, in ultima analisi, più che due nozioni complementari estrinsecantesi in un limite unitario, due differenti ed *autonome limitazioni* al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, desunte non a caso da due diverse disposizioni (la prima sancita *espressamente* nell'art. 21 comma 6; la seconda *implicitamente* tratta dall'art. 2). Del resto, l'effetto più naturale che sembrerebbe discendere dal tentativo di ridurre la portata precettiva di un limite ad un diritto deducendo un'altra limitazione al diritto medesimo, pare essere, più semplicemente, che la libertà ne esca doppiamente limitata. In altri termini, ci si deve chiedere se ponendo l'accento sul valore (implicito) della tutela della dignità umana, non si rischi di mettere in secondo piano quello (*espli-*

da un lato, « un allargamento della sfera di potere del giudice incompatibile con lo schema dello Stato democratico accolto dalla Costituzione (nel quale le scelte politiche devono essere effettuate da organi rappresentativi) » e, dall'altro lato, si risolverebbe in « un indebolimento (se non addirittura nella negazione) del principio di certezza del diritto » (VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., 593). In senso analogo v. anche GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, cit.; IDEM, *Principi di diritto*, in *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992.

⁴⁰ VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., 593.

⁴¹ LUTHER, *Un'interpretazione adeguatrice*, cit., 1166.

⁴² Si veda, a titolo esemplificativo, la nota sentenza Corte Cost. 16 marzo 1971, n. 49, relativamente all'art. 533 c.p. in tema di incitamento a pratiche contro la procreazione: dopo aver inizialmente fatto salva questa disposizione sulla base della tutela del buon costume (Corte Cost. 19 febbraio 1965, n. 9), con la pronuncia in esame la Consulta ne ha dichiarato l'illegittimità facendo leva sulla considerazione che « secondo la coscienza comune (...) non sia oggi da ravvisare un'offesa al buon costume nella pubblica trattazione di vari aspetti di quel problema ».

cito e più circoscritto, perché inerente alla sola *sfera sessuale*) del buon costume, aprendo la strada a nuove, meno definite e quindi più ampie limitazioni alla libertà tutelata dall'art. 21 Cost. di quanto non avvenisse guardando al buon costume *tout court*.

Questa non confortante prospettiva sembrerebbe essere stata avallata, dopo poco meno di un decennio, da un'altra sentenza della Corte Costituzionale⁴³, nella quale si è considerato conforme a Costituzione l'art. 15 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (avente ad oggetto la stampa, ma successivamente esteso anche al sistema radiotelevisivo) ove viene penalmente sanzionata, ai sensi dell'art. 528 c.p., l'utilizzazione 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 ». Ad avviso della Corte, infatti, la disposizione impugnata, quando vieta gli stampati idonei a « turbare il comune sentimento della morale », tutelerebbe « non soltanto ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alle 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 ». Conseguentemente, la libertà del pensiero non sarebbe « tale da inficiare la norma sotto il profilo della legittimità costituzionale, poiché essa è qui concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana ». In quest'ottica, se è indubbio che il riferimento all'art. 2 della Costituzione contribuisce a dare un volto concreto « al buon costume », è altrettanto evidente come, lungi dal limitarne la portata, ne dilati il significato, facendolo esorbitare dalla sfera sessuale fino a lambire i più ampi e ancor meno definiti confini della « morale comune ». Tutto ciò contro la lettera dell'art. 21 Cost. ed in difformità da quanto emerso in sede di lavori preparatori della Carta Fondamentale.

Per quanto concerne il terzo assunto in cui è articolata la sentenza in esame, alla stregua del quale la violazione del buon costume sussisterebbe unicamente per le manifestazioni c.d. *pubbliche*, ossia aventi luogo in assenza di modalità atte a garantire la sola presenza di terzi *maggioresni* e *consenzienti*, stando alla formulazione letterale dell'art. 21 Cost., che si limita a vietare tutte le manifestazioni del pensiero contrarie al buon costume senza aggiungere specificazione alcuna, non sembrerebbe sostenibile l'asserzione che la distinzione tra manifestazioni « private » e « pubbliche » sia *imposta* dalla lettera della disposizione. Ma questo non significa, perciò solo, che essa sia anche *preclusa* dalla Costituzione. Nondimeno, non si può non rilevare come l'orientamento da ultimo emerso, con l'attenzione non più al solo dato « contenutistico-quantitativo » delle rappresentazioni sessuali, ma pure a quello più propriamente « estrinseco-qualitativo » del *contesto* in cui tali rappresentazioni vengono effettuate o poste in commercio, rappresenti un salto *qualitativo* nettissimo rispetto alla tradizionale prassi interpretativa della giurisprudenza costituzionale, incentrata su una lettura dell'evoluzione del buon costume di tipo *quantitativo*, ossia sulla progressiva ammissione di atti o manifestazioni del pensiero aventi un contenuto *intrinsecamente* connotato per sempre più marcati elementi di erotismo o comunque attinenti alla sfera sessuale.

⁴³ Corte Cost. 17 luglio 2000, n. 293.

Discorso, questo, che conduce all'ulteriore rilievo secondo il quale l'inconciliabilità di due differenti interpretazioni della medesima disposizione non porta necessariamente all'ammissibilità di una soltanto di esse, ben potendo un enunciato linguistico (*disposizione*) formulato in modo vago o « sibillino » dare adito a più significati (*norme*) anche tra loro contrastanti. Il che pare appunto accadere per il « buon costume », del quale l'indeterminatezza, sconfinante nell'approssimazione, rappresenta ad un tempo il carattere saliente e la *ratio* istitutiva, nonché l'elemento alla stregua del quale non sembra potersi censurare la legittimità dell'inversione di tendenza operata dalla Corte Costituzionale. Diversamente, in assenza di più precisi dati normativi (e dunque a differenza di quanto accade, come si è visto, per gli artt. 528 e 529 c.p.) si finirebbe per cristallizzare, sulla base di convinzioni personali o sociologiche — non giuridiche, poiché la formulazione dell'art. 21 Cost. non lo consente — l'evanescente clausola del « buon costume », che è per sua natura elastica. Così facendo, si ricadrebbe ancora una volta nel circolo vizioso di chi tenta di addivenire ad una definizione statica e precisa di quanto dai costituenti appositamente voluto come mutevole.

Il problema si sposta, allora, *dalla legittimità dell'interpretazione* (la quale pare peraltro rispettosa dei *criteri orientativi*, ossia natura e fondamentalità del diritto in gioco, volti a preferire la lettura più restrittiva possibile dei limiti apponibili alla libertà di estrinsecazione del pensiero) *alla legittimazione dell'interprete*, ossia alla determinazione di quale sia il soggetto — Corte Costituzionale o Legislatore? — titolare del potere di plasmare le c.d. *clausole elastiche* al concreto contesto sociale di riferimento. Ma la semplice formulazione di simile interrogativo rappresenta già di per sé, come si è più volte avuto modo di precisare, il punto di arrivo della presente analisi.

b) relativamente al profilo della *tipologia di sentenza* utilizzata per dare risposta alle istanze proprie della trasposizione legislativa del « buon costume », i giudici costituzionali sono pervenuti ad una pronuncia di rigetto forse riconducibile alle c.d. *interpretative adeguatici*, che ha il merito di garantire, accanto al pieno rispetto del *principio di conservazione dei valori giuridici*, sia l'autonomo potere interpretativo da parte degli organi giurisdizionali di merito, in considerazione di un'esigenza che pare assumere il maggiore rilievo proprio in relazione alle clausole elastiche, sia il rispetto del ruolo e dell'autorità della Corte di Cassazione, la quale non aveva mancato di esprimersi in proposito.

Tuttavia, la scelta di tale strumento decisionale non sembra compatibile con le conclusioni alle quali si è pervenuti analizzando le disposizioni legislative impugnate. Con le sentenze interpretative adeguatrici, infatti, la Corte coglie, tra più significati *possibili* di una disposizione legislativa, quello conforme a Costituzione, adeguando alla stessa l'interpretazione del giudice *a quo*. Ovviamente, il presupposto di una tale operazione interpretativa è che, come non ha mancato di rimarcare in quest'occasione la stessa Consulta, alla legge « possa essere riconosciuto almeno un significato conforme a Costituzione ». In caso contrario, ove cioè da una *disposizione* legislativa non si possa trarre nemmeno una *norma*⁴⁴ conforme a Costitu-

⁴⁴ I termini « disposizione » e « norma » sono qui utilizzati in senso tecnico. Com'è

noto, con *disposizione* s'intende il mero enunciato linguistico rappresentato dal testo

zione, l'unica alternativa possibile non può essere rappresentata che dall'accoglimento della questione, tutt'al più mediante una sentenza c.d. *manipolativa*, volta sostanzialmente ad incidere direttamente sul testo (e non sull'interpretazione) della legge. Pertanto, se è vero che, alla luce delle osservazioni svolte nel precedente paragrafo, dagli artt. 528 e 529 c.p. non possono essere tratte *norme* compatibili con l'art. 21 Cost. così come letto alla luce dell'orientamento avallato dalla Corte Costituzionale, vero è anche che il giudizio di costituzionalità avrebbe dovuto portare all'accoglimento, « secco » o « manipolativo », della questione, ed alla conseguente dichiarazione di incostituzionalità (totale o parziale) delle disposizioni codicistiche oggetto di impugnazione.

4. « PUBBLICITÀ » DEL BUON COSTUME, REPRESSIONE DELL'OSCENO E CENSURA CINEMATOGRAFICA.

A prescindere dalla condivisibilità dell'evoluzione (o *involutione*) giurisprudenziale in tema di libera manifestazione del pensiero, essa è innegabilmente pervenuta ad un significativo risultato: l'aver dato fondamento giuridico alla posizione di chi affermava che il limite del buon costume andasse inteso « a tutela esclusivamente dei minori, non essendovi alcuna ragione di protezione costituzionale del pudore e della decenza dei maggiorenni, che possono liberamente scegliere se rendersi o no destinatari di stampa e di manifestazioni pornografiche, a patto che tale natura risulti chiaramente dichiarata e ben percepibile »⁴⁵. Vale a dire, sembrerebbe aver trovato conferma nella pratica quella teorizzazione che, seppur basata sull'obsolescenza e sul carattere anacronistico della normativa ispirata alla repressione delle manifestazioni a carattere sessuale (la quale mal si conciliava tanto con la società quanto con l'impostazione liberale della Costituzione) era stata contestata « sia sul piano letterale che su quello storico, e cioè dei lavori preparatori »⁴⁶.

Ma quali effetti si riverberano da un esito del genere sull'ordinamento complessivamente considerato? Dopo aver analizzato le premesse teorico-giuridiche ed il processo logico-argomentativo di questo « nuovo » modo di concepire le nozioni normative di *osceno* e *buon costume*, resta infatti da vagliarne le conseguenze e le implicazioni.

In merito, è opportuno richiamare la distinzione tra misure *repressive* e *preventive* inizialmente operata. Relativamente alle prime, rinviando alle considerazioni sopra esposte, basti qui precisare che la formulazione letterale dell'art. 528 c.p. si caratterizza non solo per la mancanza di qualsiasi riferimento al contesto in cui hanno luogo le pubblicazioni e gli spettacoli (la qual cosa, come si è visto, sarebbe di per sé sufficiente a suscitare dubbi di costituzionalità difficilmente superabili, in forza di una lettura sistematica del codice penale) ma altresì per lo stridente contrasto con il requisito della « pubblicità » dell'osceno. Ciò vale sia per il commercio « clandestino », sia per le condotte meramente prodromiche alla commercializza-

della legge. Con *norma* si allude al significato attribuito alla stessa, ossia alla « regola » ricavata dalla disposizione mediante l'*interpretazione*, che consiste appunto nell'ascri-

zione di un significato ad una disposizione.

⁴⁵ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 259.

⁴⁶ IDEM, *op. ult. cit.*, 260.

zione di materiale pornografico. Non si vede, infatti, come possa la « clandestinità » essere accostata alla « pubblicità », né come possa considerarsi costituzionalmente (oltre che logicamente) legittimo il divieto di condotte quali fabbricare, introdurre, acquistare, detenere, esportare materiale a valenza erotica al fine di commercio, se si ritiene che la Costituzione non consenta di censurare l'osceno in sé, ma solamente « l'osceno e pubblico ». Così operando, si cadrebbe nel paradosso di consentire, ad esempio, il commercio di opere o l'esecuzione di spettacoli pornografici — purché effettuati con modalità volte a garantire la presenza di soli maggiorenni consenzienti — vietandone contestualmente il semplice acquisto ai fini di commercio o la mera *fabbricazione*, che delle prime due condotte rappresentano una condizione necessaria. L'art. 528 c.p. risulta dunque incompatibile con l'art. 21 della Costituzione, e da tale contrasto non potrebbe che conseguire l'eliminazione della disposizione legislativa in oggetto (mediante abrogazione ovvero dichiarazione di incostituzionalità ad opera della Corte Costituzionale) o perlomeno una sua modifica nel senso di limitarne il contenuto prescrittivo alle sole condotte conformi al dettato Costituzionale. Relativamente alle misure *preventive*, è noto come sia attualmente in vigore un sistema di *censura* dei film e delle opere cinematografiche⁴⁷, in virtù del quale su ogni pellicola da proiettare in pubblico e su ogni film da esportare all'estero, deve essere apposto il nulla osta dal Ministro competente, rilasciato con decreto previo parere vincolante dell'apposita commissione « censoria ». A tal fine, le commissioni di revisione cinematografica possono alternativamente deliberare: a) il *divieto assoluto* alla proiezione in pubblico (art. 6, comma I, l. 161/62); b) il divieto di proiezione ai minori degli anni 14 o 18 (art. 5 comma I); c) la concessione del nulla osta.

Evidentemente, anche per quanto concerne l'ipotesi *sub a*) valgono le riflessioni svolte trattando delle misure repressive, ossia l'ammissibilità di forme di interdizione assolute soltanto in presenza di una concezione ugualmente assoluta del buon costume. Viceversa, l'elaborazione del limite del buon costume non in termini incondizionati, ma solo relativi, che si realizza subordinando detto limite all'ulteriore, *estrinseco* requisito della c.d. « pubblicità », sembra conciliarsi soltanto con la subordinazione del rilascio del nulla osta alla presenza di determinati requisiti di informazione, o tutt'al più con il divieto di far assistere al film i minori di età, ma non con una proibizione *tout court* della proiezione. Ne deriva l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma I, della legge n. 161 del 1962 per contrasto con l'art. 21 della Costituzione. Del resto, alla medesima conclusione si perviene considerando che misure *preventive* e *repressive*, avendo lo stesso oggetto, non possono che avere i medesimi limiti.

Nessuna forma di censura, dunque. Né alcuna repressione penale per l'osceno, a patto che vengano rispettate le cautele volte a riservare l'accesso alle rappresentazioni a contenuto erotico soltanto alle persone *adulte* e *consapevoli*. In altre parole a condizione, per i maggiorenni, che venga rispettato quello che può configurarsi come un vero e proprio *dovere di informare*⁴⁸ sulla circostanza che il carattere dell'opera è potenzialmente contrario al buon costume. Dovere che viene fatto discendere dal VI

⁴⁷ Legge n. 161 del 1962, cit.

⁴⁸ BARILE, *op. ult. cit.*, spec. 260 ss.

comma dell'art. 21 della Costituzione e che ne costituirebbe, anzi, l'*unica conseguenza giuridica*⁴⁹.

Tuttavia, se solo apparentemente la giurisprudenza costituzionale ha impresso un'evoluzione in senso liberale al nostro ordinamento, come si è avuto modo di constatare trattando della « riemersione dei *boni mores* »⁵⁰ insita nell'appello all'art. 2 della Costituzione; se solo in parte è stato raggiunto l'obiettivo della *certezza* dei rapporti giuridici, come emerge dalla considerazione, di carattere logico oltre che storico⁵¹, che fuoriuscire dall'orbita della mera sessualità per giungere a lambire gli ancor più vaghi territori della « ripugnanza » e della « dignità umana »⁵², significa non soltanto allargare i limiti all'estrinsecazione del pensiero, ma anche renderli meno certi; se, a ben vedere, l'unico risultato veramente inequivocabile dell'orientamento in esame è quello di aver circoscritto la pregnanza giuridica dell'ultimo comma dell'art. 21 Cost. alla sola derivazione di un *dovere di informazione* in capo agli « attori » del mercato di opere a carattere erotico; allora, forse, ci si potrebbe chiedere se non sia il caso di ripensare i rapporti tra buon costume (che pure conserva, anche se attualmente ad uno stato latente, le sue pericolosamente indefinibili potenzialità espansive) e libertà di manifestazione del pensiero (che mantiene intatto il suo carattere di « pietra angolare » della democrazia).

In altre parole, il mantenimento in Costituzione del limite del buon costume, oggi — tenuto conto pure che la libertà in questione continua a rimanere il pilastro portante di altre libertà consustanziali ai vigenti indici di civiltà, storicamente perseguiti, peraltro, non senza riguardevoli travagli; coll'ulteriore incognita che la « via dell'interpretazione » possa seriamente oberarne l'essenza — *cui prodest?*

⁴⁹ Occorre considerare, infatti, come la specialità della tutela per gli spettatori minorenni sembri derivare non tanto dall'art. 21, ma più propriamente dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, come dimostra l'asserzione, costante in dottrina, che gli stessi andrebbero tutelati non solo dalle rappresentazioni contrarie al buon costume, ma anche da quelle denotate da un grado di violenza, volgarità, diseducatività tali da incidere sulla loro particolare sensibilità e necessità formative. La Carta costituzionale sembrerebbe in tal caso « giustificare, in ragione della loro non completa maturità psichica, *limitazioni ulteriori e più intense* di quelle normalmente previste per gli adulti » (VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., 501)

⁵⁰ Si riprende l'espressione di ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, in *Giur. cost.*, 2000, 2245.

⁵¹ Per una conferma *storica* nel senso indicato basti richiamare il dibattito giurisprudenziale tuttora in corso, che oltre a essere all'origine del presente studio è cagione della situazione di estrema aleatorietà del rilievo penalistico delle condotte specificate negli artt. 527 e 528 c.p.

⁵² In termini analoghi alle sopra esaminate sentenze della Corte Costituzionale, si veda Trib. Bologna, 23 ottobre 1995, ove si esclude la ravvisabilità del delitto previsto dall'art. 528 c.p. nell'ipotesi di proiezione di opera cinematografica di carattere pornografico in locale c.d. a luci rosse, salvo però che le immagini proiettate « attingano, rispetto alle comuni aspettative ed agli ordinari limiti di tolleranza » dei frequentatori di cinema erotici, « estremi di *violenza* e di *perversione* che costituiscano un *surplus* imprevisto e *raccapricciante* ».