

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 28/05/2015**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37094-l-integrazione-del-diritto-penale-con-i-mutamenti-sociali-e-morali-gli-atti-contrari-alla-pubblica-decenza>**

**Autore: Berruti Laura Viola**

**L'integrazione del diritto penale con i mutamenti sociali e morali. Gli atti contrari alla pubblica decenza.**

## **L'integrazione del diritto penale con i mutamenti sociali e morali. Gli atti contrari alla pubblica decenza.**

### **1 Il caso.**

Due prostitute venivano dichiarate colpevoli del reato di cui all'art. 726 cp per aver mostrato senza veli le parti intime in orario pomeridiano, lungo la pubblica via.

La Corte di cassazione<sup>1</sup>, investita della questione, ha avuto modo di tratteggiare compiutamente le evoluzioni socio-culturali che hanno ristretto la portata applicativa della fattispecie.

Ecco, quindi, come i valori morali, sempre in continua progressione e trasformazione, sono in grado di modificare il contenuto dei precetti penali nel continuo processo evolutivo che caratterizza il nostro Ordinamento.

### **2 La morale come elemento del diritto penale. Una breve digressione**

Lungi dal voler – e poter – compiutamente trattare la *vexata quaestio* sul rapporto tra diritto e morale, oggetto per eccellenza di una riflessione perpetrata nelle discussioni giusfilosofiche fin da tempi risalenti<sup>2</sup>, tuttavia non pare superfluo porre l'accento sull'assodata – o quasi – influenza che il diritto penale subisce dalla morale stessa, fino a elevarla a bene giuridico da tutelare o, quantomeno, percependone le istanze per adeguarsi al contesto socio-economico che lo legittima.

Invero, non è superfluo precisare come ora non si discuta sulla dicotomia tra tesi della separabilità e tesi negazionista della scissione tra diritto e morale, sia perché avulsa dagli intenti dello scrivente, sia perché i moderni ordinamenti giuridici rispecchiano l'illuminante considerazione di Neil MacCormick per cui il diritto penale non può essere scevro da valori; se

---

<sup>1</sup> Cfr, Cass, sez. III, 26.9.2014, n. 39860.

<sup>2</sup> Nonostante che Carlos Santiago Nino abbia osservato che la discussione circa l'esistenza o meno di un vincolo concettuale tra diritto e morale costituisce, solo apparentemente, il nucleo centrale della vecchia controversia tra giusnaturalisti e giuspositivisti. Cfr, NINO, *Il diritto come morale applicata*, ed. it. a cura di M. La Torre, Milano, 1999, p. 15.

così non fosse, le conseguenze sanzionatorie – anche limitative della libertà personale dell'individuo - non sarebbero legittimate nella comunità in cui opera<sup>3</sup>.

Lontano dall'atteggiamento degli attuali Ordinamenti sembrerebbe oramai la concezione del diritto penale in termini giuspositivistici, di cui Herbert Hart<sup>4</sup> è uno dei moderni sostenitori. Il sistema sanzionatorio è considerato una mera produzione logica, chiusa e dunque autonoma da ogni elemento che risulti estraneo alla ragionevolezza.

Non è necessario che la dimensione giuridica sia giusta, perché essa è avulsa da ogni connotazione morale<sup>5</sup>.

Tuttavia, la normativa non sarebbe in grado di avanzare pretese di giustizia se fosse priva di requisiti razionali di correttezza, garanzie di giustificazione e della possibilità di un'aspettativa di accettazione comune, poiché, altrimenti, si potrebbe atteggiare solamente in termini repressivi e non anche rieducativi<sup>6</sup>.

Tale asserto è, però, temperato<sup>7</sup> ritenendosi che ogni sistema giuridico debba soddisfare alcuni requisiti minimi di moralità, nonostante che la critica alle leggi inique non possa metterne in discussione la validità formale - ma soltanto la legittimità sul piano morale.

---

<sup>3</sup> “[...] Se gli esseri umani non accordassero importanza all'ordine nella vita sociale, non avrebbero affatto leggi; inoltre, ogni sistema giuridico non incorpora semplicemente una forma di ordine sociale, ma quella particolare forma di ordine a cui è attribuito un valore da coloro che hanno il controllo dell'attività legislativa, esecutiva e giudiziaria o, quantomeno, è un mosaico dei valori concorrenti accolti dai vari gruppi che partecipano a tali attività. Il punto di essere un positivista non è quello di negare verità evidenti di questa sorta, ma piuttosto quello di affermare che non è in nessun senso necessario condividere o accogliere questi valori, in tutto o in parte, per poter sapere che il diritto esiste, o quale diritto esiste [...]”: cfr. MAC CORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, ed. it. a cura di V. Villa, Torino, 2001, p. 265-266. Conf. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, ed. it. a cura di F. Viola, Torino, 1996, p. 398

<sup>4</sup> HART, *Positivism and the separation of law and morals*, The Harvard law review association, 1958.

<sup>5</sup> Max Weber aveva una simile concezione positivista per cui è la stessa razionalità intrinseca alla forma del diritto che conferisce legittimità al potere esercitato in forme legali. Si veda: HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, p. 5. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, ed. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1996, p. 222, in cui si afferma che potenzialmente il diritto potrebbe avere qualunque contenuto.

<sup>6</sup> Cfr. KELSEN, *op. cit.*, p. 61; conf. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, introduzione di G. Zagrebelsky, ed. it. a cura di F. Fiore, Torino, 1997, p. 17-18. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione*, Bari, 1979, p. 85- 87. Dalla cd. “formula di Radbruch” si evince, infatti, che “[...] il diritto positivo, conserva il suo predominio anche quando materialmente ingiusto e inadeguato, a meno che il contrasto tra legge positiva e la giustizia raggiunga una misura tanto intollerabile che la legge, in quanto “diritto iniquo”, debba essere piegata alla giustizia [...]”: cit. ALEXY, *op. cit.*, p. 26.

<sup>7</sup> HART, *op. cit.*, p. 189-190, il quale si riferisce a una concezione utilitaristica legata alla sopravvivenza degli individui.

Nondimeno, non si è mancato di osservare che se pur la morale possa elevarsi a bene giuridico abbisognevole di protezione, solamente la politica può valutare quale diritto merita di essere difeso dall'azione penale e con quale grado di forza<sup>8</sup>.

Vero che, ad ogni buon conto, la Legislazione penale non può fondare i rigorismi repressivi sulle mere istanze sociali e morali perché, altrimenti, vedrebbe inasprire – e non poco – le sanzioni e l'esecuzione di esse.

La morale - che si assume violata tramite la condotta penalmente rilevante e quella oltraggiata dall'eventuale negazione del proprio delitto - non può certo determinare autonomamente né la sanzione né i mezzi per applicarla, posto che la percezione sociale sarebbe puramente soggettiva e variabile arrischiando che la forza sanzionatoria assuma connotati puramente repressivi – a discapito di quelli razional-rieducativi<sup>9</sup>.

Non mancano esempi di ordinamenti penali, soprattutto nell'antichità – e taluni ancora oggi - i cui precetti coincidano con la morale, o con la religione, della comunità di riferimento, ma la maggior parte dei sistemi moderni considerano penalmente rilevanti solo quelle condotte che ledano la morale superando un certo livello di riprovevolezza etica<sup>10</sup>.

Anche le difese nei processi dei crimini nazisti rivolgevano l'attenzione alla scissione tra diritto e morale, in quanto le azioni perpetrate venivano legittimate – anzi, imposte – dalle leggi in vigore nel contesto storico di riferimento.

Ecco, quindi, che la capacità di critica individuale e il giudizio morale vengono presupposti e cristallizzati.

---

<sup>8</sup> Cfr. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza*, II, Pisa, 1831, 9; CARNEVALE, *La dottrina morale nel diritto penale*, RP, vol.LV, 1902, 137.

<sup>9</sup> Chi stabilisce, però, cos'è razionale, congruo e giusto, scevro da ogni influenza, percezione soggettiva o valutazione opportunistica? Problematica, questa, il cui discernimento esula dall'intento e dalla competenza del presente scritto, ma che non può prescindere dal porsi. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863, 4, § 7, riconosce - per quanto rileva in questa sede - che il diritto penale, pur essendo sostanzialmente politico, non è avulso del tutto dalla morale nella propria utilità a normare le azioni umane.

<sup>10</sup> Per maggiori spunti si veda: ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale*, Arch. Pen, 1982, 28. Ripreso anche da BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 108; CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. I, Lucca, 1876, 139 che conferma come il fine della sanzione penale sia quello di ristabilire l'ordine morale turbato dal delitto. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 2009, 295: Concepire diversamente sarebbe “un'incoerenza in un campo così ossessionato dall'idea della coerenza come quello del diritto”

In effetti, meritano l'accento – come esempi paradigmatici - il sindacato sugli ordini manifestamente illegittimi, ai sensi dell'art. 51 cp e l'art. 4 L. 382/1978 che impone al militare di disobbedire all'ordine se criminoso.

Si dimostra, in tal modo, l'esistenza di un paniere di valori fondamentali che nessuna legge e nessun ordine possono ignorare.

Il Legislatore penale ha dimostrato di non prescindere dalle *kulturnormen*, anzi, eleva i valori morali a elementi normativi di fattispecie<sup>11</sup>.

Diventa, a titolo dimostrativo, condizione obiettiva di punibilità<sup>12</sup> il pubblico scandalo, ai sensi dell'art. 564 cp, del reato di incesto. Occorre, cioè, la reazione morale, accompagnata da un senso inevitabile di disgusto e di sdegno della coscienza pubblica contro l'atto turpe come fonte di esempio a connotazione negativa<sup>13</sup>.

Non solo, la Relazione ministeriale sul Progetto definitivo del codice penale precisa che la moralità familiare, costituendo qualche cosa di più eletto della morale sociale, si presenta come un aspetto particolare di essa, in quanto riunisce in sé un complesso di esigenze eticamente superiori, e perciò abbisogna di una speciale tutela penale.

Tutela, questa, raggiunta con la previsione dell'art. 565 cp, avverso le pubblicazioni oscene o quelle apparentemente innocue, ma che, comunque, espongono o mettono in rilievo circostanze tali da offendere la morale familiare, costituendone una pericolosa fonte di disgregazione<sup>14</sup>.

Non si può non rammentare anche la circostanza attenuante generica, ai sensi dell'art. 62 cp, n. 1, che tiene conto dei motivi che hanno spinto l'autore del reato all'azione, qualora corrispondano a particolari valori etici o sociali.

---

<sup>11</sup> PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 52; CARACCIOLI, *Causa d'onore*, ED, VI, Milano, 1960, 580; GUARNIERI, *Morale e diritto*, GP, 1946, I, 332; AMBROSETTI – MEZZETTI – RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2012, 12.

<sup>12</sup> O evento del reato, a seconda della tesi accolta: cfr. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 591; DOLCE, *Incesto*, in ED, XX, Milano, 1970, 977.

<sup>13</sup> DOLCE, *op.cit.*, 978; MERZAGORA, *Incesto*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 327.

<sup>14</sup> SALTELLI – ROMANO – DI FALCO, *Commentario teorico-pratico del nuovo codice penale*, II, Torino, 1931, 847.

La formulazione consente di ricompredervi sia motivazioni fondate sulla coscienza etica dell'uomo sia motivazioni condivise dalla società civile, purché espressione di valori altamente rilevanti<sup>15</sup>.

Compiutamente si distingue tra i valori morali intrinseci nella coscienza etica umana – quali l'amore materno, amore per il prossimo, umanitarismo, filantropia, e così via - e i valori della comunità che, per natura, sono mutevoli nel tempo<sup>16</sup>.

Non solo. La rispondenza alle istanze sociali necessariamente tocca anche la distinzione tra le condotte di cui all'art. 726 cp – che sanziona gli atti contrari alla pubblica decenza, incluso nella legge 67/2014 tra le ipotesi di reato da convertire in illeciti amministrativi - e quella di cui all'art. 527 cp - atti osceni - si incentra sulla tipologia dei valori morali-etici lesi.

Infatti, gli atti osceni offendono, in modo intenso e grave il pudore sessuale, suscitando nell'osservatore sensazioni di disgusto oppure rappresentazioni o desideri erotici, a differenza degli atti contrari alla pubblica decenza che ledono il normale sentimento di convivenza, costumatezza, generando fastidio e riprovazione<sup>17</sup>.

Fattori, questi, in continua evoluzione rispetto al contesto storico e ai progressi culturali e sociali della comunità di riferimento.

### **3 In species: gli atti contrari alla pubblica decenza, ex art. 726 cp.**

Il consolidato orientamento<sup>18</sup> sostiene come sia ancora contrario al sistema di costumatezza il mostrare i glutei scoperti nei luoghi accessibili al pubblico, che, nonostante abbia una mera

---

<sup>15</sup> BELLOTTO, *Il «particolare valore morale» della disperazione*, GP, 1993, 214.

<sup>16</sup> MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, DPP, 2014, 10, 1237; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, Dig. Pen., II, Torino, 1998, 187 ss.

<sup>17</sup> Cfr, *ex multis*, Cass, sez.III,14.3.1985, n. 2447; Id., sez.III, 16.09.2013, n. 37823; Id, sez. III, 4.2.2014, n. 5478. Il delitto di atti osceni ha, quindi, un contenuto più specifico, relativo alla pudicizia e riservatezza sessuale. In dottrina: GULOTTA, *Considerazioni psico-socio-giuridiche su l'osceno e l'indecente*, in *Psicologia giuridica*, Milano, 1979, 164, per cui sono osceni gli atti che si riferiscono alla «sessualità genitale» e indecenti quelli che si riferiscono alla «sessualità pregenitale».

<sup>18</sup> Cfr, *ex multis*, Cass, sez. III, 8.6.2011, n. 23083; Id, sez. III, 10.12.2012, n. 47868; Id, sez. III, 25.10.2002, n. 41055; Id, sez. III, 13.2.2000, n. 3557; Id, sez. III, 30.10.1996, n. 9685.

indiretta riconducibilità alla sfera sessuale, resta lesivo della comune decenza e del senso del decoro.

L'esposizione di queste parti corporee non tengono, infatti, conto delle interferenze negative che potrebbe cagionare al comune vivere civile.

Un senso del decoro che, sotto questo profilo, viene considerato immutato nel tempo, con la consapevolezza che la risonanza di un *decisum* a favore dell'esposizione – anche solamente parziale - dei glutei condurrebbe alla degenerazione indiscriminata e legittimata di tali condotte.

Gli Ermellini<sup>19</sup> enfatizzano i mutamenti storico-sociologici dei costumi che hanno condotto a una forte contrazione del concetto di pubblica decenza, escludendo – e non temperando - il rigore del precedente orientamento.

Si critica la mancata contestualizzazione storica della condotta, posto che la considerazione dell' immutabilità dell'*ethos* – di per sé in continua evoluzione – violerebbe il principio di civiltà ed elasticità giuridica.

Sin dagli arbori, è apprezzata la valutazione delle mode, delle tendenze o dei messaggi profusi dai *mass-media*, in veste di specchio del comune sentire e del generale stato di accettazione<sup>20</sup>.

Infatti, l'esposizione del seno in spiaggia non ha più rilevanza penale, anche se la nudità integrale si ritiene tollerata solo in campi di nudisti, perché in altri luoghi pubblici – in particolar modo nelle spiagge comuni – sarebbe percepibile da tutti, anche da bambini e da adulti non consenzienti, provocando disapprovazione nell'uomo medio<sup>21</sup>.

La Suprema Corte, nella sentenza in analisi, non considera certi comportamenti, oramai divenuti di comune accettazione, possano ottenere una diversa valutazione in funzione dei diversi luoghi in cui vengono tenuti.

---

<sup>19</sup> Cfr, Cass, sez. III, 26.9.2014, n. 39860.

<sup>20</sup> Cfr, Cass, sez. III, 13.11.1996, n. 9685.

<sup>21</sup> Cfr, Cass, sez. III, 18.7.2012, n. 28990; Id, sez. III, 25.10.2005 n. 45284; Id., sez. III, 27.6.2006, n. 31407; Id, Sez. III, 3.7.1997, n. 8959.

Affinchè la condotta assuma rilevanza ai sensi dell'art. 726 cp, è richiesto un *quid pluris* rispetto alla mera visione di parti anatomiche di un corpo, ovverosia ulteriori comportamenti spropositati e non giustificati in un determinato contesto spazio temporale<sup>22</sup>.

La decisione si conforma dichiaratamente alla *ratio decidendi* che ritenne non punibile, ai sensi dell'art. 726 cp, l'avvocato di sesso femminile per essersi presentato nell'androne del carcere indossando una provocante minigonna.

Tuttavia, non si può non notare il differente contesto spaziale in cui la condotta è stata tenuta e il tipo di abbigliamento in oggetto. Ben potrebbe ritenersi non raffrontabile il comune senso di decenza di una casa circondariale di fronte alla visione di una minigonna succinta, rispetto alla visione di muliebri parti corporee esposte in pubbliche vie accessibili a una collettività il cui comune sentimento ne percepisce l'eccesso.

Il rilievo conferito alla postura della meretrice - che induce alla maggiore esibizione delle parti corporee – si ritiene più opportunamente valutabile sotto un differente profilo.

Il *limen* tra reato di atti osceni in luogo pubblico, ex art. 527 cp, e la mera fattispecie contravvenzionale diventa più sottile di fronte a palesi atteggiamenti erotici che possono considerarsi atti osceni lesivi del pudore sessuale<sup>23</sup>.

La depenalizzazione dell'art. 726 cp prevista dalla Legge delega 28.4.2014, n. 67 incrementa la rilevanza pratica della questione, perché la qualificazione del fatto in un senso o nell'altro condurrà alla diversa ascrivibilità dell'illecito amministrativo o del reato penalmente perseguibile ex art. 527 cp.

Il Legislatore, infatti, dimostra di aver accolto le istanze sociali che oramai percepiscono come inattuale la tutela penale della pubblica decenza avverso quelle condotte che ingenerano riprovevolezza nel comune sentimento.

---

<sup>22</sup> Cass, sez. III, 28.11.2013, n. 3127.

<sup>23</sup> In dottrina si è già sostenuto come l'ostentazione, con un diretto significato sessuale, del corpo integralmente nudo o di parti intime del corpo può essere ritenuta oscena, risolvendosi in una manifestazione di sessualità. Cfr: LATAGLIATA, *Atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza*, Enc. Dir., IV, Milano, 1959, 57; GULOTTA, *Considerazioni psicogiuridiche su l'osceno e l'indecente*, in *Psicologia giuridica*, Milano, 1979, 160 secondo cui la decenza è sempre riferibile alla sessualità, anche se si può sussumere in stadi differenti.



*Berruti Laura Viola*