

MICHELE MANGINI

Atti osceni e danno morale

0. *Premessa* – 1. *Il delitto degli atti osceni e la 'obscenity law'* – 2. *Il diritto penale tra harm e offense principle* – 3. *I significati di 'oscenità'* – 4. *La ratio della proibizione dell'oscenità: (I) il disgusto* – 5. *(II) L'argomento del moralismo giuridico* – 6. *(III) L'oscenità come peccato* – 7.1. *La giurisprudenza in tema di pornografia: i primi criteri conservatori* – 7.2. *La giurisprudenza in tema di pornografia: l'affinamento dei criteri in senso progressista* – 7.3. *La giurisprudenza in tema di pornografia: ritorno a criteri conservatori* – 8. *Conclusioni.*

0. *Premessa*

Qualche breve cenno introduttivo all'ambito delle questioni trattate in questo saggio è doveroso prima di inoltrarsi nella discussione degli aspetti più problematici. Innanzitutto, per sgombrare il campo da equivoci nella comprensione, devo sottolineare che questo non è un lavoro nell'ambito del diritto penale italiano e, quindi, non intende offrire una disamina completa e puntuale delle problematiche relative al delitto degli atti osceni nel diritto italiano né, tantomeno, in ambito di *common law* anglosassone. Invece, si utilizzano materiali di dottrina e giurisprudenza provenienti da ambedue gli ambiti per una discussione il cui tenore si può ricondurre allo stile filosofico-analitico di tradizione anglosassone, laddove i temi trattati sono temi che richiedono soluzioni normative – e non soltanto analisi linguistiche, come per certa parte della filosofia analitica.

In secondo luogo, va precisato che il punto di vista normativo che si assume come punto di riferimento della discussione è quello del liberalismo, quale teoria politica, morale e giuridica. Ciò significa, per anticipare in due parole ciò che merita di ricevere maggiore discussione in seguito, che fa problema – dal punto di vista liberale – qualsiasi limitazione della libertà individuale per ragioni non legate alla protezione di un interesse individuale ben definito. Dunque, è problematica per certi autori liberali la *obscenity law* nel momento in cui fa riferimento a *offenses* piuttosto che ad *harms*. La distinzione non è facilmente traducibile in italiano perché il nostro diritto penale non riconosce né distingue quelle categorie di delitti, in quanto la prospettiva giuspenalistica italiana non corrisponde per tanti versi a quella anglosassone della centralità della libertà individuale

rispetto alla quale i limiti imposti dalle norme penali devono essere contenuti quanto possibile¹. Per certa prospettiva anglosassone, mentre la tutela penale nei casi di danno (*harm*) appare meno controversa (nonostante tutti i problemi legati alla definizione del concetto), invece per la *offense* le difficoltà di definire una tutela penalistica e, quindi, limiti alla libertà altrui, deriva dal fatto che il termine è chiamato a “coprire l’intera miscellanea di stati mentali universalmente sgraditi”² e certo non tutti possono essere considerati degni di tutela penale. Invece, nel codice penale italiano il delitto di atti osceni rientra nella teoria del reato che ruota intorno alla sua offensività, ovvero alla lesione di interessi tutelati dallo stato, principio accolto anche dalla Costituzione italiana, secondo certa dottrina³. È, invece, alle distinzioni di dottrina tra reati senza offesa e senza vittime⁴ che dovremmo guardare per cogliere le categorie giuspenalistiche con le quali si affronta l’analisi del delitto di oscenità.

In terzo luogo, è importante focalizzare fin d’ora i problemi normativi cui da luogo il concetto di ‘danno morale’ cui facciamo riferimento come categoria filosofico-morale potenzialmente utile a *giustificare* la sanzione delle oscenità. Nella prospettiva liberale che, come si è detto, si adotta qui le sanzioni penali possono limitare la libertà individuale soltanto quando questa danneggi un ‘interesse’⁵. Il danno (*harm*) è tale quando colpisce un interesse individuale – ma non soltanto – al benessere, socialmente o economicamente riconoscibile. Il ‘danno morale’ (*moral harm*) è un concetto assai controverso per il punto di vista liberale perché presuppone che si possa riconoscere ciò che ha valore morale per l’agente, indipendentemente da quel che lei/lui vuole. Gli interessi sono legati a quel che vogliamo, scegliamo, desideriamo e, quindi, dipendono necessariamente dal giudizio dell’agente. Invece, il ‘danno

¹ Si può forse guardare alla nozione di *offense*, soprattutto quale *criminal offense*, come nozione più generica che può coincidere con quella di reato; nelle materie eticamente più sensibili viene letta in una accezione equivalente e quella di ‘molestia’ o ‘disturbo’ alle persone. Cfr. M. DONINI, “‘Danno’ e ‘offesa’ nella c.d. tutela penale dei sentimenti”, *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2008, par. 7. Va precisato che la particolare configurazione del concetto di ‘*offense*’ cui faremo riferimento qui è opera soprattutto della dottrina filosofico-giuridica e filosofico morale: in particolare l’autore di riferimento è J. FEINBERG, *Offense to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1985.

² J. FEINBERG, *Offense to Others*, cit., p. 1.

³ Si veda, per esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1992, pp. 206 ss.

⁴ Per esempio, si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 230 ss.

⁵ La discussione del concetto di interesse (*interest*) occupa l’intero primo capitolo di J. FEINBERG, *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1984, e non possiamo riprenderla qui per esteso. Basti dire che l’interesse è più strettamente interconnesso con il benessere individuale di quanto non siano gli stati mentali oggetto della *offense*.

morale' è un concetto *ideal-regarding*, legato ad una teoria che definisce ciò che è bene per l'agente indipendentemente dai suoi desideri e volizioni. Il punto di riferimento è nell'etica antica, platonica e aristotelica, secondo la quale un carattere moralmente degradato è un danno per l'agente, quali che siano i suoi effetti sugli interessi dello stesso. Idealmente lo stato deve curarsi di elevare il carattere dei suoi cittadini verso l'eccellenza e, dunque, deve prevenire o punire quel tipo di danni che può limitare lo sviluppo del carattere, appunto il danno morale. In questa accezione intenderemo qui il concetto di 'danno morale', sebbene, da un punto di vista liberale, questo concetto ha senso soltanto nella misura in cui l'agente ha un interesse antecedente ad essere 'buono', ovvero una persona moralmente corretta⁶.

Il tentativo di analisi che svilupperemo qui parte dal presupposto che l'oscenità – e la pornografia che ne rappresenta il caso più rilevante –, pur non configurando spesso un danno immediatamente percettibile ad interessi della persona, sia difficilmente comprensibile attraverso la categoria dell'*offense*. I significati dell'oscenità, soprattutto pornografica, e le differenti *ratio* che sono state richiamate a giustificarne la proibizione si possono spiegare adeguatamente soltanto sulla base di un concetto di 'danno morale' che, sebbene poco accettabile dal garantismo liberale, è, forse, il modo più plausibile per spiegare perché la moralità sessuale abbia ricevuto nel tempo tanta enfasi penalistica⁷.

1. *Il delitto degli atti osceni e la 'obscenity law'.*

La legislazione dei paesi occidentali conosce comunemente il delitto degli atti osceni (c.p. italiano artt. 527-528-529) o *obscenity law* (nel mondo giuridico anglosassone). Si tratta di delitti tutt'altro che di recente introduzione, le cui origini sono radicate nella storia e nella cultura occidentale. Tuttavia, l'evoluzione sociale e del costume ha messo spesso in discussione non

⁶ Cfr. J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., pp. 65-70.

⁷ «Communities believe and act on the belief that obscenity is immoral, is wrong for the individual and has no place in a decent society. They believe, too, that adults as well as children are corruptible in morals and character, and that obscenity is a source of corruption that should be eliminated. Obscenity is not suppressed primarily for the protection of others. Much of it is suppressed for the purity of the community and for the salvation and welfare of the 'consumer'. Obscenity, at bottom, is not a crime. Obscenity is sin». L. HENKIN, "Morals and the Constitution: the Sin of Obscenity", *Columbia Law Review*, vol. 63, n. 3, 1963, p. 395. La *ratio* dell'oscenità nell'immoralità, soprattutto se religiosa (il 'peccato'), sembra spiegare inequivocabilmente quanto vi sia in gioco in questa fattispecie penale e perché un sistema giudiziario liberale (più evidente per la Corte Suprema americana ma abbastanza chiaro anche per la Corte costituzionale italiana) esiti ad aprire la strada alla libertà di espressione.

soltanto le singole applicazioni del concetto di oscenità ma anche il concetto stesso. La pervasiva influenza dei mass-media ha – insieme ad altri fattori – prodotto la ‘non inaccettabilità’ generale di comportamenti, come il transessualismo⁸, sconosciuti e impensabili fino a pochi decenni fa’. Se prendiamo spunto dalla definizione degli atti osceni dell’art. 529 c.p., ovvero “atti e oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore”, una riflessione sulla soglia del *pudore* nella società contemporanea è doverosa⁹. Questa riflessione non ha soltanto una importanza sociologica – sia pure con conseguenze giuridiche – ma può scendere in profondità nei delicati rapporti tra diritto e morale. Infatti, da un lato, nel codice penale italiano gli articoli segnalati sono contenuti nel Titolo IX del libro II, dedicato ai delitti contro ‘la moralità pubblica e il buon costume’, dimostrando l’interesse dello stato a proteggere certi valori anche in mancanza della lesione evidente di interessi individuali. È difficile negare che la società italiana, il suo regime politico e il suo ordinamento giuridico siano molto mutati dalla emanazione del Codice Rocco nel 1930. Tuttavia, ancora nel 2004 la Corte di Cassazione si richiama al sentimento del pudore dell’uomo normale per presidiare i beni giuridici tutelati dal suddetto Titolo IX, libro II, del codice penale¹⁰. Si riconosce, però, che il pudore come fenomeno biologico dipende anche – e soprattutto – da costumi ed esigenze morali.

Dall’altro lato, la *obscenity law* anglosassone – variegata è l’espressione della giurisprudenza ed approfondita la riflessione della dottrina americana – si muove all’interno del Primo Emendamento che protegge la libertà di culto, parola e stampa. È immediatamente evidente il contrasto di punto di vista con il nostro ordinamento: mentre il Titolo IX del codice penale tutela la moralità pubblica, invece, la *obscenity law* tutela, innanzitutto, la libertà individuale e, quindi, tende ad una interpretazione riduttiva di ciò che va proibito in quanto osceno. Appare tanto più delicato il giudizio sulle oscenità che è lecito proibire, quanto più si consideri che si tratta di categoria che produce ‘*offense*’ e non ‘*harm*’, secondo una plausibile distinzione della dottrina anglosassone¹¹. Le offese al senso del pudore, per usare la terminologia italiana, ricadrebbero nella categoria dell’*offense* perché si

⁸ Va notato che Mantovani inserisce il transessualismo tra i comportamenti suscettibili di riflessione penalistica: siamo certi che in questo caso (come in altri c.d. reati senza vittime) non sia violato alcun bene giuridico? Mantovani propone di guardare alla protezione della ‘dignità umana’ di coloro che per fattori psicopatologici si sottopongono ad interventi chirurgici ed anagrafici. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 231.

⁹ In parallelo, è meritevole di altrettanta riflessione la dottrina sulla *obscenity law* che elabora i limiti della libertà di parola e di espressione: diritti che non possono includere anche ciò che offende la sensibilità altrui o il pudore, per usare la terminologia giuridica italiana.

¹⁰ Cass. Pen Sez. III, n. 48532, 23 novembre 2004.

¹¹ Cfr. J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit.

tratta di fatti che producono ‘disturbo, fastidio, imbarazzo, dispiacere, umiliazione, spavento, irritazione, allarme, inquietitudine, ansia, ostruzione fisica temporanea, disagio, disgusto, vergogna, nausea, ribrezzo’¹². In alternativa, dovremmo riconsiderare la categoria del *harm* anche in relazione alle oscenità, ma attraverso la più sfuggente concettualizzazione del ‘danno morale’ (*moral harm*) – già introdotto – che richiede ampia discussione per essere legittimato nella dottrina anglosassone. Tuttavia, se questa legittimazione fosse possibile, potremmo riaccostare il dibattito anglosassone a quello italiano, sebbene con uno spostamento di baricentro dalla moralità pubblica alla libertà individuale.

Il concetto di oscenità appare, allora, di particolare interesse per chi voglia riprendere la secolare questione della connessione tra diritto e morale in una chiave di lettura contemporanea. L’idea di fondo di questo saggio è quella di incrociare la disputa teorica tra diritto e morale con una discussione pragmatica sul modo in cui i due concetti si intrecciano concretamente nelle decisioni giudiziarie che hanno affrontato il tema dell’oscenità soprattutto nei casi di pornografia. Si è già accennato ad una decisione recente della Corte di Cassazione ma è soprattutto nella giurisprudenza della Corte Suprema americana che possiamo ritrovare, nel momento applicativo, quelle categorie filosofiche e giuridiche cui dobbiamo dedicare attenta disamina. Come è noto, la centralità del precedente nel *common law* e, quindi, del ragionamento giuridico per analogia, conferisce alle decisioni giudiziarie un ruolo di creazione del diritto che i giudici di un sistema codificato come il nostro non hanno nella stessa misura¹³ e, dunque, nel corso di questo scritto focalizzeremo l’attenzione sul momento applicativo del diritto per affrontare i concetti già emersi dalla discussione teorica sull’oscenità: ad esempio, *offense* e danno morale; persona ragionevole e reazioni di disgusto; depravazione dei costumi e paternalismo verso i giovani; tessuto morale della comunità e libertà di espressione.

I concetti appena presentati, però, appartengono alla sostanza morale che ruota intorno al tema dell’oscenità. Prima di affrontare quella discussione è opportuno propedeuticamente sia cercare di definire l’area del diritto penale in cui si ricade il delitto di oscenità – ben focalizzata

¹² Cfr. J. FEINBERG, *Offense to Others*, cit., p. 6. (D’ora innanzi si mantiene l’uso del termine inglese *offense*, data la sostanziale differenza di significato che ha il termine di ‘offesa’ nel vocabolario giuspenalistico italiano, mentre l’eventuale traduzione con ‘molestie’ non coprirebbe i casi più delicati cui vogliamo fare riferimento.)

¹³ La distinzione tra sistemi di *common law* e di *civil law* sulla base del diverso peso esercitato dalle fonti giurisprudenziali è tesi ormai ben assodata in dottrina. V. per esempio F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Mulino, Bologna, 2003, p. 164; ma anche, seppur criticamente circa l’importanza della decisione dei *cases* nel *common law*, si veda DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 26-27.

nella dottrina di *common law* come *offense* – sia definire alcuni aspetti dell'oscenità che a livello di giudizio e a livello fenomenologico ci consentano di comprenderne significato e importanza. In mancanza di questi chiarimenti la discussione in agenda sui problemi morali connessi all'oscenità non acquisterebbe il rilievo che le è dovuto.

2. *Il diritto penale tra harm e offense principle*

La nostra discussione non può che prendere le mosse dalla distinzione concettuale tra *harm* e *offense* che, sebbene scavalchi in qualche misura i dati normativi di *common law*, sembra assai utile a delineare i punti di demarcazione di un ordinamento penale liberale¹⁴. Mentre lo *harm principle* definisce un insieme di condotte che ricade pienamente nel *criminal law*, poiché si tratta di danni a interessi personali o di lesione di diritti altrui, invece, secondo l'*offense principle*, segnala Feinberg, l'*offense* deve essere seria perché possa essere posta a sostegno di un divieto penale, dato che la definizione minimale è in termini di molestie di tipo pubblico – purché poi il divieto risulti un mezzo necessario per ottenere il fine di impedire la condotta offensiva¹⁵. La distinzione è tanto importante quanto non scontata rispetto alle conseguenze penali che le due categorie producono. Le *offenses* dovrebbero essere sempre meno gravi degli *harms* e, quindi, punite meno severamente, ma non è stato affatto così in materia sessuale, persino nel diritto inglese e americano. Dunque, sorge il problema di chiarire che cosa vi sia effettivamente in gioco in quelle *offenses* molto particolari che sono gli atti osceni.

Perché, ci si deve chiedere, deve essere rilevante per i liberali la tutela penale delle *offenses*? Il termine '*offense*' è usato per coprire un'ampia

¹⁴ Se è vero che la categoria corrispondente al principio di offensività del nostro diritto penale è lo *harm principle*, per il quale c'è ampia dottrina, è anche vero che la nozione di *offense*, sia pur concettualizzata soprattutto da Feinberg, appartiene anch'essa al linguaggio di *common law* ed alla dottrina (v. *supra* n. 1). Il lavoro del filosofo analitico non può mai essere quello di creare concetti *ex novo*, per applicarli poi dall'alto alle pratiche sociali, ma al contrario è quello di ordinare e fare chiarezza concettuale nel linguaggio comune – e specialistico. Su queste linee credo concordi M. DONINI, "‘Danno’ e ‘offesa’ nella c.d. tutela penale dei sentimenti", cit., par. 7.

¹⁵ Le molestie si hanno, sostiene Feinberg, in connessione con odori, condotte antigieniche o indecenti in pubblico, manifestazioni aggressive mediante immagini, tatuaggi o scritte espresse di oggetti atti ad offendere, accompagnate da presenza fisica prevaricatoria, turpiloquio, etc. Sono tutti atti meno invasivi di una lesione fisica o psichica e, quindi, qualificati dal diritto americano come *petty misdemeanors*, illeciti minori. Cfr. J. FEINBERG, *Offense to Others*, cit, pp. 1-5.

gamma di stati mentali sgradevoli, come si è già visto, ma soltanto una *offense* subita come ‘torto’, ovvero che violi i diritti di un terzo può essere sanzionata dal diritto penale. In questi casi si può giustificare la legislazione penale. Analiticamente, Feinberg richiede tre condizioni perché si verifichi una *offense* rispetto alla quale intervenire coercitivamente: (a) soffro uno stato mentale sgradevole; (b) attribuisco quello stato alla condotta di un terzo che ha violato un mio diritto, (c) sono risentito verso il terzo per il suo ruolo nel ridurmi in quello stato¹⁶. Tuttavia, la proibizione penale deve rappresentare l’ultima *ratio* con la quale affrontare il problema dell’offensività della condotta in questi casi, sia perché altre modalità di regolazione possono essere più efficienti o economiche sia perché il legislatore è stato spesso portato in passato a reagire a certe *offenses* (soprattutto in materia di moralità sessuale) con pene sproporzionate alla natura della *offense*.

Allo scopo di valutare la serietà della *offense* Feinberg propone un’ampia serie di parametri che qui riassumo senza discutere: (a) la percentuale di spettatori potenziali offesi; (b) la serietà della *offense* indotta negli spettatori; (c) la durata della ripugnanza generata negli spettatori; (d) l’importanza personale della condotta per gli attori e il suo valore sociale quale esempio di espressione non ostacolata; (e) l’evitabilità ragionevole della condotta (quando luoghi e tempi alternativi per la condotta in questione sono disponibili); (f) *volenti non fit iniuria* (la volontarietà nell’assumere il rischio di essere offeso ne elimina la rilevanza penale); (g) la serietà della *offense* deve essere ridimensionata quando sia il prodotto di una suscettibilità anormale¹⁷.

Se la serietà dell’*offense* è oggetto meritevole di tante cautele da parte di Feinberg, sembra ovvio dedurre una minore gravità penale rispetto a crimini che producano danno alle vittime. Eppure la storia del *criminal law* americano ci avverte che certi tipi di offese in campo sessuale come oscenità e pornografia e, soprattutto, sodomia, sono state oggetto, in passato, di sanzioni assai più severe rispetto a crimini nei quali il danno alla vittima è evidente¹⁸. Questo indizio non secondario, insieme a quanto andremo nello specifico a commentare sul tema dell’oscenità – che tra le offese è di rilevanza centrale nella concezione liberale – deve portarci a prendere sul serio chi ipotizza la concettualizzazione dell’oscenità non nell’area della *offense* ma in quella del ‘danno morale’¹⁹. Il concetto di

¹⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 25-35.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 4-5. Va precisato che la sodomia non è più punita negli Stati Uniti a partire da una sentenza della Corte Suprema del 2003.

¹⁹ Cfr. A. KOPPELMAN, “Does Obscenity Law Cause Moral Harm?”, *Columbia Law Review*, vol. 105, n. 5, 2005; l’autore, pur argomentando a favore della legittimità del concetto di ‘danno morale’ esprime molta cautela circa la sua applicazione nel campo della *obscenity law*.

danno morale, ovvero di danno al carattere individuale o al tessuto morale della comunità, è di difficile ricevibilità tra gli studiosi liberali, anche perché condurrebbe a spiazzare interamente la teoria su cui si fonda la *obscenity law*, ovvero la dottrina del Primo Emendamento sulla libertà di espressione. Tuttavia, non è sul piano del diritto positivo che il concetto di danno morale desta il nostro maggior interesse, quanto sul piano normativo sul quale si gioca una delicata partita che affronteremo, discutendo le *ratio* alternative sottostanti alle norme sull'oscenità.

L'ipotesi dell'oscenità come danno morale anziché come *offense* è utile certamente ad avvertire che si tratta di un comportamento con una valenza sociale – negativa – molto sentita e sul quale l'ordinamento ha dovuto esprimersi con particolare severità. È, allora, giunto il momento di concentrare la nostra attenzione sul concetto di oscenità, cercando di analizzarlo nei suoi differenti aspetti.

3. I significati di 'oscenità'

Per comprendere la rilevanza ed il significato del concetto di 'oscenità' non dobbiamo limitarci al suo significato giuridico ma dobbiamo partire, invece, dall'uso nel linguaggio quotidiano. Cosa intendiamo quando affermiamo che qualcosa è osceno? Come è stato scritto, è certamente più facile riconoscere quando qualcosa è osceno che definire l'oscenità²⁰. Si tratta di un giudizio complesso nel quale entrano alcuni elementi: (1) innanzitutto, chi giudica qualcosa come osceno lo percepisce come offesa alla propria sensibilità, come stato mentale sgradevole: spesso la reazione emotiva è quella del disgusto; (2) lo stato mentale sgradevole è caratterizzato in senso intersoggettivo poiché si ritiene che l'oggetto osceno possa influenzare le persone della propria comunità verso comportamenti di dubbia moralità; (3) il più delle volte l'oscenità riguarda un comportamento sessuale che, potremmo dire, scavalca la soglia del pudore, ovvero desta eccitazione erotica, stimola pensieri e reazioni libidinosi, come accade con il materiale pornografico al centro della maggior parte dei casi giudiziari che riguardano l'oscenità. Oscenità e pornografia rappresentano, naturalmente, il cuore del nostro discorso ma è opportuno segnalare fin d'ora che un altro aspetto rilevante del concetto di oscenità riguarda la violenza. I due aspetti possono confluire insieme quando si tratta di casi di pornografia violenta ma si può giudicare osceno anche qualcosa in cui non entra il sesso e, invece, come in certi spettacoli

²⁰ Justice Potter Stewart nel caso *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S., 184, 1964, a proposito della pornografia hard-core; cit. in Feinberg, *Offense to Others*, p. 98.

televisivi, si sollecita un interesse del pubblico nel dolore e nella morte della vittima, criminale o meno²¹.

(4) L'elemento forse più peculiare dell'oscenità sta nel fatto che certi comportamenti sessuali risultano ad un tempo libidinosi e attraenti ma anche disgustosi e rivoltanti per la stessa persona e nello stesso momento. Come ciò possa accadere è il cuore del problema dell'oscenità e potremo analizzarlo più in dettaglio, discutendone gli aspetti morali. Per ora basti notare che la contraddittorietà delle reazioni generate dall'oscenità ne dimostra la complessa natura culturale. Infatti, accanto al piacere ed all'eccitazione erotica che possono derivare dalla rappresentazione di attività sessuali va notato che l'oscenità desta nell'osservatore sensi di disgusto, vergogna o colpa la cui origine si deve far risalire a concezioni morali per lo più di ispirazione religiosa²².

(5) Un ultimo elemento merita menzione attenta poiché è per alcuni dei maggiori studiosi della materia la radice primaria dell'oscenità: la volgarità. Feinberg segue Peter Glassen nel definire la volgarità come termine 'carientico', ovvero diretto a identificare qualità mentali della persona come 'elegante, educato, garbato, civilizzato, di classe, sensibile, etc.'²³. I giudizi carientici sono, secondo questa ricostruzione, una categoria diversa da quelli morali: i primi esprimono reazioni di ammirazione e disprezzo, mentre i secondi riguardano rispetto e indignazione. L'oscenità viene a collocarsi come il limite estremo della volgarità, è un giudizio carientico *par excellence*. Secondo Feinberg, la condotta oscena è rozza e grossolana e, per definizione, esclude ogni sottigliezza e decenza. La volgarità della condotta oscena è tale da risultare enormemente spiacevole e, quindi, offensiva: non è, invece, offensiva perché immorale. La caratterizzazione di Feinberg è utile a chiarire perché troviamo tanto spiacevole la descrizione dell'eccitazione e dell'atto sessuale in certa pornografia. È volgare fino all'oscenità la rappresentazione del desiderio sessuale e dei personaggi e desta la nostra riprovazione ma, a mio parere, ciò accade *pace* Feinberg, anche per la mancanza di dignità umana che traspare nei personaggi.

Nel giudizio di oscenità, allora, è difficile negare che manchi del tutto una valutazione di immoralità che avremo modo di analizzare più a fondo, discutendo le *ratio* sottostanti alla *obscenity law*. Si deve aggiungere che,

²¹ Cfr. M. KIERAN, "On Obscenity: The Thrill and Repulsion of the Morally Prohibited", *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 64, n. 1, 2002, p. 39.

²² Scriveva Louis Henkin nel 1963: «It is time to attempt to define and articulate the extent to which the religious antecedents of our values may continue to motivate our governments in the enactment and enforcement of law» ("Morals and the Constitution: the Sin of Obscenity", cit., p. 414).

²³ Cfr. P. GLASSEN "Charientic Judgments", *Philosophy*, Aprile 1958, pp. 138-46; J. FEINBERG, *Offense to Others*, cit., pp. 107-12. Il termine adoperato è tratto dal greco *χαρίεις*, ovvero 'compito, ben educato, raffinato'.

se è accettabile la sottrazione dei termini carientici ad una morale intesa in senso kantiano, non si può dire altrettanto per un'etica delle virtù di tipo aristotelico in cui rientrano anche i giudizi di ammirazione e disprezzo.

Sebbene la volgarità sia spesso da considerare un elemento costitutivo dell'oscenità, è stato spesso sottolineato come vi sia una differenza di principio tra i due concetti. Vi possono essere molti casi di comportamento assai volgare per rozzezza e grossolanità che, però, non costituiscono oscenità: per esempio, offrire un pranzo per autocelebrarsi, compiacendosi a voce alta e con insistenza; vantarsi in pubblico senza alcuna discrezione dei propri enormi guadagni; vantarsi in una riunione con persone quasi estranee della propria attività sessuale; mangiare in modo smodato in pubblico, senza uso di posate o della buona creanza. Matthew Kieran suggerisce a buon diritto che in questi casi la volgarità del comportamento sia evidente ma non si possa parlare di oscenità²⁴. L'oscenità, come si è detto, è un giudizio complessivo che non può che includere anche valutazioni morali. Spesso la pornografia è considerata oscena non tanto perché sia volgare quanto perché comporta l'oggettificazione delle attrici, disumanizzate e considerate come oggetti sessuali. L'attacco femminista alla pornografia si sviluppa in questa direzione ed è certamente una critica morale. Così, si può dire che l'oscenità è immorale perché abroga la norma fondamentale di rispetto per le persone.

Tuttavia, è dubbio che l'oggettificazione sia condizione necessaria e sufficiente per identificare l'oscenità. Si può dire, ad esempio, che il punto di vista in prima persona sia precluso anche nell'ideale cavalleresco di donna, considerata come oggetto da possedere senza riguardo per la sua soggettività ed autonomia. Poiché non possiamo definire oscene le rappresentazioni cavalleresche di donna, pur se si tratta di oggettificazione della donna, dobbiamo dedurre che si può avere oggettificazione non oscena e, dunque, che l'oggettificazione, pur se spesso presente nei materiali pornografici, può soltanto concorrere a definire l'oscenità. Inoltre, fa correttamente notare Kieran, le rappresentazioni pornografiche non di rado sono dirette a destare l'attenzione degli spettatori nel ruolo e nel carattere dei personaggi che non sono presentati soltanto come corpi utili a destare eccitazione sessuale²⁵. Ciò è confermato anche laddove l'oscenità non sia connessa a rappresentazioni sessuali ma nasca da rappresentazioni crude e grossolane di violenza feroce in cui si vuole destare l'interesse del pubblico nella sofferenza della vittima. Anche qui l'interesse è maggiore nel momento in cui si sollecita lo spettatore a guardare quella particolare persona, a considerare la sofferenza nella sua prospettiva in prima persona, anziché con il distacco dello spettatore²⁶.

²⁴ Cfr. M. KIERAN, cit., p. 34.

²⁵ *Ibid.*, pp. 37-8.

²⁶ *Ibid.*, pp. 38-40.

Ora, tornando al quesito col quale abbiamo aperto questa discussione, ‘cosa intendiamo quando affermiamo che qualcosa è osceno?’, ovvero ‘come riconosciamo l’oscenità?’, possiamo provare ad individuare almeno alcuni casi paradigmatici di oscenità, partendo da quanto si è detto finora. Il primo e più ovvio caso si ha per eventi o rappresentazioni capaci di destare reazioni affettivo-cognitive di desiderio sessuale. Perché, però, il desiderio sessuale risulti osceno è necessaria una condizione ulteriore: che sia ‘moralmente proibito’. La proibizione morale può avere radici differenti, come vedremo più avanti, ma non possiamo negarne l’importanza per l’oscenità – come dice Feinberg – senza allontanarci dal cuore della discussione di giurisprudenza e dottrina. La volgarità cui il teorico americano fa riferimento è certo elemento importante di molte rappresentazioni oscene ma, a mio parere, nella maggior parte dei casi aggiunge riprovevolezza ad un giudizio di immoralità già esistente. Ad esempio, quando, in un recente passato, l’omosessualità era considerata immorale – se non addirittura un crimine – manifestazioni di affetto omosessuale in pubblico, se non anche in privato, erano considerate oscene indipendentemente dalla volgarità.

Il secondo caso paradigmatico di oscenità si ha per azioni e rappresentazioni che stimolano reazioni affettivo-cognitive moralmente proibite o quantomeno riprovevoli all’inflizione di sofferenza o morte alle vittime. Come si è detto, destare e stimolare il piacere nella sofferenza altrui è osceno e non semplicemente immorale, come può essere la violazione di un diritto. Questa forma di oscenità è meno insolita di quel che si pensi, se si considera, ad esempio, quanto si avvicinino al caso paradigmatico tutte quelle manifestazioni televisive in cui si specula sul dolore di vittime di crimini o incidenti, cercando di attrarre l’attenzione degli spettatori sulle reazioni di persone particolari²⁷.

Avendo dedicato questo paragrafo alla definizione o, meglio, al riconoscimento dell’oscenità, dobbiamo concludere con una notazione fenomenologica su quello che potremmo chiamare la meta-risposta psicologica che abbiamo rispetto all’oscenità. Perché la pornografia anche violenta o scene di sofferenza umana (o di necrofilia) suscitano interesse in tante persone? La domanda non è superflua dal momento che molti di coloro che si interessano poi sono pronti a censurare i casi di oscenità. Si deve scendere nel profondo della psiche umana per comprendere come il piacere della trasgressione sessuale risponda al desiderio (dionisiaco) di liberarsi delle norme morali solitamente considerate vincolanti. Di norma ciò non può accadere per gli alti costi morali in termini di colpa o vergogna (per noi stessi) che la comunità di appartenenza farebbe ricadere su di noi per

²⁷ Cfr. M. KIERAN, cit., pp. 40-2. L’autore enumera altri due casi che, però, si qualificano come sottospecie rispetto a quelli appena descritti.

violazione di costumi e consuetudini morali. Potremmo, quindi, pensare ai casi che danno luogo a giudizi di oscenità come trasgressioni, da un lato, utili a consentire lo sfogo di certe pulsioni che altrimenti potrebbero mettere a rischio la coesione sociale; e, dall'altro, da condannare reiteratamente per salvaguardare quei giudizi morali che la società richiede.

4. *La ratio della proibizione dell'oscenità: (I) il disgusto.*

Il nostro tentativo di analisi del concetto di oscenità e delle modalità attraverso le quali riconosciamo i casi di oscenità, pur non essendo conclusivo, ha contribuito ad affinare la nostra comprensione fenomenologica e di alcuni aspetti morali che caratterizzano il concetto. Sembra giunto il momento di provare a scavalcare la posizione liberale, introducendo il concetto di 'danno morale' nel discorso sull'oscenità. Nella discussione delle differenti *ratio* sottostanti alla proibizione dell'oscenità, avremo modo di vedere come il 'danno morale' più della *offense* risulti appropriato a certe giustificazioni delle proibizioni giuridiche.

La prima *ratio* che è opportuno discutere per giustificare anche normativamente le sanzioni giuridiche, spesso severe, comminate per i casi di oscenità è rintracciabile anche nel nostro codice penale: l'offesa al 'comune sentimento del pudore'. La formula contiene più di un elemento sul quale conviene soffermarsi. Dobbiamo concentrarci, allora, sul sentimento del pudore che, secondo la sentenza della Cassazione già citata (n.48532, 23 novembre 2004), è "un fenomeno biologico umano che si esprime in una reazione emotiva immediata o irriflessa di disagio, turbamento e repulsione in ordine a organi del corpo o comportamenti sessuali che – per ancestrale istintività, continuità pedagogica, stratificazione dei costumi ed esigenze morali – tendono a svolgersi nell'intimità e nel riserbo." L'oggetto giuridico 'pudore', così protetto nell'interpretazione giurisprudenziale, è la faccia positiva di una medaglia che, al negativo, vede le reazioni di disgusto provocate dalla 'spudoratezza' degli atti osceni. È sulla appropriatezza di questi sentimenti di disgusto verso gli atti osceni e sulla loro legittimità morale che certa dottrina – facendo seguito ad alcune decisioni giurisprudenziali – di *common law* concentrano la propria analisi ed è a questi che vogliamo guardare ora. La mia convinzione è che questa riflessione possa essere fertile di spunti anche rispetto al dibattito italiano, pur con le dovute distinzioni tra un sistema di *common law* ed uno di *civil law*²⁸.

²⁸ In quanto segue è del tutto evidente la grande influenza dell'attento lavoro su *emotions and the law* di MARTHA NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, Princeton

Nei suoi scritti più recenti una filosofa morale acuta e riconosciuta come Martha Nussbaum ha concentrato il focus della sua analisi sul rapporto tra le emozioni e il diritto. Il ruolo che le prime dovrebbero giocare nel diritto dipende da una visione eudaimonistica della vita umana secondo la quale anche il diritto deve basarsi su una concezione più ricca e complessa della natura umana rispetto a quella razionalista e calcolatrice dell'utilitarismo di Bentham – per citare un punto di riferimento della letteratura filosofico-giuridica anglosassone. Quindi, le emozioni hanno un ruolo indispensabile nella misura in cui, per esempio, la rabbia verso certi delitti giustifica le sanzioni del diritto penale. Tuttavia, non tutte le emozioni devono avere la stessa influenza sul diritto perché alcune di esse, come la vergogna e il disgusto, sono enormemente pericolose per la vita associata²⁹. Il diritto, secondo la Nussbaum, non dovrebbe basarsi sul disgusto in nessun caso per due motivi di fondo: (1) non possiamo aver fiducia nel disgusto quale fonte di saggezza o di correlazioni significative con eventi dannosi; (2) il disgusto ci porta a distanziarci da uno stimolo o un fatto anziché affrontarlo costruttivamente³⁰.

Questo accade perché il disgusto è un sentimento forte e capace di incidere profondamente nella vita degli esseri umani, sia attraverso la routine quotidiana di pulizia delle parti intime sia attraverso i costumi sociali che ci portano ad un atteggiamento repulsivo, per esempio, verso sostanze animali come escrementi, cadaveri o carne marcia. Nel *common law* il disgusto gioca un ruolo importante quale giustificazione per condannare alcuni atti come illegali. È emblematico il caso delle norme sulla sodomia che sono state spesso giustificate sulla base del semplice disgusto provocato nelle persone 'normali' dal compimento di quegli atti. È esemplare a questo proposito la sentenza del giudice che condannò Oscar Wilde nel suo secondo processo e che, pur non dando esplicito sfogo ai suoi sentimenti, mostrò chiaramente il suo disgusto per i comportamenti omosessuali del condannato³¹.

Alle tendenze giurisprudenziali si aggiunge l'influente posizione teorica di Lord Devlin che, tra gli anni '50 e i '60, rispondendo al rapporto del 'Comitato sulle Offese Omosessuali e la Prostituzione', argomentava per la intollerabilità morale e la conseguente sanzionabilità giuridica di omosessuali, drogati e ubriachi i cui vizi li sottraggono ai ruoli sociali che

University Press, Princeton, 2004, capp. 2-3.

²⁹ Cfr. J.Q. WHITMAN, "Making Happy Punishers", in *Harvard Law Review*, vol. 118, n. 8, 2005, p. 2705.

³⁰ Cfr. M. NUSSBAUM, cit., pp. 91-3 e 105.

³¹ Cfr. la sentenza di Mr. Justice Wills, cit. in M. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, cit., p. 72.

sono chiamati a svolgere. In particolare, coloro che Devlin considera “de-boscianti” non possono essere, ad avviso dell’autore, membri utili della comunità ed è contro di loro, pur trattandosi di condotta soltanto privata, che Devlin rivolge le forze morali che, secondo lui, sorreggono la società, ovvero intolleranza, indignazione e disgusto³². È soprattutto quest’ultimo ad interessare Devlin che lo considera un fondamento affidabile per legiferare sanzioni contro quei vizi che erodono il tessuto sociale della comunità. Il discorso del teorico inglese si focalizza sull’omosessualità ma può essere trasposto sul caso dell’oscenità con poche modifiche. Il problema che ovviamente si pone nel far dipendere sanzioni giuridiche da sentimenti è che questi sono, per definizione, soggettivamente variabili. E qui entra in gioco il famoso criterio dell’uomo sul *Clapham Omnibus*, ovvero l’uomo ragionevole, la finzione giuridica che, come nel caso del ‘buon padre di famiglia’, assicura un criterio di normalità³³. Tuttavia, è importante notare che il criterio del disgusto, per Devlin, non rappresenta una ragione morale a se stante ma dipende dai costumi e dalle credenze di una certa comunità secondo i quali l’oggetto di disgusto rappresenta un potenziale pericolo per il tessuto sociale.

Si può, però, concepire il disgusto anche in termini non relativistici ma evolutivi, in quanto espressione di una ripugnanza che ci avverte di non trasgredire quel che è profondo in modo indicibile. La tesi di Kass sembra difficilmente sostenibile quando il disgusto è causato, per esempio, da incesto tra cugini – come sostiene Nussbaum – ma sembra offrire una buona guida al legislatore, laddove si accetti che il contenuto cognitivo primario del disgusto sia la *paura della contaminazione*. L’espressione più caratteristica del disgusto è il vomito, causato dall’idea di incorporare oralmente un oggetto offensivo³⁴. Il riferimento all’idea chiarisce come il disgusto non possa catalogarsi semplicemente come una reazione evolutiva, determinata da oggetti che causano sensazioni spiacevoli oppure preannunciano conseguenze pericolose. “In generale, il disgusto è motivato primariamente da fattori ideazionali: la natura e l’origine dell’oggetto e la sua storia sociale (ad esempio, chi l’ha toccato)”³⁵. L’idea principale che sorregge l’identificazione di molti oggetti di disgusto sembra nascere dalla necessità di separare noi esseri umani dagli animali non umani oppure dalla nostra stessa animalità. Sostanze come feci,

³² Cfr. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965, p. 17.

³³ *Ibid.*, p. 15.

³⁴ Cfr. P. ROZIN-A. FALLON, “A Perspective on Disgust”, *Psychological Review*, 94, 1987, pp. 23-41.

³⁵ M. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, cit., p. 88.

urina, sperma ed altre secrezioni corporali sono considerate contaminanti perché presentano il rischio di ridurci allo stato di animali. Inoltre, ci ricordano della decadenza cui il nostro corpo, come tutte le cose viventi, è soggetto e, quindi, della nostra mortalità. Se questa ipotesi avanzata dalla psicologia cognitiva è plausibile, si deve ritenere che il disgusto per certe cose come le feci sia un'attitudine innata la cui origine è evolutiva, nonostante si tratti di una avversione che si apprende socialmente e che i bambini sotto i 3-4 anni non dimostrano³⁶.

Se è vero che il disgusto ha una origine naturale ed una funzione positiva nell'evoluzione umana, è anche vero che può subire, tramite la cultura di appartenenza, una qualche trasformazione. Così il disgusto verso oggetti come feci, sperma, etc., non ha rilevanza giuridica o morale se non quando viene esteso verso quei gruppi sociali che in qualche modo si associano agli oggetti primari. Il pericolo di contaminazione e, quindi, di decadenza fisica è stato associato fin dai tempi antichi alla 'natura strisciante, vischiosa, appiccicosa e maleodorante' degli ebrei. Questa tendenza è stata portata agli estremi dalla propaganda antisemita del '900³⁷. Al disgusto, in questo come in altri casi indirizzati verso certi gruppi sociali, si accompagna un altro sentimento altrettanto potente che nasce dalla credenza di aver subito un torto: *l'indignazione*. Si è indignati verso gli ebrei perché minacciano di contaminare il resto della società (e perché non pensare a certi gruppi di immigrati contemporanei come oggetto di disgusto?) ma, in misura differente, anche donne e omosessuali sono stati oggetto di disgusto. In questa chiave di lettura la misoginia si spiega sulla base della natura più animale della donna che riproduce la vita, ricevendo il seme ed 'emettendo' sostanze e umori, liquidi e appiccicosi. La presunzione misogina è quella di ritenersi non contaminati nella misura in cui non si ha contatto con gli aspetti disgustosi della natura femminile. Allora, è conseguente la repulsione verso la pornografia che è oscena nella misura in cui riaccosta gli uomini alla loro animalità – pur confliggendo con il desiderio sessuale che certe scene evocano.

Questa base cognitiva del disgusto può rappresentare una *ratio* plausibile anche per spiegare – almeno parzialmente – la nozione penalistica del 'comune sentimento del pudore' che l'oscenità di certa pornografia violerebbe. La 'spudoratezza' in questi casi è tale perché causa disgusto (ma avremo modo di verificare che il comune sentimento del pudore può essere spiegato anche sulla base di un'altra *ratio*). Si può anche aggiungere che il grado di oscenità si accresce in proporzione alle potenzialità di contaminazione dell'oggetto che è probabilmente massima nel caso dell'omosessualità

³⁶ *Ibid.*, pp. 94-5.

³⁷ *Ibid.*, pp. 107 ss.

maschile la cui sessualità ricettiva induce il maschio a temere con disgusto la contaminazione che appartiene, invece, alla natura femminile. La reazione sociale di indignazione verso il gruppo sociale degli omosessuali che mette in pericolo la purezza maschile è conseguente³⁸.

5. (II) *L'argomento del moralismo giuridico.*

La *ratio* della proibizione dell'oscenità finora discussa è plausibile e certamente coglie alcune radici profonde che spiegano l'avversione secolare di molte popolazioni verso l'oscenità (e l'omosessualità). Tuttavia, se il sentimento del disgusto può essere richiamato a spiegare le proibizioni dell'*obscenity law* sulla base del concetto di *offense* nel più flessibile *common law*; invece, nella tradizione giuridica italiana la lettura penalistica tende a razionalizzare attraverso il concetto di 'bene giuridico' quella tutela dei sentimenti che, come per il sentimento del pudore, il codice penale pure prevede³⁹. Che i sentimenti abbiano maggiore rilevanza nella tradizione anglosassone è confermato dal fatto che il disgusto è il criterio suggerito da Lord Devlin per determinare una soglia invalicabile di moralità pubblica e, quindi, ciò che il diritto deve proibire⁴⁰.

Il richiamo a Devlin ci introduce ad una seconda importante *ratio* sottostante al diritto penale dell'oscenità: la dottrina del *moralismo giuridico*. Seguendo Joel Feinberg, l'autore che maggiormente ha approfondito l'analisi dei limiti morali del diritto penale, possiamo qualificare il moralismo giuridico come la dottrina secondo la quale è moralmente legittimo proibire una condotta perché inerentemente immorale oppure perché causa mali che non toccano gli interessi di nessuno in particolare (*free-floating evils*)⁴¹, anziché danno o *offense*. L'ottica del moralismo giuridico

³⁸ *Ibid.*, pp. 111-4.

³⁹ Ad esempio, v. M. DONINI, "Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti", cit.; sebbene si sostenga che anche il concetto di 'bene giuridico' meriti un ripensamento.

⁴⁰ Cfr. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 17.

⁴¹ La traduzione in italiano dell'espressione '*free-floating evils*' non è immediata. Feinberg li definisce come 'independent of the condition of anyone's interests' nella sua tavola tassonomica dei mali che il diritto penale deve affrontare. Cfr. *Harmless Wrongdoing*, cit., p. 19. Una idea dell'oggetto della riflessione di Feinberg la possiamo trarre dai candidati che lui stesso elenca: per esempio, violazioni di taboo (p.e. casi di incesto), 'immoralità' convenzionalmente definite come tali quando non arrecano danno a terzi (p.e. sesso extraconiugale e omosessuale), violazione di pratiche religiose (p.e. mangiare carne di maiale in privato, per i musulmani), corruzione morale di terzi o di se stessi, pensieri malvagi (che non si traducono in atti e comportamenti), pensieri impuri (soprattutto fantasie sessuali), etc. Cfr. *ibid.*, pp. 20-25.

è quella con cui entriamo in più stretto ed evidente contatto con il tema di fondo di questa indagine, ovvero il rapporto tra diritto e morale. In questa ottica possiamo offrire la giustificazione più coerente del concetto di ‘danno morale’, introdotto nella premessa, e possiamo spiegarci perché l’oscenità sia un tema tanto delicato per il diritto.

Il punto di attacco della nostra discussione deve essere quello di un ordinamento giuridico liberale basato innanzitutto sullo *harm principle*. Si potrebbe presumere che un diritto penale siffatto si limiti a punire coloro che procurano danno alla persona o ai suoi interessi, mantenendosi neutrale rispetto alla morale. Ma MacCormick ha persuasivamente sostenuto che anche un codice penale basato esclusivamente sul principio del danno è inteso fare ben più che semplicemente prevenire i danni. Quel codice penale è diretto anche a rivendicare la moralità della prevenzione del danno e del rispetto dell’autonomia. Come afferma lo stesso MacCormick, “proprio a causa della sua forza simbolica come pubblica moralità dello stato, il diritto penale con il suo ‘dramma’ pubblico ed il simbolismo dei processi e della punizione può essere in qualche misura *costitutivo* di una moralità comune per l’insieme dei cittadini come tale”⁴².

In un ordinamento penale di *common law* lo *harm* colpisce gli interessi delle vittime, le loro legittime aspettative e configura un torto (*wrong*) in quanto violazione di un diritto. Feinberg aggiunge un altro requisito la cui rilevanza sottolinea l’influenza dell’utilitarismo morale quale teoria retributiva: la sofferenza individuale che accompagna il danno a interessi di singoli come tali o in quanto membri di una collettività. Nonostante il suo schietto liberalismo, tuttavia, come abbiamo già visto, Feinberg riconosce che vi sono condotte, non causa di danno, meritevoli di sanzione penale. È il caso dell’*offense*, nei termini cui vi abbiamo già fatto riferimento (v. *supra*, par. 2) come tipologia di fatti che producono molestie di tipo pubblico, arrecando sensazioni spiacevoli come ‘disturbo, fastidio, imbarazzo, nausea, etc.’⁴³ È a questa categoria che, per buona parte della dottrina liberale, si devono ricondurre sia l’oscenità sia la pornografia per la quale il c.d. *test Miller*, elaborato dalla Corte Suprema richiede che il materiale pornografico sia ‘patentemente offensivo’ (cfr. par. 7.3)⁴⁴. L’*offense* quale emozione del

⁴² N. MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 34. Di diverso avviso è in Italia chi ritiene che la ‘amorosità’ del diritto penale sia un prezzo da pagare per preservarne la *laicità*. Tuttavia, va osservato che peculiari sono i presupposti culturali che portano nel contesto italiano a proporre un ‘diritto penale eticamente indifferente’ ovvero libero da norme di ispirazione religiosa – soprattutto cattolica – in varie materie di interesse della bioetica. Cfr. M. DONINI, “Danno e offesa”, cit., par. 5.

⁴³ Cfr. J. FEINBERG, *Offense to Others*, cit., p. 6.

⁴⁴ Cfr. *Miller v. California*, 413 U.S., 15, 24, 1973

genere appena citato potrebbe persino scavalcare il confine della percezione diretta e mettere in dubbio la legittimità di condotte che si svolgono in privato, tra adulti consenzienti, ma che possono causare disturbo e stress a terzi che ne vengono a conoscenza.

Tuttavia, l'*offense* propriamente intesa, nel senso di Feinberg, deve produrre conseguenze del tipo già evidenziato, ovvero sensazioni spiacevoli che non configurano, però, sofferenza. Dunque, è una forzatura sostenere che quelle sensazioni possano derivare dalla semplice immaginazione di qualcuno che, ad esempio, fa uso di materiali pornografici (o – in passato – indulge in attività omosessuali) nella privacy di casa sua. Sul punto è esplicativa la sentenza della Corte Suprema che in *Stanley v. Georgia* ha dichiarato che “il mero possesso privato di materiali osceni non può essere ritenuto costituzionalmente un crimine”⁴⁵. Di contro, l'esposizione molto visibile di materiali pornografici nelle edicole o le locandine cinematografiche possono provocare negli adulti sensazioni spiacevoli di disturbo, imbarazzo, disgusto, etc., che è legittimo voler evitare. In questo sembra del tutto plausibile la distinzione di Feinberg, e in generale della dottrina di *common law*, tra *harm* e *offense* perché oscenità e pornografia producono conseguenze negative certamente non configurabili come danni a interessi individuali (ovvero al bene dell'agente, inteso in senso ampio, non soltanto come interessi che lo riguardano personalmente ma anche come interessi che riguardano terzi strettamente connessi come i propri figli). Non si può dire che imbattersi casualmente in materiali pornografici possa generare sofferenza – se non in casi di sensibilità patologica –, come invece vuole sostenere chi vorrebbe delegittimare la distinzione tra *harm* e *offense*⁴⁶.

⁴⁵ *Stanley v. Georgia* 402 U.S. 351, 1971.

⁴⁶ Cfr. M. DONINI, cit., par. 9. Chi obietta a quella distinzione perde di vista il forte individualismo della tradizione liberale anglosassone che può giustificare sanzioni penali soltanto a fronte di danni causati a terzi dalla condotta dell'agente. A questo epicentro del diritto penale – la cui interpretazione può richiedere, naturalmente, in casi delicati, sottili distinzioni – Feinberg ed altri aggiungono i casi di *offense*, laddove sarebbe fuor di luogo parlare di sofferenza della vittima ma non di disturbo, disgusto, etc. Va sottolineato che qui rimane centrale l'ottica individualista del *common law* mentre la tradizione giuspenalistica italiana – e continentale – attraverso il concetto di bene giuridico scavalca le difficoltà identificative del *common law* ma perde anche quella funzione garantista per la quale il concetto era nato, lasciando allo stato ampia discrezionalità nell'identificazione delle fattispecie di reato, anche in mancanza di lesione di interessi individuali. Ciò è particolarmente evidente nel caso dei c.d. reati senza vittime, come li qualifica la nostra dottrina, ovvero pornografia e prostituzione, ad esempio. Ho già toccato questo punto nel mio “I limiti morali del diritto penale. Il caso di atti osceni e pornografia”, *Riv Internaz. Fil. Dir.*, 86, n. 4, 2009, pp. 584-588.

Fin qui la comprensione liberale dell'oscenità in termini di *offense*. È del tutto possibile, però, guardare a questo tipo di condotta anche nei termini del *moral harm*, del danno morale (v. premessa): in un'ottica, quindi, che non è più schiettamente liberale ma che richiede discussione e giustificazione. Nel momento in cui entra in gioco il concetto di moralità i liberali diventano immediatamente più sospettosi perché temono che una concezione di moralità pubblica, sanzionata dallo stato, determini incrinature, o peggio, in quel pluralismo dei valori che è uno dei principi più cruciali del liberalismo. Mentre un 'danno' sembra empiricamente più verificabile, invece una 'immoralità' richiede una concezione condivisa di ciò che è moralmente corretto. Allora, l'idea di 'danno morale' è ambigua perché tende a far passare attraverso un concetto più empiricamente verificabile come quello di 'danno' un altro concetto, invece, più controverso, perché affidato a valutazioni soggettive o sociali, come quello di moralità. L'*offense* prodotta da oscenità e pornografia può essere intesa nel senso di violazione di una concezione morale. Ciò può avvenire in due modi distinti, sebbene strettamente connessi. Primo, nell'ottica del moralismo giuridico *puro*, gli atti osceni o l'esposizione di materiali pornografici sono inerentemente immorali e sono considerati offensivi per questo motivo (e non viceversa, ovvero non sono immorali perché offensivi)⁴⁷. Il moralista giuridico puro (in senso stretto) ritiene che la pornografia debba essere proibita anche quando non causa danno o *offense* ad alcuno perché, comunque, offende la moralità. Altrimenti, i moralisti possono proporre come ragioni per la criminalizzazione della pornografia anche il fatto che questa possa produrre mali che non toccano gli interessi di nessuno in particolare (*free-floating evils*), diversi da danno ed *offense*. Tra i mali più evidenti e a lungo discussi si deve sottolineare la corruzione morale che la pornografia e gli atti osceni possono produrre su se stessi e sugli altri. Qui è particolarmente evidente come il carattere delle 'vittime' possa subire un danno morale, incoraggiando le loro 'debolezze' e i loro vizi anziché le virtù. Poiché si deve presumere che tutti abbiano interesse ad avere un buon carattere e la reputazione che ne consegue, qui è evidente come quelle attività possono produrre un danno morale⁴⁸.

Soprattutto nel caso della pornografia l'ottica del bene giuridico trascura di mettere in rilievo quel che effettivamente merita tutela penale, ovvero il desiderio individuale di evitare sensazioni spiacevoli che possono turbare la propria stabilità psichica. L'opera di esplicitazione del 'comune sentimento del pudore' da parte della Cassazione sembra andare proprio in questa direzione: cfr. Cass.Pen Sez. III 17 ottobre 1997 n. 10657, Arancini; e Cass.Pen. Sez. I 25 marzo 1976, n. 5873, Bozano.

⁴⁷ I liberali si posizionano su questo secondo lato dello spartiacque, mentre i conservatori morali sono sul primo (offensivi *perché* immorali). Cfr. J. FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, cit., pp. 15-6.

⁴⁸ Cfr. *ibid.*, p. 22.

Se prendiamo spunto dal caso *Stanley*, appare chiaramente la difficoltà di un ordinamento liberale (e dei suoi organi giudiziari) ad accettare le ragioni del moralismo giuridico puro contro l'oscenità. La seconda posizione di cui dobbiamo occuparci, allora, è, a mio giudizio, il risultato di un compromesso tra liberalismo e moralismo giuridico. Questa seconda posizione è definita da Feinberg come 'moralismo giuridico impuro'. Esso propone la proibizione penale, ad esempio, nel caso di oscenità e pornografia per gli effetti di grossolanità, sguaiatezza e involgarimento e altro che possono produrre nel corso del tempo. Una variante di questa dottrina enfatizza come ragione giustificativa per la proibizione penale il danno o l'*offense* che incidentalmente può derivare da eventi osceni, come un declino nella decenza pubblica o mutamenti drastici nel clima estetico e morale di una certa comunità. Quest'ultima peculiare forma di moralismo giuridico è definita *conservatorismo morale* e sostiene che mutamenti radicali nelle abitudini, costumi e pratiche, economiche, estetiche e morali, possono alienare i cittadini dalla propria comunità. Naturalmente, il problema di non facile soluzione qui è quello di capire fin dove possa spingersi il mutamento senza alterare l'identità di una comunità, soprattutto quando i cambiamenti vanno nel senso del progresso sociale, come la caducazione di leggi contro la blasfemia o il matrimonio interrazziale.

Il caso di moralismo giuridico impuro più noto dei tempi moderni è stato avanzato dal giudice inglese Lord Devlin, tra gli anni '50 e i '60 del secolo scorso – con un secondo argomento parallelo e intrecciato a quello già presentato nel par. 4. Nel suo caso, come per altri scrittori, sebbene la preoccupazione principale sia l'immoralità, si fa appello alle conseguenze indirette di condotte immorali ma (apparentemente) non dannose. Devlin intende sostenere la moralità convenzionale sulla base del *danno* della disintegrazione sociale che può produrre, ma non gli è estraneo neanche il progetto di prevenire mutamenti drastici nello stile di vita di una comunità, come si è accennato prima. Andando controcorrente rispetto alla distinzione 'aurea' dei liberali tra 'buono' e 'giusto' (*right and good*), Devlin ritiene che compito del diritto non sia soltanto quello di prevenire o punire ingiustizie – ovvero l'ambito dello *harm principle* – ma sia anche quello di promuovere una moralità pubblica perché ogni società implica una comunità di idee anche su quel che è buono e quel che è cattivo: senza questo accordo, la società si disintegra. "*For society is not something that is held together physically; it is held by the invisible bonds of common thoughts. If the bonds were too far relaxed, the members would drift apart*"⁴⁹.

Un problema importante della posizione di Devlin sul quale si è focalizzato il dibattito è come determinare la 'moralità pubblica'. Feinberg, ad

⁴⁹ P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 10.

esempio, seguendo una precedente critica mossa da Hart, si chiede se Devlin faccia riferimento alla moralità comune, esistente in una società, oppure ad una moralità in senso critico, fondata sulla ragione⁵⁰. In effetti, Devlin fa riferimento nei suoi scritti sia alle reazioni di disgusto dell'uomo comune che segnalano il rifiuto morale di certi oggetti e condotte sia alla irragionevolezza e inaccettabilità di oggetti e condotte a giudizio dell'uomo ragionevole, di corrette vedute, l'uomo sul *Clapham Omnibus* che abbiamo già richiamato. La ragionevolezza sembra collocare uno standard più alto per distinguere quel che è moralmente accettabile ma se poi il criterio concreto per determinare il giudizio morale deve essere quello della 'giuria', ovvero il giudizio di dodici donne e uomini scelti a caso, non sappiamo quanto la 'ragionevolezza' differisca dalla reazione dell'uomo comune⁵¹.

La posizione di Lord Devlin è stata influente nel dibattito perché, pur facendo perno sulla immoralità delle condotte che si vuole proibire, ritiene necessarie altre ragioni per fondare la proibizione, ragioni che poggiano sul 'danno sociale' che certe condotte generano. Queste condotte, secondo Devlin, sono immorali di per sé (non è chiaro se sia un giudizio di moralità convenzionale o di moralità critica) e solo per questo devono essere punite. Però, la moralità è anche oggetto di consenso sociale e la mancanza di sanzioni potrebbe essere socialmente dannosa, quindi, nonostante l'immoralità di base, è il danno al consenso sociale che giustifica le sanzioni. Ciò è vero non soltanto per i casi cui Devlin esplicitamente si riferiva, in reazione al *Wolfenden Report* del 1954, ovvero omosessualità e prostituzione, ma può valere in egual misura per atti osceni e pornografia. Anche qui è evidente che il primo terreno sul quale fondare le sanzioni è quello dell'immoralità ma poi il riferimento al danno sociale, come disintegrazione sociale, ad esempio, è immediato e di più ampio consenso, come vedremo con l'analisi della giurisprudenza.

In conclusione, l'argomento conservatore di Devlin ha avuto largo seguito nonostante – o forse, proprio a causa di – la sua mancanza di chiarezza sul tipo di moralità pubblica cui faceva appello. In realtà, non è fuor di luogo la critica di Dworkin, secondo il quale, è assai controverso fondarsi sulla 'moralità in senso antropologico' dell'uomo sul *Clapham Omnibus*, che consiste nell'effettivo consenso di attitudini e sentimenti, inclusi pregiudizi, reazioni di intolleranza, etc. Ben diversa sarebbe stata la forza dell'argomento di Devlin, se avesse fatto riferimento alla 'moralità in senso critico', ovvero fondata sul consenso di giudizi qualificati – critici, razionali, coerenti, etc.⁵²

⁵⁰ Cfr. J. FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, cit., pp. 137 ss.; H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.

⁵¹ Cfr. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 15.

⁵² È una concezione morale sviluppata lungo queste linee che si è cercato di proporre nei parr. 9-10 del mio "I limiti morali del diritto penale. Il caso di atti osceni e pornografia", cit.

6. (III) *L'oscenità come peccato.*

La complessità del concetto di oscenità, a mio giudizio, trova qualche grado di chiarificazione attraverso l'indagine sulle *ratio* che caratteristicamente fondano in quest'area l'idea di moralità pubblica. Laddove la concezione liberale, ben espressa da Feinberg, sostiene che la condotta p.e. oscena è offensiva, causa stati mentali sgradevoli e, quindi, deve essere proibita; invece, abbiamo constatato che l'oscenità, dal punto di vista della moralità pubblica, può causare 'danno morale', perché provoca profonde reazioni di disgusto oppure perché considerata immorale in sé, indipendentemente dalle conseguenze negative che può causare o, ancora, è considerata immorale perché causa degradazione del tessuto morale e sociale della comunità. La terza *ratio* che ci accingiamo a considerare è stata spesso strettamente intrecciata con quella dell'immoralità in sé – anzi spesso è stata vista come l'unica spiegazione accettabile del giudizio di immoralità verso le condotte oscene. È, infatti, fondato sostenere che il moralismo giuridico ha trovato storicamente origine nella morale cristiana e nella equivalenza tra oscenità e *peccato*. Sebbene si possano dare altre concezioni morali che stigmatizzano le oscenità, nella cultura occidentale l'associazione tra oscenità e peccato, e l'immoralità come conseguenza, è assai risalente. In questo paragrafo intendo ripercorrere brevemente alcuni passaggi salienti della morale cristiana in materia di oscenità ma anche sottolineare come vi sia maggior potenzialità di discriminazione tra diverse opzioni di quanto comunemente non si creda.

In un ordine di ragionamento con qualche attenzione alla cronologia dobbiamo ricordare, innanzitutto, come la Chiesa del V secolo di San Gerolamo e Sant'Agostino rifiutasse totalmente i piaceri dei sensi ma non perché fossero particolarmente interessati a sopprimere ogni forma di oscenità e pornografia. Il loro obiettivo era, invece, quello di consentire una rinascita dell'umanità del tutto purgata delle sue parti carnali. L'uomo nuovo doveva essere puramente spirituale, privo anche delle capacità di trarre piacere dai sensi e persino di formare desideri di tipo sessuale: doveva essere, dunque, asessuato. Molti secoli più tardi, tra il XVII e il XVIII, ritroviamo la stessa radicale intolleranza per la sensualità nella cultura puritana che mirava a bandire ogni opera letteraria e teatrale che fosse sospettabile di oscenità (spesso, però, c'erano altre ragioni psicologiche o politiche ad influenzare i puritani e l'oscenità dell'opera rappresentava soltanto la facciata per pretenderne il bando)⁵³.

⁵³ Cfr. E.F. MURPHY, "The Value of Pornography", *Wayne Law Review*, 657, 1963-1964, pp. 655 ss.

La posizione ufficiale della morale cattolica, tuttavia, la dobbiamo desumere dal codice di diritto canonico che all'art. 1399 proibisce ai cattolici la lettura di libri che "apertamente discutono, descrivono o insegnano cose impure o oscene." Il problema che rimane da risolvere qui è quello della definizione di 'osceno' che non è presente in alcun luogo del codice canonico. Possiamo, però, partire dal principio interpretativo secondo il quale la legislazione che riduce la libertà va interpretata in senso restrittivo. L'osceno non può includere qualunque cosa sia offensiva per il buon gusto o la morale ma, secondo più opinioni, riguarda soprattutto elementi sessualmente eccitanti ed il modo attraverso il quale sono presentati. Ciò che merita sanzione è la tendenza dell'opera oscena a depravare e corrompere coloro le cui menti sono soggette a quelle influenze immorali⁵⁴.

Il punto rilevante dell'oscenità che, secondo la morale cattolica, merita sanzione è, allora, la sua capacità di destare passioni sessuali. Il perché della sua illiceità sta nel fatto che attività e piacere sessuale sono moralmente consentiti soltanto all'interno di un atto naturalmente completo, in un matrimonio valido. Tutti gli atti preparatori, psicologici e fisici, al rapporto sessuale completo, se ne sono distaccati, sono distorti, privi di significato e, quindi, immorali. Questi atti, anziché essere considerati soltanto come mezzi per un fine finiscono per essere presi per fini in sé. Il maggior filosofo della tradizione cattolica, Tommaso d'Aquino, ha legittimato questa lettura dell'oscenità, scrivendo che *tra coniugi* una ragione sufficiente per giustificare atti sessuali è quella "di dare al proprio sposo/a quella cooperazione fisica nel sesso coniugale al quale ciascuno dei due ha diritto"⁵⁵.

Dal punto di vista della moralità pubblica, è corretto sostenere che Tommaso assegnava al diritto il compito di occuparsi soprattutto di quei vizi che causano danno agli altri – incontrando così la posizione liberale – ma non soltanto. Il diritto può spingersi a proibire anche le c.d. immoralità senza vittime per proteggere l'ambiente morale della comunità, ad esempio da quelle che nel XIX secolo James Fitzjames Stephen chiamava "le forme più grossolane di vizio"⁵⁶. Utilizzando i termini del dibattito contemporaneo, Tommaso d'Aquino sarebbe concorde nel sostenere che certi atti come oscenità e pornografia causano 'danno morale' più che

⁵⁴ Questo test dell'oscenità è proposto da Lord Cockburn nel famoso *Regina v. Hicklin*, L.R. 3 Q.B. 360, 1868 ed è citato con approvazione da H.L. GARDINER S.J., "Moral Principles Toward a Definition of the Obscene", in *Law and Contemporary Problems*, 20, 1955, p. 564.

⁵⁵ T. D'AQUINO, *Scriptum supra Libros Sententiarum Petri Lombardiensis* IV, d. 26 q1 a 4c. la posizione giusnaturalista sulla moralità pubblica è stata discussa nel mio "I limiti morali del diritto penale", cit., pp. 614 ss.

⁵⁶ J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, White ed., 1967, p. 152.

offense alla comunità e ciò, che siano o meno considerati immorali in sé, giustifica la proibizione⁵⁷.

7.1. *La giurisprudenza in tema di pornografia: i primi criteri conservatori*

La discussione svolta fin qui è stata diretta a porre in evidenza le diverse *ratio* che alternativamente presiedono al sanzionamento penale dell'oscenità (e pornografia), a partire dalla distinzione tra *harm* e *offense* che, come si è visto, può essere assai utile a separare categorie di reati non facilmente assimilabili. L'analisi sul significato di oscenità ha chiarito che si tratta di un problema complesso e delicato perché tocca la sfera sessuale che, per gli uomini appartenenti alla cultura occidentale, è origine di reazioni contraddittorie di attrazione e repulsione. La discussione sulle giustificazioni normative che vengono addotte a sostegno della proibizione ha mostrato come vi possano essere, dal punto di vista della moralità pubblica ovvero da un punto di vista conservatore, alcune *ratio* alternative: le sensazioni di disgusto (par. 4); il moralismo giuridico (par. 5); la proibizione religiosa (par. 6). Possono essere alternative ma anche cumulative nella spiegazione di una proibizione storicamente ed emotivamente fondata. Tuttavia, la discussione non ha considerato fin qui il ragionamento giuridico sottostante alle decisioni giudiziarie anglosassoni che proibiscono o consentono singoli casi di 'oscenità': il che accade soprattutto in tema di pornografia. Come già si è notato, la *obscenity law* con cui ci confrontiamo nasce e si muove nei confini degli emendamenti costituzionali che negli Stati Uniti sanciscono la libertà di espressione. È soltanto in casi gravi che, da questo punto di vista, si possono limitare le forme di espressione anche sul piano dei c.d. materiali pornografici⁵⁸. È alla difficile arte di equilibrare nelle decisioni giudiziarie queste *ratio* spesso incompatibili che dobbiamo adesso rivolgere la nostra attenzione. Tenteremo una breve analisi di alcune decisioni della Corte Suprema americana e dei maggiori organi giudiziari italiani per verificare come in entrambi i casi le esigenze che si cerca di contemperare siano le stesse: la

⁵⁷ La rilevanza del concetto religioso di peccato e la commistione di moralità e diritto è ben avvertita dagli autori liberali più attenti quando mettono in guardia la Corte Suprema sulla necessità di conservare un solido muro di divisione tra chiesa e stato. Cfr. L. HENKIN, "Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity", *Columbia Law Review*, vol. 63, n. 3, 1963, pp. 391 ss.

⁵⁸ Rinvio per una discussione analitica di possibili *ratio* alternative presentate dai liberali a sostegno della libera espressione degli atti osceni al mio "I limiti morali del diritto penale. Il caso di 'atti osceni e pornografia', cit., pp. 602-10, nel quale si discutono le ragioni giustificative di B. Williams, R. Dworkin, D. Richards e J. Raz.

libertà individuale e la moralità pubblica – che, però, si cerca di presentare nelle forme, già viste, del ‘moralismo impuro’. Ne consegue l’importanza del concetto di ‘danno morale’, come si è evidenziato fin dall’inizio di questo scritto, e il significato del nostro tentativo di rintracciarlo non soltanto nella discussione teorica ma anche nelle decisioni giudiziarie.

Data la difficoltà di contemperamento dei valori di cui si è detto, la giurisprudenza della Corte Suprema americana appare di indirizzo tutt’altro che univoco. Lo sforzo di alcuni dei suoi più influenti componenti, come Brennan, da un lato, e Burger, dall’altro, è stato tra gli anni ’50 e i ’70 quello di identificare criteri o test adatti a distinguere la pornografia offensiva da quella che non lo è. I valori in gioco che si contrappongono sono la libertà di espressione protetta dal primo Emendamento della Costituzione americana, per un verso, e, per l’altro, materiali pornografici: il problema è quello di distinguere quelli di valore artistico, letterario o altro da quelli che, invece, ne sono presumibilmente privi. Un trend di decisioni della Corte Suprema tra il 1965 e il 1973, fondato su un diritto alla privacy derivante dagli ‘interstizi’ del primo, quarto, quinto, nono e quattordicesimo Emendamento, ha consentito ad un commentatore di parlare cautamente di “una libertà costituzionale in via di maturazione di impegnarsi in una discreta stimolazione e gratificazione sessuale”⁵⁹.

L’evoluzione della giurisprudenza americana in materia di atti osceni e pornografia prende spunto dal test formulato da Lord Cockburn nel caso *Regina v. Hicklin* nel 1868 in Inghilterra. In poche parole il test si può riassumere nell’identificazione dell’oscenità con ‘la tendenza a generare depravazione e corruzione in menti aperte a tali immorali influenze’. Nel test confluiscono sia elementi derivanti dal principio del danno (‘danno sociale’ quale indebolimento del tessuto sociale, come per Lord Devlin) sia elementi di moralismo e paternalismo (per la necessità che sembra emergere di proteggere persone deboli dal potenziale ‘danno morale’ al carattere che potrebbe derivare dalla pornografia).

Quale l’atteggiamento giudiziario rispetto all’oscenità nel contesto italiano? Non abbiamo bisogno di risalire così indietro nel tempo, come si è visto nel panorama di *common law*, per cogliere anche nella Corte Costituzionale un orientamento che potremmo definire di ‘moralismo conservatore’. Sin dalla sentenza n. 9 del 1965, la Corte afferma che “il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, l’inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell’ambito della famiglia, della dignità personale che con

⁵⁹ G. HUGHES, *The Conscience of the Courts*, Doubleday, Garden City (N.Y.), 1975, p. 56.

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”. Successivamente, nella sentenza n. 191 del 1970 la Corte sottolinea che il ‘buon costume’ non è un assoluto morale, immutabile nel tempo, ma, al contrario, è dotato di una relatività storica, dovuta al fatto che “varia notevolmente, secondo le condizioni storiche d’ambiente e di cultura”. Tale relatività non impedisce che il suo significato sia sufficientemente determinato perché in un certo momento storico si è in grado di giudicare cosa risulti osceno secondo il ‘comune sentimento del pudore’, per come è percepito in quel momento.

Nella sentenza n. 368 del 1992, a mio avviso, si delinea una presa di posizione più generale che appare rilevante ai fini di questo saggio. Scrive la Corte che il ‘buon costume’ “non è soltanto rivolto a connotare un’esigenza di mera convivenza fra le libertà di più individui, ma è, piuttosto, diretto a significare un valore riferibile alla collettività in generale, nel senso che denota le condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione).” Trascorso oltre un secolo da *Hicklin* – nonostante la diversità di contesto giuridico – possiamo rintracciare l’idea del ‘danno morale’ anche in questa sentenza della Corte Costituzionale. Non si vogliono proibire comportamenti che abbiano la ‘tendenza a generare depravazione e corruzione in menti aperte a tali immorali influenze’, come diceva Lord Cockburn, ma attraverso la tutela del buon costume si vuole, comunque, tutelare valori morali relativi al comportamento sessuale – dato il grande impatto che questo ha sulla condotta umana.

7.2. La giurisprudenza in tema di pornografia: l’affinamento dei criteri in senso progressista

Tornando alla giurisprudenza della Corte Suprema, la formula *Hicklin* risultò troppo estensiva nell’applicazione perché consentiva di giudicare osceni certi libri sulla base di passi isolati, letti fuori del proprio contesto; perché consentiva di valutare l’oscenità per i suoi probabili effetti su persone molto sensibili; e perché poneva criteri fissi di appropriatezza, senza riguardo per tempo, luogo e circostanze. Il giudice della Corte Suprema Brennan, nell’opinione di maggioranza del caso *Roth v. United States*, cercò di correggere gli errori emersi dall’applicazione di *Hicklin*, stabilendo che (1) l’oscenità dipende dal tema dominante del materiale

considerato, preso nel suo insieme, (2) gli effetti dei materiali osceni devono essere giudicati sulla persona media; e, infine, (3) i criteri applicati devono essere quelli della ‘comunità contemporanea’, anziché criteri fissi e astratti da tempo e circostanze. Questa formulazione presenta certamente il vantaggio di restringere l’ampia discrezionalità lasciata al legislatore (e ai tribunali) da *Hicklin* ma non manca di generare altri problemi, legati soprattutto all’ultimo criterio introdotto da Brennan – che i materiali osceni (4) facciano appello a interessi libidinosi (*prurient interests*) dell’agente – e alla valutazione che nella storia del primo Emendamento sia implicita la ripulsa dell’oscenità come (5) totalmente priva di importanza sociale capace di riscattarne il valore (*rediming social importance*).

I problemi derivarono soprattutto dall’applicazione di (2), ovvero il criterio della ‘persona media’, di (4) gli interessi libidinosi dell’agente e (5) la mancanza di importanza sociale dell’opera. Tralasciando gli ovvii problemi dell’identificazione della ‘persona media’ – si veda il problema che sorge a proposito dell’uomo del *Clapham omnibus* di Devlin – e della necessaria connessione tra questo criterio e (3)⁶⁰, si ripresenta qui il problema già visto in *Hicklin*, dell’appello a principi moralistici e paternalistici. Si direbbe che il test introdotto da un convinto liberale come Brennan sia diretto ad affermare il diritto dello stato di proteggere la persona media da stati mentali moralmente deleteri, indotti, però, da materiali scelti liberamente. I problemi che qui si affacciano ripresentano la stessa dialettica tra moralità pubblica e libertà individuale di espressione che abbiamo visto nella giurisprudenza italiana. È interessante osservare che, nonostante la mancanza di vincoli legislativi come quelli posti in Italia dal Codice Rocco, persino un liberale come Brennan esita a discostarsi dalla moralità pubblica in materia sessuale espressa in una certa comunità, intendendo i criteri che una comunità ‘nazionale’ come la società americana accetta in una data epoca – quindi, facendo appello al relativismo morale.

Anche gli interessi libidinosi di (4) ci riportano al problema già presentato nelle sentenze della Cassazione italiana, con la differenza, però, che mentre la giurisprudenza italiana deve difendere in positivo il sentimento del pudore dell’uomo medio, invece la Corte Suprema preferisce individuare in negativo quegli interessi libidinosi che non sono meritevoli della tutela costituzionale del primo Emendamento. Tuttavia, anche (4) appare ben presto bisognoso di specificazione perché la capacità di destare interessi libidinosi di materiali presumibilmente osceni varia in relazione al gruppo di riferimento. In *Mishkin v. New York* nel 1966 la Corte Suprema sostenne che, qualora il materiale debba essere disseminato entro un gruppo

⁶⁰ Si veda la discussione di J. FEINBERG in *Offense to Others*, cit. pp. 176-8.

con gusti sessuali devianti e chiaramente definiti, il requisito (4) di *Roth* è soddisfatto se il tema dominante del materiale considerato nel suo insieme fa appello agli interessi libidinosi dei membri di *quel gruppo*.

Infine, dobbiamo guardare al rischio rappresentato da (5) per l'espressione del pensiero. Il giudice Harlan nell'opinione dissenziente di *Roth* aveva già avvertito che, a suo avviso, "non ogni libro che tenda a stimolare impulsi sessuali e a condurre pensieri impuri sul sesso è necessariamente del tutto privo di *reeding social importance*"⁶¹. Altrimenti una buona parte della grande letteratura del mondo potrebbe cadere nelle maglie della censura, sostiene Harlan. Allora, il problema che si pone è come determinare il valore sociale di opere in cui la pornografia si alterna con materiali di qualche valore giornalistico o letterario. Nel caso *Ginzburg v. United States*, deciso in parallelo a *Mishkin*, il giudice Brennan introdusse un nuovo criterio per distinguere le opere dotate di *reeding social importance* da quelle che non lo sono. Il criterio è quello di verificare il contenuto degli avvisi pubblicitari diffusi per informare i consumatori di una certa pubblicazione. Se la pubblicità fa appello soltanto agli interessi libidinosi, allora è chiaro che anche l'eventuale contenuto di valore sociale della pubblicazione è soltanto apparenza fittizia.

Se questa argomentazione adottata da Brennan per determinare l'oscenità di una pubblicazione sembra inserirsi pienamente in un trend che favorisce la tutela della libertà individuale, invece non è così per la sua argomentazione finale che ritorna a principi moralistico-paternalistici e dimostra ancora una volta che nel campo in esame è difficile sfuggire del tutto a questo tipo di considerazioni. Le pubblicazioni pornografiche, sostiene Brennan, ancora una volta, non possono rientrare nella protezione del primo Emendamento quando, anche tramite gli avvisi pubblicitari, sono dirette a sfruttare la diffusa debolezza del pubblico ad eccitarsi alla vista di rappresentazioni di attività sessuali. Confluiscono in questo atteggiamento due presunzioni tipiche: la prima è quella paternalista secondo la quale il legislatore ha il dovere di proteggere i membri più deboli della società, anche se adulti e nel pieno possesso delle loro facoltà mentali, dalle loro stesse debolezze; la seconda è la presunzione moralista che sostiene che l'eccitazione tramite materiali pornografici è oggettivamente un male per l'agente, per lo sviluppo del suo carattere.

Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale manca certamente l'elaborazione dei criteri per distinguere materiali pornografici 'di valore letterario' da quelli che non ne hanno, allo scopo di ridurre nei limiti del possibile l'ambito del *prohibitum*. Si possono, però, ravvisare alcuni spunti che vanno chiaramente nella direzione della tutela della libertà individuale, laddove si afferma che "la contrarietà al sentimento del pudore non dipende

⁶¹ Cit. in J. FEINBERG, *Offense to Others*, p. 181.

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"⁶². Questa tesi significa escludere il moralismo giuridico puro dalle motivazioni della Corte, perché si assegna importanza cruciale nella definizione della fattispecie dell'osceno alla forma con la quale si manifesta: se non vi è *pubblicità*, non vi è capacità offensiva. Sostiene la Corte che "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"⁶³.

7.3. *La giurisprudenza in tema di pornografia: ritorno a criteri conservatori*

Nonostante il fatto che le decisioni della maggioranza della Corte Suprema, guidata da Brennan, fossero lungi dall'offrire un sostegno indiscriminato alla libertà di espressione in materia di pornografia, negli anni successivi a *Roth* si diffuse un crescente 'malessere' a causa dell'eccessivo permissivismo della Corte Suprema. La nuova maggioranza conservatrice guidata dal presidente W. Burger dimostrò con due decisioni del 1973 di voler seguire questa tendenza della società e in due decisioni (in *Miller v. California* e *Paris Adult Theatre I v. Slaton*) modificò sostanzialmente i criteri di *Roth*. Innanzitutto, (1) gli interessi libidinosi devono essere determinati sulla base di criteri propri della comunità locale ove i materiali pornografici sono presentati. (2) Viene riaffermato esplicitamente il principio paternalista per il quale materiali pornografici evidentemente offensivi possono essere proibiti anche quando si tratti di spettatori adulti e consenzienti. Questo è un criterio nel quale traspare in modo netto l'idea del '*moral harm*' (o, forse, dello *harm to self*, il danno a se stessi; rimane

⁶² Corte Cost., sentenza n. 368 del 1992.

⁶³ Però, sul punto si deve confrontare la decisione di Cass. Pen. Sez. III, n. 12419 del 6 febbraio 2008 secondo cui «l'oscenità di un comportamento è carattere intrinseco agli atti di cui si compone e che si qualificano per la loro contrarietà obiettiva al comune sentimento del pudore, anche se abbiano la durata di attimi e, addirittura, possano sfuggire alla percezione ed alla valutazione dei terzi». La sentenza n. 40155 del 25 ottobre 2002 aveva già dimostrato un atteggiamento restrittivo da parte di Cass. Pen. Sez. III perché statuiva che "il contenuto osceno penalmente rilevante non può restringersi alla sola rappresentazione estrema di un rapporto sessuale, ma comprende anche l'*oscenità* insita in atti e comportamenti che richiamano il congresso carnale, come esposizione di nudità, atteggiamenti con chiaro contenuto erotizzante, manifestamente licenziosi, i quali offendono egualmente in modo grave il senso di riservatezza che deve presiedere le manifestazioni in luogo pubblico».

incertezza, se non è chiarita la natura del danno): di contro, si può sostenere che se vi è volontà e consapevolezza ragionevole dei rischi che si corrono l'agente, in un ordinamento liberale, dovrebbe essere lasciato libero di soddisfare i propri interessi 'pornografici'. Se non lo è, è molto fondato il sospetto che non sia tanto il principio di *offense* a orientare il giudice, quanto quello del moralismo giuridico che valuta i 'danni morali' che i materiali pornografici possono causare alla comunità. Rispetto a questa posizione così ambigua manifestata da Brennan, sembra quasi di poter dire che la Corte Costituzionale del 1992 possa vantare un qualche maggior grado di liberalismo quando afferma che nel valutare il commercio o la distribuzione di scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie, il giudice deve aver presente "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"⁶⁴.

Infine, per Burger (3) non si richiede più che i materiali siano totalmente privi di valore sociale capace di riscattarli ma soltanto che manchino di un "serio, valore letterario, artistico, politico o scientifico"⁶⁵. Le conseguenze di queste modifiche sul piano della restrizione della libertà sono rilevanti. (1) fa prevalere gli standard morali locali che per qualche comunità possono essere tradizionalmente o fortemente ispirati da prescrizioni religiose e, quindi, inclini a proibire qualsiasi manifestazione con contenuti sessuali. Ciò significa che una proibizione a livello locale può bloccare la commercializzazione del prodotto a livello nazionale, ovvero gli standard della comunità più puritana possono bloccare una pubblicazione a livello nazionale. (2) porta il conservatorismo della decisione al limite estremo di negare tutela costituzionale alla massima *volenti non fit iniuria*: l'*offense* evidente causata da materiali pornografici rimane tale anche per adulti informati e consenzienti. Dunque, la direzione presa da Brennan appare più nettamente ispirata da principi moralistici e paternalistici.

8. Conclusioni

Quali conclusioni possiamo trarre dalla disamina della giurisprudenza americana e italiana condotta finora? Se l'obiettivo era quello di rintracciare

⁶⁴ In concreto, l'indirizzo fornito ai giudici per i frequenti casi di detenzione di videocassette pornografiche è quello di non punire i gestori che le esponano in un locale appartato nel quale hanno accesso soltanto coloro che ne fanno esplicita richiesta.

⁶⁵ *Miller*, 413 U.S., at 30-34.

la presenza del concetto di ‘danno morale’ nelle argomentazioni giudiziarie, ora è il momento di riassumere le fila dei ragionamenti giudiziari che abbiamo riferito, mettendoli in relazione con le distinzioni concettuali. Naturalmente, la chiarezza concettuale dell’analisi filosofica – per esempio, la distinzione tra *harm* e *offense* – alla prova dei fatti patisce l’intreccio delle molteplici tematiche che si presentano nelle decisioni giudiziarie. Allora, tocca al teorico provare a rimettere ordine nella complessità del reale alla luce di quelle categorie concettuali che erano già state postulate. Innanzitutto, si deve notare l’evidente oscillazione che la giurisprudenza, soprattutto quella americana della Corte Suprema, dimostra tra la prevalenza del principio della libertà di espressione e le restrizioni a quel principio in materia di oscenità e pornografia. L’oscillazione, di cui si era avvertito già al principio di questo scritto, conferma, se non altro della difficoltà della giurisprudenza di giungere ad una posizione stabile in un’area della condotta nella quale, nonostante i ‘progressi’ in senso liberale delle società occidentali, la moralità continua ad esercitare una forte presa sulle coscienze.

In secondo luogo, la disamina della giurisprudenza mostra, a mio parere, la plausibilità dell’ipotesi del ‘danno morale’ quale *ratio* giustificativa ben presente nelle decisioni. L’esempio più evidente di danno morale nel senso di detrimento al ‘buon carattere’, come ideale etico – come messo in evidenza nella premessa – si ha nel test di lord Cokburn: ‘la tendenza a generare depravazione e corruzione in menti aperte a tali immorali influenze’. Depravazione e corruzione costituiscono i più pericolosi attacchi all’eccellenza umana, intesa aristotelicamente come buon carattere. Anche laddove troviamo riferimenti alla ‘persona media’ come criterio per valutare l’incidenza negativa sui comportamenti che l’oscenità può provocare, l’idea sullo sfondo è certamente quella di un modello etico in cui entra qualche concetto di buon carattere. Alternativamente, però, l’idea di ‘persona media’, come per l’uomo sul Clapham Omnibus di Lord Devlin, può fare riferimento non ad un modello ragionevole di buon carattere ma a sensazioni come il disgusto che vengono prese in considerazione con qualche esitazione nelle decisioni giudiziarie. (Tuttavia, vale la pena di sottolineare che, se il disgusto può essere una spiegazione accettabile delle nostre reazioni individuali di ripulsa verso l’oscenità, invece manca completamente nell’ambito delle giustificazioni offerte dalle decisioni giudiziarie di cui ci siamo occupati.)

Il concetto di ‘buon costume’ e di dignità personale che appaiono nella sentenza della Corte Costituzionale del 1965 sembrano andare nella direzione della tutela di un modello etico, ma un riferimento al buon carattere è molto meno percepibile. L’aspetto *individuale* del danno morale sembra qui già subire una curvatura in senso sociale, che poi ritroviamo con maggiore evidenza nella sentenza del 1992 in cui si poggia l’accento sui costumi di un determinato momento storico.

In terzo luogo, possiamo trarre un'altra importante conseguenza dalla disamina giurisprudenziale svolta in relazione al concetto di danno morale. Si tratta di una conseguenza che abbiamo già discusso a proposito di Lord Devlin: il danno morale come danno al tessuto morale e sociale di una comunità. È la moralità sociale della 'comunità contemporanea' ad essere spesso minacciata dall'oscenità. Più che sollevare un problema di 'relativismo morale' di giudizi che si limitano alla percezione morale di un dato gruppo sociale nel presente, vorrei sottolineare che questa seconda accezione di 'danno morale' è stato un riferimento costante delle decisioni giudiziarie, sia nella giurisprudenza italiana sia in quella americana. Dunque, nonostante la concettualizzazione del 'danno morale' sia, innanzitutto, riferita all'etica individuale, dobbiamo notare che l'interpretazione giurisprudenziale ha condotto ad enfatizzare gli aspetti di moralità sociale inerenti all'oscenità. La violazione del 'buon costume' del nostro diritto penale è certamente riconducibile ad una interpretazione del danno morale in questo secondo senso.