

Sussidiario di diritto penale

Parte speciale

a cura di F. Giunta



Sommario

Introduzione

Secondo un approccio didattico, tipico della nostra cultura giuridica e più in generale della tradizione dei sistemi di *civil law*, lo studio universitario del diritto penale inizia con il corso di “parte generale” e prosegue con quello di “parte speciale”.

Il primo ha ad oggetto i principi e le regole che fanno del diritto penale un tipo di disciplina, distinto dagli altri rami dell’ordinamento giuridico. Il suo programma comprende il reato come concetto di genere, le garanzie che lo presidiano e la tipologia delle sue conseguenze sanzionatorie. La “parte speciale”, invece, è il catalogo dei singoli reati previsti dalla legge penale e dei rispettivi tariffari di pena, espressivi dei loro specifici disvalori. In prima approssimazione si può dire che le norme di parte generale si rivolgono al giurista, quelle di parte speciale sono regole di condotta per il cittadino.

SUSSIDIARIO DI DIRITTO PENALE

PARTE SPECIALE

a cura di F. Giunta

SOMMARIO

Introduzione

CAPITOLO I

IDEOLOGIE PUNITIVE

1. Giuridicità e scientificità del diritto penale
2. Retribuire e prevenire
3. Il diritto penale della libertà
4. Legiferare e giudicare
5. "Diritto" e "penale"
6. L'apparente contraddittorietà del "penale liberale"
7. L'eccezionalità del "penale"
8. Il garantismo
9. Liberale, non ottocentesco

CAPITOLO II

CARATTERI E PRINCIPI

1. Rapporti con il processo
2. L'insularità legalistica
3. La "norma generale di libertà"
4. La frammentarietà
5. La descrizione esemplificativa del reato
6. L'imprevedibilità dell'analogia
7. L'offensività
8. La colpevolezza
9. Umanizzazione e finalismo rieducativo

CAPITOLO III

IL LINGUAGGIO DEL DIRITTO PENALE

1. Il reato come divieto di agire
2. Regole di condotta e regole di giudizio
3. *Lex scripta*
4. Meglio della memoria
5. L'autarchia espressiva della legalità

CAPITOLO IV

LE TECNICHE NORMATIVE

1. Il linguaggio legislativo
2. Il rinvio ad altra disposizione
3. Rinvio nominale ed elementi c.d. normativi giuridici della fattispecie
4. Clausole sanzionatorie finali

CAPITOLO V

L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE PENALE

1. Un mondo di parole
2. Lettura, comprensione e interpretazione
3. *In claris non fit interpretatio?*
4. Interpretare l'interpretazione
5. Ricapitolando
6. La scelta interpretativa e i principi: l'offensività
7. La sussidiarietà
8. La colpevolezza
9. L'interpretazione secondo il diritto europeo

CAPITOLO VI

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E DIRITTO PENALE

1. Il diritto eurounitario
2. Competenza e legittimazione
3. La materia penale tra diritto dell'UE e legislatore nazionale. La competenza indiretta
4. La direttiva c.d. PIF

5. L'efficacia delimitatrice e integratrice
6. Diritto dell'UE e giurisdizionale nazionale
7. L'interpretazione conforme
8. Le (pretese) dinamiche (dis)applicative
9. Chiusa
10. La Corte Edu
11. L'EPPO
12. Guardando al futuro, senza dimenticare il presente

CAPITOLO VII

LA "PARTE SPECIALE"

1. "Parte generale" e "parte speciale"
2. "Il reato in generale" e "i reati in particolare"
3. Cosa è nata prima?
4. La funzione prevalentemente di disciplina della parte generale
5. La funzione incriminatrice della parte speciale

CAPITOLO VIII

LA PARTE SPECIALE CODICISTICA

1. L'organizzazione della materia
2. La sistematica della parte speciale. La c.d. progressione discendente
3. La pubblicizzazione degli oggetti della tutela
4. Linee evolutive della parte speciale
5. Gli interventi della Corte costituzionale
6. La riserva di codice

CAPITOLO IX

LA LEGISLAZIONE PENALE EXTRA CODICEM

1. La c.d. decodificazione
2. Il diritto penale societario
3. Il diritto penale dell'intermediazione finanziaria
4. La crisi d'impresa
5. La tutela dell'ambiente: rinvio

6. Gli stupefacenti

CAPITOLO X

IL RITORNO AL CODICE

1. I principali interventi
2. Gli ecodeletti
3. I delitti contro il patrimonio culturale
4. La tutela penale degli animali

CAPITOLO XI

SOTTOSISTEMI TRASVERSALI

1. Il contrasto della criminalità organizzata
2. Il diritto penale dell'economia
3. Il diritto penale della sicurezza del lavoro
4. Il diritto penale della circolazione stradale
5. Il diritto penale della medicina
6. Il diritto penale dell'ambiente

CAPITOLO XII

LE INNOVAZIONI CONCERNENTI LA RISPOSTA SANZIONATORIA

1. Il sistema delle sanzioni: premessa
2. La riforma del 1974 e la commisurazione della pena
3. Il percorso inverso: deroghe al bilanciamento
4. Le pene accessorie
5. Le pene sostitutive
6. Le sanzioni irrogabili dal giudice penale di pace
7. Il decreto legislativo 231/2001
8. La giustizia riparativa: il d.lgs. 150 del 2022

CAPITOLO XIII

DEPENALIZZAZIONE, IMPROCEDIBILITÀ E MESSA ALLA PROVA

1. Le depenalizzazioni

2. La riscoperta penalistica del risarcimento del danno
3. Condotte riparatorie e reati procedibili a querela
4. Il recente potenziamento della procedibilità a querela
5. La messa alla prova minorile
6. La messa alla prova codicistica

CAPITOLO XIV

I DELITTI CONTRO LA PERSONA. UNO SGUARDO D'INSIEME

1. La "persona" dentro e fuori il Titolo XII, Libro II, c.p.
2. Dalla "persona" ai beni della persona
3. I delitti contro la persona come illeciti penali "aquiliani"
4. Il quadro normativo extra-penale
5. L'influenza delle scelte ordinamentali e la loro rilevanza nel processo penale
6. Modelli di trattamento differenziato
7. L'evoluzione della fattispecie di maltrattamenti
8. La tutela dell'identità sociale
9. Il valore della dignità

CAPITOLO XV

LA TUTELA DELLA VITA

1. La struttura causale delle fattispecie di omicidio
2. Il soggetto passivo: il morente e il nato
3. Il requisito della vitalità
4. Le ipotesi speciali di omicidio doloso: infanticidio e omicidio del consenziente
5. Istigazione o aiuto al suicidio
6. L'omicidio preterintenzionale
7. Gli omicidi colposi

CAPITOLO XVI

PERCOSSE E LESIONI PERSONALI

1. Le percosse
2. Le lesioni personali
3. Lesioni lievi e lievissime

4. Lesioni gravi e gravissime
5. Le mutilazioni genitali femminili
6. Le lesioni personali colpose
7. La problematica operatività del consenso scriminante
8. Deroche al bilanciamento delle circostanze
9. Competenza per materia e deroghe alla procedibilità *ex officio*
10. Il delitto di rissa

CAPITOLO XVII

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO

1. Le caratteristiche necessarie dell'atto medico
2. Il consenso informato e la legge n. 219 del 2017
3. L'atto medico arbitrario coronato da successo
4. L'atto medico arbitrario con esito infausto
5. L'atto medico indifferibile
6. La colpa medica
7. La colpa grave

CAPITOLO XVIII

LA BIOGIURIDICA DI FINE-VITA

1. Situazioni problematiche
2. La disattivazione del sostegno artificiale in vita
3. Lo stato vegetativo permanente
4. Il suicidio medicalmente assistito

CAPITOLO XIX

DOPING

CAPITOLO XX

DELITTI CONTRO LA MATERNITÀ

1. Gli artt. 593-*bis* e 593-*ter* c.p.
2. Interruzione di gravidanza non consensuale
3. Interruzione colposa di gravidanza

CAPITOLO XXI

VIOLAZIONE DEI DOVERI DI SOLIDARIETÀ

1. L'oggetto della tutela penale
2. Abbandono di persone minori o incapaci
3. L'omissione di soccorso
4. Omissione di soccorso stradale

CAPITOLO XXII

LA DIFFAMAZIONE

1. Premessa
2. La divulgazione
3. Le aggravanti
4. La prova liberatoria
5. La diffamazione a mezzo stampa
6. Il dolo
7. Le cause di giustificazione
8. La procedibilità
9. Prospettive di riforma

CAPITOLO XXIII

I DELITTI CONTRO LA LIBERTÀ PERSONALE

1. La tutela della libertà personale nella topografia codicistica
2. Il bene giuridico protetto
3. Le diverse fattispecie poste a tutela della libertà personale
4. Il sequestro di persona "comune"
5. Limitazioni della libertà personale e consenso dell'avente diritto
6. Il sequestro di persona a danno di minori

CAPITOLO XXIV

I DELITTI CONTRO LA LIBERTÀ MORALE

1. Il bene giuridico protetto
2. La violenza privata
3. La violenza o minaccia per costringere taluno a commettere un reato

4. La minaccia
5. Gli atti persecutori
6. La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti
7. La tortura

CAPITOLO XXV

I DELITTI SESSUALI

1. Collocazione codicistica e bene giuridico protetto
2. La "nuova" fattispecie di violenza sessuale
3. La nozione di "atto sessuale"
4. La violenza sessuale mediante costrizione
5. La violenza sessuale mediante induzione
6. La violenza sessuale di gruppo
7. Lo sfruttamento sessuale dei minori
8. Atti sessuali con minorenni
9. Corruzione di minorenni
10. Adescamento di minorenni
11. Errore sull'età della persona offesa
12. Prostituzione minorile
13. Pornografia minorile

CAPITOLO XXVI

I DELITTI CONTRO LA MORALITÀ PUBBLICA E IL BUON COSTUME

1. Ricognizione della materia, tra passato e presente
2. «Oscenità» e «indecenza»
3. Il delitto di atti osceni in luoghi abitualmente frequentati da minori
4. Buon costume e libertà costituzionali: l'opera artistica o scientifica e le pubblicazioni a mezzo stampa
5. Cenni al regime sanzionatorio delle "altre oscenità"

CAPITOLO XXVII

I DELITTI DEI PRIVATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Rilievi introduttivi
2. Partizione interna della categoria

3. Fattispecie di opposizione violenta all'attività della P.A.: i delitti degli artt. 336, 337 e 337-*bis* c.p. in particolare
4. Le fattispecie di oltraggio: il delitto dell'art. 341-*bis* in particolare
5. (*Segue*). Le clausole generali degli artt. 393-*bis* e 131-*bis*, comma 3, c.p.
6. L'interruzione o la turbativa di servizi pubblici: il delitto dell'art. 340 c.p.
7. Lo sfruttamento di rapporti privilegiati reali o millantati con la P.A.: il delitto dell'art. 346-*bis* c.p.
8. L'abusivo esercizio di funzioni pubbliche o di attività soggette a controllo amministrativo: i delitti degli artt. 347 e 348 c.p.
9. La violazione di vincoli pubblicistici di intangibilità posti su specifiche cose: i delitti degli artt. 349 e 351 c.p.
10. Fattispecie di perturbazione del regolare svolgimento dell'attività negoziale della P.A.

non utilizzazione dei minori in carne e ossa, sicché non si può dire che, in siffatta ipotesi, venga integrata un'offesa diretta nei confronti della loro intangibilità/libertà sessuale[@]. Il predetto problema appare tanto più evidente allorché si consideri che la giurisprudenza in sede applicativa porta a conseguenze ancora più estreme l'applicazione sfavorevole della fattispecie incriminatrice *de qua*. In tale prospettiva si pensi alla pronuncia della Cassazione che ha ritenuto di annullare una pronuncia di assoluzione, per avallare, invece, la condanna di un soggetto trovato in possesso di cartoni animati *hard*, raffiguranti *avatar* dai tratti infantili, coinvolti in attività sessuali[@].

Bibliografia essenziale

Capitolo XXVI

I delitti contro la moralità pubblica e il buon costume

di Gianfranco Martiello

1. Ricognizione della materia, tra passato e presente

1.1. Il Titolo IX, Libro II, del codice penale, rubricato «Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», consisteva originariamente in tre capi. Il primo, dedicato ai delitti contro la «libertà sessuale» (artt. 519-526); il secondo, intitolato alle «offese al pudore e all'onore sessuale» (artt. 527-538), conteneva in realtà una nutrita serie di fattispecie criminose intese a reprimere sia - e propriamente - il compimento in pubblico di atti od attività ritenuti «osceni» (artt. 527, 528, 529), sia le offese non violente alla intangibilità sessuale dei minori, ossia la «corruzione» di questi ultimi (art. 530), sia quei comportamenti

tesi a *latu senso* costringere taluno a prostituirsi o comunque ad incoraggiare la prostituzione ovvero a trarvi profitto al di fuori del sistema di regolamentazione di quel fenomeno allora vigente, incentrato, come noto, sulle cc.dd. «case di tolleranza» autorizzate dall'Autorità pubblica; il terzo, infine, comprensivo di disposizioni comuni ai capi precedenti (artt. 539-544).

Già un fugace sguardo agli attuali artt. da 519 a 544 c.p. dimostra, però, come ben poco sia oggi rimasto di tale complesso normativo, e ciò per ragioni tutto sommato non difficili da comprendere, almeno laddove si consideri l'intuitiva mutevolezza storica dei riferimenti socio-concettuali quali sono, ad esempio, quelli alla «moralità pubblica», al «buon costume», alla «libertà sessuale», all'«onore sessuale», ecc. A tale riguardo, occorre precipuamente considerare, in primo luogo, come il carattere del tutto transeunte del concetto di «osceno», che nella prospettiva codicistica rappresenta il contegno umano che nega l'interesse formalmente tutelato dalle fattispecie qui in rilievo, fosse stato preventivato dagli stessi codificatori, se è vero - come si dirà - che la definizione datane dall'art. 529 c.p. risulta *ictu oculi* "aperta" alla mutevole sensibilità sociale, della quale il giudice è chiamato a farsi interprete; in secondo luogo, come l'evolversi dei costumi sociali fisiologicamente condizioni pure il novero degli interessi ritenuti pertinenti all'ambito della «moralità pubblica e del buon costume», tanto più ove si consideri che la suddetta sistematica codicistica, oltre ad essere culturalmente figlia del proprio tempo, come appare fisiologico, si caratterizzò viepiù per una artificiosa quanto ideologica "pubblicizzazione" di taluni oggetti di tutela, che già allora venivano altrove ritenuti propri della persona piuttosto che dello Stato-comunità; in terzo ed ultimo luogo, come il trascorrere del tempo sia fatalmente destinato a modificare l'apprezzamento sociale del "valore" che i cittadini sono disposti a riconoscere al bene giuridico protetto dagli artt. 519 ss. c.p., a sua volta decisivo nell'orientare l'esito del giudizio di «meritevolezza» della tutela penale eventualmente da riconoscere a tale interesse.

1.2. Proprio l'appena segnalata relatività storica sia dei confini

che della rilevanza sociale del bene giuridico «moralità pubblica e buon costume» spiega il progressivo processo di depauperamento e di trasformazione che le figure criminose conchiuse nel richiamato Titolo IX hanno nel tempo subito. Sotto il primo versante, viene cronologicamente in rilievo anzitutto la l. 20 febbraio 1958, n. 75, nota come «legge Merlin», che ha provveduto a sostituire le originarie fattispecie degli artt. da 531 a 536 c.p. con una serie di nuove incriminazioni che meglio si adattavano all'inedita regolamentazione del meretricio che tale legge aveva introdotto. Ma non v'è dubbio che l'intervento più incisivo sul contenuto del suddetto Titolo IX sia stato quello operato dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66, che ne ha abrogato l'intero capo primo e varie disposizioni del capo terzo. A tale riguardo, basterà qui segnalare come, giudicata non più attuale la concezione che vedeva nella libertà sessuale un mero profilo della «moralità pubblica» piuttosto che un attributo della persona, preso atto del carattere antistorico di alcune incriminazioni, quali ad esempio le varie ipotesi di «ratto», e verificata, infine, l'assenza nell'originario *corpus* normativo di previsioni criminose aderenti alla nuova realtà empirico-criminosa venutasi a creare nel tempo, il legislatore procedette ad una profonda rilettura dei così detti «reati sessuali», i quali, per quanto importa qui evidenziare, furono espunti dal predetto Titolo IX e riallocati entro i «Delitti contro la libertà personale» di cui al Titolo XI, capo II, sezione II.

1.3. Sotto il secondo versante, è da segnalare come, anzitutto, già l'art. 30 del d.lgs. n. 507 del 1999 avesse degradato il delitto di atti osceni «colposi», originariamente punito con la sola multa, ad un illecito amministrativo pecuniario, avendo con ciò inteso ritrarre il raggio operativo della sanzione penale al di qua dei fatti evidentemente ritenuti bagatellari. È tuttavia con l'art. 2, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 8 del 2016, che il legislatore sembra avere mutato più in profondità il succitato giudizio di «meritevolezza» di pena rispetto a quei fatti che gli originari artt. 527, comma 1, e 528 c.p. incriminavano a titolo di «Atti osceni» e di «Pubblicazioni e spettacoli osceni». Sebbene sia indubbio che la vasta opera di

depenalizzazione intrapresa dal decreto in questione – non a caso ad essa esplicitamente intitolato – risultasse funzionale anzitutto al perseguimento di obiettivi eminentemente pratici di deflazione processuale, dai lavori preparatori sia della legge-delega n. 67 del 2014 che del conseguente d.lgs. n. 8 del 2016 emerge come tra i criteri utilizzati dal legislatore per decidere sulla trasformazione di specifiche figure di reato in illeciti punitivo-amministrativi vi fosse anche quello della «aderenza» della reazione sanzionatoria in origine prevista rispetto «all'attuale disvalore sociale dell'illecito». Orbene, l'adozione di un tale parametro ha di fatto portato, in primo luogo, alla degradazione dei delitti di «Atti osceni» dell'art. 527, commi 1 e 3, c.p. e di «Pubblicazioni e spettacoli osceni» di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 528 c.p. in altrettanti illeciti amministrativi sanzionati in via meramente pecuniaria; in secondo luogo, ad un inedito «riorientamento offensivo» della tradizionale figura delittuosa degli atti osceni, che l'art. 527, comma 2, c.p. reprime ora con la pena esclusivamente se compiuti «all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano»; in terzo ed ultimo luogo, al mantenimento della risposta penale per le specifiche condotte correlate alle pubblicazioni ed agli spettacoli osceni previste dai commi 3 e 4 dell'art. 528 c.p.

1.4. Attualmente, quindi, il contenuto del più volte richiamato Titolo IX appare circoscritto alle sole «offese al pudore e all'onore sessuale» contemplate dal suo capo II, nel cui perimetro trovano oggi collocazione le fattispecie penali e punitivo-amministrative degli artt. 527 e 528 c.p. e la definizione resa dall'art. 529 c.p. Per vero, rimarrebbero inoltre da considerare la misura di sicurezza dell'art. 538 c.p., che tuttavia si riferisce ai reati in materia di prostituzione, da tempo trasferiti, come già detto, nella «legge Merlin», nonché l'art. 540 c.p., che «agli effetti della legge penale», ma salvo i limiti di prova stabiliti dalla legge civile, espressamente parifica i figli nati al di fuori del matrimonio a quelli nati all'interno dello stesso: disposizione, questa, che, pensata in origine per derimere eventuali questioni interpretative

tipiche dell'ambito applicativo dei reati sessuali o del diritto penale della famiglia, sembra ora aver perso la propria specifica conferenza al Titolo in esame.

2. «Oscenità» e «indecenza»

2.1. Non v'è dubbio che i sostantivi «moralità» e «buon costume» evocino semanticamente, specie se coniugati con l'aggettivo «pubblico», concetti assai elastici, capaci di attrarre al proprio interno l'intera coscienza etica di un popolo, della quale fanno parte, solo per fare un esempio, anche il divieto di uccidere e quello di rubare. Nondimeno, il contenuto delle incriminazioni recate dal Titolo IX qui in rilievo sembra circoscrivere l'oggettività tutelata dalle fattispecie che lo compongono alla sola "moralità sessuale", da intendersi precipuamente come l'insieme delle manifestazioni dell'impulso libidinoso proprie di ogni essere umano. In tale prospettiva, le espressioni «moralità pubblica» e «buon costume» altro non costituirebbero se non una endiadi che vuole appunto alludere al complesso delle possibili estrinsecazioni dell'istinto sessuale che non avvengano privatamente. A tale concetto, infatti, sembra nella sostanza riferirsi l'art. 529, comma 1, c.p., il quale, nel fornire la nozione di «osceno» agli effetti penali, ossia la caratterizzazione della condotta di principio antitetica al contenuto del bene giuridico tutelato, parla di «atti [ed] oggetti «che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore»: sostantivo, quest'ultimo, che allude genericamente al sentimento di riserbo che dovrebbe circondare le manifestazioni della sessualità, naturalmente variabile in base al contesto storico-sociale di riferimento.

Da qui, tuttavia, i problemi interpretativi, poiché quella che l'art. 529, comma 1, c.p. presenta pretenziosamente come una «nozione», ossia un enunciato linguistico che dovrebbe definire in modo puntuale un certo concetto agli effetti penali, si rivela

invece, a ben vedere, una formula assai aperta, non avendo il legislatore ulteriormente specificato ciò che è (*id est*: i criteri in base ai quali accertare) il «comune sentimento» del pudore. Né di grande aiuto parrebbe rivelarsi la Relazione del Guardasigilli, che parla di «pudore “medio”, costituito dall’insieme delle norme consuetudinarie di civile convivenza, in rapporto alla sessualità», per di più da valutare con «criterio di relatività, dovendo mettersi in rapporto con la morale di un determinato popolo in un determinato momento storico»[@]. Ma d'altronde non poteva che essere così, poiché, come si è anticipato, ciò che costituisce “valore morale” in seno ad una comunità sociale non può che rifuggire, al di là forse di un nucleo contenutistico minimo, da precise definizioni e risentire viepiù dei mutamenti di costume e di mentalità imposti dal tempo. A tale approdo, del resto, è giunta anche la Corte costituzionale, che ha respinto le censure di indeterminatezza più volte mosse nel tempo agli artt. 527 ss. c.p., nella consapevolezza che riferimenti come quelli al «comune sentimento del pudore» o alla «morale» (sessuale) risultano «non suscettibili di una categorica definizione», poiché essi «vari[ano] notevolmente secondo le condizioni storiche d’ambiente e di cultura», pur tuttavia precisando – forse con un poco di ottimismo – che «non vi è momento in cui il cittadino, e tanto più il giudice, non siano in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune senso del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano»[@].

2.2. Come è perciò naturale, grava più che mai sul giudice il compito di farsi interprete del pubblico pudore e definire, di conseguenza, ciò che in un determinato momento storico debba qualificarsi come «osceno». Al fine, tuttavia, di evitare che un giudizio già di per sé così elastico trascenda in un incontrollabile arbitrio giudiziario, dottrina e giurisprudenza hanno nel tempo individuato anzitutto dei minimi criteri-guida ai quali, di massima, il magistrato dovrebbe ispirarsi nel valutare la natura oscena di una determinata condotta[@]. In questa prospettiva, si è affermato, ad esempio, che: a) la natura “pubblica” dell’oggettività tutelata impone al giudice di prescindere dalla sensibilità di coloro che, in

ipotesi, avessero assistito al fatto o sporto denuncia all'Autorità; b) il parametro di misurazione dell'osceno non deve essere di tipo statistico, non potendosi accertare scientificamente ciò che la maggioranza pensa, bensì qualitativo, dovendo il giudice interpretare il sentimento dell'uomo "normale", ossia dell'individuo maturo, non affetto né da fobie né da manie sessuali, che viva nell'attuale momento storico, e quindi che abbia presenti i costumi generalmente accettati, inclusi quelli veicolati dai *mass media*; c) respinte pregiudizialmente le antistoriche concezioni cc.dd. «deontologiche» del pudore, che pretenderebbero di reprimere sempre e comunque le offese ad esso *ex se* considerate, il limite dell'osceno punibile è oggi costituito dal consenso del suo fruitore, così che non sussisterà pregiudizio al sentimento del pudore – sebbene esso continui a qualificarsi come "pubblico" – laddove l'atto a contenuto sessuale sia rivolto ad una determinata categoria di soggetti liberamente determinatasi ad assistervi.

2.3. Ciò premesso, giova segnalare come la giurisprudenza tenda poi, nel concreto, a ricavare il concetto di osceno "per specificazione" rispetto a quello – giudicato limitrofo – di «pubblica decenza», al quale si riferiscono gli artt. 725 («Commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza») e 726 c.p. («Atti contrari alla pubblica decenza. Turpiloquio»): previsioni normative, queste, che in origine recavano altrettanti reati contravvenzionali, ma che ad oggi, in seguito agli interventi di depenalizzazione operati prima dal d.lgs. n. 507 del 1999 e poi dal d.lgs. n. 8 del 2016, contengono meri illeciti amministrativi, sulla cui adeguatezza sanzionatoria, peraltro, la Corte costituzionale ha recentemente dubitato[@]. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, difatti, la «pubblica decenza» designerebbe quel più generale senso di convenienza e di decoro – anche dei costumi sessuali – che, secondo il grado di civiltà di un popolo ed il momento storico, dovrebbe informare il comportamento degli individui al di fuori degli spazi strettamente privati, là dove il concetto di «osceno» avrebbe a che fare con le sole

manifestazioni della sessualità umana che suscitino nell'uomo medio una reazione di disgusto. In altre parole, la differenza tra «osceno» ed «indecente» dovrebbe (problematicamente) cogliersi sotto il profilo "quantitativo", nel senso che «indecente» deve ritenersi l'atto che, pur potendo investire la sfera sessuale, appare come manifestazione indiretta o secondaria di lascivia che suscita in chi guarda disagio, fastidio o disapprovazione, non raggiungendo così il grado dell'oscenità, che invece farebbe nascere negli astanti sentimenti di repulsione, disgusto o desiderio sessuale@. Ed è così che la giurisprudenza, per vero non sempre in modo univoco, ha ricondotto ai rigori dell'art. 726 c.p., ad esempio, la condotta di chi si sdrai nudo su di un tavolo a prendere il sole in una area dedicata al pic-nic@ o in una spiaggia non appartata, ed alla presenza di numerose persone@; quella di chi orini in una pubblica via in modo ben visibile ad altri@; quella di chi si palpeggi i genitali davanti a più persone@; quella infine di chi, in una pubblica via, vesta in modo così succinto da fare scorgere parti dei propri glutei e seni@. Al contrario, e continuando a volgere lo sguardo alla casistica, confluirebbero nell'alveo dell'osceno - salva ora la specificità di contesto della quale si dirà - i comportamenti di chi mostri a dei minori una rivista pornografica invitandoli alla visione@, di colui che compia in pubblico atti di autoerotismo@, di coloro che intrattengano un rapporto sessuale all'interno di un'auto parcheggiata in una pubblica piazza, senza porre in essere alcuna cautela per non essere visti@.

3. Il delitto di atti osceni in luoghi abitualmente frequentati da minori

3.1. Degradata da un canto, come già anticipato, la fattispecie delittuosa di «atti osceni» prevista dall'originario art. 527, comma 1, c.p. ad illecito amministrativo pecuniario, il d.lgs. n. 8 del 2016 ha dall'altro aumentato le pene del delitto previsto dal secondo

comma della medesima disposizione codicistica, introdotto dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, il quale, parafrasandone il fatto tipico, potrebbe essere denominato come «Atti osceni [...] in luoghi abitualmente frequentati da minori o nelle loro vicinanze». In particolare, l'appena citato art. 527, comma 2, c.p. punisce oggi con la reclusione da quattro mesi a quattro anni e sei mesi chiunque commetta il fatto previsto dal primo comma - e cioè ponga in essere «atti osceni» - «all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori, se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano». Evidentemente, il legislatore ha ritenuto che il mantenimento di una sanzione penale detentiva a carico di chi compia atti osceni possa odiernamente giustificarsi solo a patto di orientare diversamente lo spettro di tutela della figura criminosa che la contempla, la quale parrebbe intesa a salvaguardare - in via anticipata, come si dirà - un bene giuridico diverso dal generico pubblico pudore. In particolare, l'impressione è che l'incriminazione qui in discorso sia volta a proteggere l'interesse a quel "regolare ed armonioso" sviluppo psico-sessuale del minore che - così parrebbe essere stato presunto - verrebbe invece compromesso dalla precoce visione di atti od oggetti aventi natura oscena[@]. Del resto, il legislatore ha già dato prova di ritenere meritevole di tutela penale il riserbo della sfera sessuale dei minori, allestendo, ad esempio, le fattispecie degli artt. 609-*quinqies* (ed in passato dell'art. 530) e 609-*undecies* c.p., che adesso parrebbero idealmente saldarsi, in una più estesa prospettiva di tutela del minore, con quella, appunto, dell'art. 527, comma 2, c.p.

Premesso che il riferimento all'«atto» non sembra vantare apprezzabili capacità selettive una volta collegato al concetto di osceno, alludendo genericamente ad ogni contegno fisico dell'uomo, ciò che oggi segna il confine tra reato ed illecito amministrativo, conferendo disvalore penale al fatto, è la specificità del luogo fisico nel quale la condotta spazialmente si colloca. Come si è anticipato, infatti, l'art. 527, comma 2, c.p. punisce la commissione dell'atto osceno che si svolga anzitutto - giusto il rinvio al «fatto», che non può che essere quello del primo

comma – in un luogo considerabile come «pubblico», «aperto al pubblico» o «esposto al pubblico», ma che sia ulteriormente qualificabile come «abituamente frequentat[o] da minori» o come sue «immediate vicinanze». Come appare evidente, non certo agevole si presenta per l'interprete tanto il definire quando un certo luogo possa dirsi, per l'appunto, «abituamente frequentato da minori», quanto la inequivoca perimetrazione dell'ulteriore ed indefinito riferimento legislativo alle sue «immediate vicinanze».

3.2. Relativamente al primo dei profili problematici appena segnalati, la giurisprudenza sembra convergere quanto meno su alcune assunzioni di principio, anche se poi – giova sin d'ora anticiparlo – non sempre parrebbe trarre da esse conseguenze applicative del tutto univoche. La Suprema Corte ha comunque più volte ribadito che per «luogo abitualmente frequentato da minori [...] non si intende un sito semplicemente aperto o esposto al pubblico dove si possa trovare un minore», bensì luoghi nei quali, «sulla base di una attendibile valutazione statistica, la presenza di più soggetti minori di età ha carattere elettivo e sistematico»[@], tali essendo – come forse più chiaramente è stato specificato – sia quelli «riconoscibili come tali per vocazione strutturale (come le scuole, i luoghi di formazione fisica e culturale, i recinti creativi all'interno dei parchi, gli impianti sportivi, le ludoteche e simili)», sia quelli «per elezione specifica, di volta in volta scelti dai minori come punto abituale di incontro o di socializzazione, ove si trattengono per un termine non breve (come un muretto sulla pubblica via, i piazzali adibiti a luogo ludico, il cortile condominiale, ecc.)»[@]. Ne risulta che il reato previsto dall'odierno art. 527, comma 2, c.p. non potrà ricorrere laddove all'atto osceno abbia accidentalmente assistito un minore, dovendosi invece il fatto svolgersi in un luogo ove «è prevedibile (e non solo possibile), con giudizio prognostico *ex ante*, che siano presenti persone minori in quanto “abituato” a frequentarlo perché assiduamente ed appositamente in quel posto si recano o si incontrano»[@]: da qui, ad esempio, l'assoluzione tanto di un soggetto che aveva compiuto atti di autoerotismo all'interno della propria macchina, sia di un individuo intento a

consumare in auto un rapporto sessuale con una prostituta, e ciò sul rilievo che in entrambi i casi i veicoli risultavano parcheggiati in pubbliche vie rispetto alle quali non era stata fornita specifica prova che esse fossero – appunto – «abituamente frequentate da minori»[@](#).

Come detto, sulla scorta delle indicazioni di principio appena riassunte la prassi ha proceduto ad identificare alcune precipue tipologie di luoghi da ritenersi, di norma, «abituamente frequentati da minori». Così, ad esempio, tale qualifica è stata riconosciuta alle piscine aperte al pubblico, sul rilievo che esse «registrano certamente, sulla base dei dati dell'esperienza comune, una forte presenza di minori essendo i soggetti che per motivi prettamente ludici, legati alla stessa età infantile, sono fortemente attirati dalla possibilità di immergersi in acqua»[@](#); ai parchi pubblici, purché dotati di altalena od altri giochi infantili, i quali renderebbero la presenza di minori fondata «sulla base di una attendibile valutazione statistica»[@](#); ai reparti di un ipermercato «in cui [risultano] esposti articoli per fanciulli»[@](#); agli «autobus di linea di una grande città abituamente utilizzati [...] da minori per gli spostamenti cittadini»[@](#). Controversa, invece, risulta la rilevanza *ex art. 527, comma 2, c.p.* delle vetture ferroviarie, che sezioni diverse della Suprema Corte, pur muovendo dai medesimi assunti di principio poc'anzi richiamati, hanno prima negato[@](#), per mutare tuttavia opinione più di recente[@](#).

3.3. Quanto alla definizione delle «immediate vicinanze» rispetto ai luoghi suddetti, la giurisprudenza ha avuto sin qui modo di chiarire, ma solo “in negativo”, come tale riferimento normativo escluda la tipicità del fatto che si sia svolto «a distanza di 500 metri» dagli stessi[@](#). Al di là della possibilità di fissare convenzionalmente, ed una volta per tutte, un suo preciso valore metrico-decimale, è forse auspicabile che la perimetrazione di tale prossimità rispetto ai luoghi abituamente frequentati dai minori avvenga con il buon senso, tenendo presente sia le normali capacità cognitive dell'essere umano che la tipologia di atti osceni

posta in essere dal reo, anche in considerazione della circostanza che la previsione delittuosa dell'odierno art. 527, comma 2, c.p. scolpisce una fattispecie di pericolo c.d. «concreto» (e non astratto, come nell'ipotesi del primo comma), avendo il legislatore espressamente richiesto che dal fatto «deriv[i] il pericolo» che i minori vi assistano.

A tale ultimo riguardo, peraltro, la prassi applicativa ha chiarito che, come è insito nella sua natura di fattispecie a consumazione anticipata, il delitto in questione non richiede che i minori abbiano avuto effettiva percezione degli atti osceni[@], ma anche – e la specificazione non è da poco – che esso prescinderebbe dalla presenza di questi ultimi sul *locus commissi delicti*[@], avendo ritenuto sufficiente che, sulla base di un giudizio *ex ante*, il giudice abbia ritenuto esistente una «significativa probabilità» che un minore avrebbe potuto trovarsi sul posto[@]. L'impressione però è che, così interpretato, il requisito del «pericolo», che letteralmente si aggiungerebbe alla particolare connotazione del luogo ove l'atto osceno è compiuto, tenda a coincidere con la “pericolosità” dello stesso *locus commissi delicti*, di cui già si è detto, perdendo così nei fatti la propria specifica capacità selettiva.

4. Buon costume e libertà costituzionali: l'opera artistica o scientifica e le pubblicazioni a mezzo stampa

4.1. La tutela del buon costume presenta significative interferenze con alcuni diritti e libertà che la Carta costituzionale sancisce. Ed invero, occorre anzitutto evidenziare come, dopo avere solennemente affermato l'esistenza «diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero», l'art. 21 Cost. abbia tuttavia cura di vietare, all'ultimo comma, «le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume». Altre volte la correlazione tra tutela del buon costume

e libertà costituzionali è del tutto indiretta, ma non per questo meno evidente, laddove si consideri che il riconoscimento delle seconde si riverbera logicamente sull'ampiezza della prima, ora riducendone l'ampiezza, ora aumentandola. Nel primo senso sembra operare, ad esempio, l'art. 33, comma 1, Cost., che, definendo «libere» l'arte, la scienza ed il loro insegnamento, richiama evidentemente l'esigenza di bilanciare tali libertà con la repressione penale dell'osceno. Nel secondo senso assume invece rilievo l'art. 31, comma 2, Cost., il quale, nell'imporre allo Stato di «proteggere l'infanzia e la gioventù», rende quanto meno opportuno, a tacere d'altro, un controllo sul contenuto di ciò che i mezzi di comunicazione offrono alla platea dei fruitori minorenni.

Per vero, già il legislatore del 1930 si era mostrato sensibile alla necessità di contemperare la repressione dell'osceno e la tutela dei minori con il nobile interesse dell'uomo verso le arti e le scienze. Con una innegabile lungimiranza, infatti, l'art. 529, comma 2, c.p. dispone che «Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto», considerato che ancora oggi, pur dopo la vasta opera depenalizzazione in materia operata dal più volte richiamato d.lgs. n. 8 del 2016, l'art. 528, commi 3, n. 2, e 4, c.p. continua a considerare reato la condotta di chi «dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità». Orbene, se la *ratio* della specificazione contenuta nel predetto art. 529, comma 2, c.p. risulta senz'altro chiara e condivisibile, tanto più alla luce del quadro costituzionale poc'anzi richiamato, assai più problematica ne risulta l'applicazione pratica, considerata la difficoltà di definire ciò che è opera d'arte o di scienza. La questione si è posta, in particolar modo, per le produzioni cinematografiche, come dimostra il celebre caso della pellicola "Ultimo tango a Parigi" diretta da Bernardo Bertolucci, che per più di un decennio, tra gli anni 70' e 80' del secolo scorso, ha affaticato la giurisprudenza italiana. In quello come in altri contesti, per vero, la soluzione è stata quella – e così non poteva

che essere – di riconoscere al giudice un ampio potere di apprezzamento di quel “carattere artistico” che prevale sulla possibile obiettiva oscenità della pellicola. Le pronunce in materia, infatti, insistono sulla necessità per il magistrato di procedere ad una «valutazione globale ed adeguata dell’opera dal punto di vista estetico e catartico», tesa ad accertare, mediante «canoni estetici e non secondo le cognizioni dell’uomo medio», che, ad esempio, il film manifesti «un qualche contenuto di intuizione universale» ovvero costituisca «strumento di elevazione spirituale o di godimento estetico», e che, in ogni caso, «sussista un equilibrio tra il contenuto e la forma, tra il messaggio che l’autore propone ed i mezzi di cui egli si è avvalso»[@]. Com’è evidente, si tratta di valutazioni che fisiologicamente risentono delle diverse sensibilità personali dell’interprete, le quali, tuttavia, non potranno che essere ragionevolmente orientate da un ausilio peritale.

4.2. In ogni caso, l’assenza di riscontri giurisprudenziali recenti testimonia come la rilevanza pratica della questione si sia fortemente affievolita con il trascorrere del tempo, forse anche per l’accresciuta insofferenza dell’uomo moderno verso le forme di controllo della libertà di manifestazione del pensiero, spesso viste, a torto od a ragione, come intollerabili strumenti di censura. D’altronde, non va dimenticato che tra i compiti che le arti storicamente svolgono vi è anche quello, per l’appunto, di abbattere – si spera in senso autenticamente progressista – i vari feticci morali o moraleggianti che ogni società si crea, consentendole di avanzare nei propri costumi.

Più agevole parrebbe invece l’individuazione di ciò che dovrebbe intendersi per «opera di scienza», sia perché le modalità del procedere proprie della scienza, ovverosia il c.d. «metodo scientifico», appaiono maggiormente canonizzate rispetto a quelle dell’arte, sia perché le branche della scienza che possono lambire in modo non pretestuoso la sfera del pudore sessuale risultano più circoscritte. A tale riguardo, vi è una sostanziale concordia di opinioni nel definire l’opera di carattere scientifico come quella che risulti compiere una analisi critica, documentativa o di

ricerca rivolta alla dimostrazione di una tesi conclusiva e che si caratterizzi, segnatamente, per rigore obiettivo, terminologico ed espositivo e per la serietà dell'indagine condotta, nel cui contesto, comunque, le parti oscene dovrebbero risultare limitate e strettamente pertinenti@.

4.3. Per afferenza con la trattazione qui intrapresa, un pur rapido cenno merita la legislazione nata attorno alle altre pubblicazioni a mezzo stampa, le quali, al momento in cui tale normativa vedeva la luce, costituivano senza ombra di dubbio il più diffuso veicolo di propagazione del pensiero. Al riguardo, e senza pretesa alcuna di completezza, sia qui sufficiente segnalare l'art. 1 l. n. 1591 del 1960, che espressamente sanziona ai sensi degli artt. 528 e 725 c.p. la fabbricazione, l'affissione o l'esposizione in luogo pubblico o esposto al pubblico di disegni, immagini, fotografie od oggetti figurati comunque destinati alla pubblicità che «offendono il pudore o la pubblicità decenza», considerati, però, «secondo la particolare sensibilità dei minori degli anni diciotto e le esigenze della loro tutela morale». Non minore rilievo rivestono pure gli artt. 14 e 15 l. n. 47 del 1948, che prevedono esplicitamente l'applicazione dell'art. 528 c.p. sia nel caso in cui la condotta abbia ad oggetto «pubblicazioni destinate ai fanciulli ed agli adolescenti» che dovessero risultare, secondo la «sensibilità ed impressionabilità» di tali soggetti, «idonee ad offendere il loro sentimento morale od a costituire per essi incitamento alla corruzione, al delitto o al suicidio», sia nel caso in cui essa cada su «stampati» che, nel descrivere o illustrare «con particolari impressionanti o raccapriccianti avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari», risultino idonei a «turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare» ovvero a provocare «il diffondersi di suicidi o delitti». A parziale argine delle disposizioni da ultimo richiamate sembra posto l'articolo unico della l. n. 355 del 1975, che esonera dall'applicazione delle stesse «i titolari e gli addetti a rivendita di giornali e di riviste per il solo fatto di detenere, rivendere, o esporre, nell'esercizio normale della loro attività, pubblicazioni ricevute dagli editori e distributori autorizzati ai sensi delle

vigenti disposizioni», purché, però, «non [...] siano esposte, in modo da renderle immediatamente visibili al pubblico, parti palesemente oscene delle pubblicazioni o quando dette pubblicazioni siano vendute ai minori di anni sedici», applicandosi altrimenti in tale ultimo caso la reclusione sino ad un anno.

Come può agevolmente constatarsi, si tratta di una normativa che, nella chiarezza della propria *ratio* ispiratrice, sembra espressione, in più parti, di un certo qual moralismo. Del resto, molto si discute sulla portata del limite del «buon costume» previsto dall'art. 21, comma 6, Cost., sul quale la normativa sopra richiamata pare in larga misura fondarsi[@], non essendo chiaro se esso debba intendersi in senso stretto, e quindi in modo analogo a quanto già precisato agli effetti del Titolo IX, Libro II del codice penale, ovvero in senso ampio, ossia quale rinvio ai principî etici comunemente accolti. In ogni caso, ed a prescindere dai profili di costituzionalità di siffatta disciplina, evidente appare l'eterogeneità degli interessi da essa tutelati, che spaziano dalla moralità in senso lato fino all'ordine pubblico, e quindi l'imbarazzo che l'interprete incontra nel riconnettere gli stessi all'oggettività protetta dagli artt. 528 e 725 c.p., che nondimeno risultano espressamente richiamati.

4.4. Una cursoria segnalazione merita, infine, l'art. 30, commi 1 e 2, della l. n. 223 del 1990 sul sistema radiotelevisivo pubblico e privato, nota ai più come «legge Mammì», il quale dichiara espressamente applicabili gli artt. 528 c.p., 14 e 15 l. n. 47 del 1948 al concessionario privato o pubblico, ovvero alla persona da loro delegata al controllo, nel caso in cui vengano trasmessi programmi radiofonici o televisivi che «abbiano carattere di oscenità». Varie altre disposizioni, poi, vietano, sotto la comminatoria di sanzioni extrapenali, le trasmissioni televisive che possono comunque risultare «nocive» per i minori (V., ad esempio, l'art. 37 del d.lgs. n. 208 del 2021).

5. Cenni al regime sanzionatorio delle “altre oscenità”

I codificatori del 1930 non si erano limitati a sanzionare penalmente la commissione di atti contrari al comune sentimento del pudore che gli individui avessero posto in essere al di fuori della sfera privata, ovvero la rappresentazione pubblica di spettacoli osceni, come già visto. Essi, difatti, avevano esteso la sfera di intervento della pena anche ad una ulteriore ed estesa teoria di condotte – il fabbricare, l'introdurre nel territorio dello Stato, l'acquistare, il detenere, l'esportare, il pubblicizzare, ecc. – che avesse avuto quale fine specifico quello di fare commercio, distribuzione o pubblica esposizione di «scritti», «disegni», «immagini» o «altri oggetti» ritenuti osceni. Invero, l'art. 528 c.p. rappresenta plasticamente quella che *prima facie* può ben apparire come una vera e propria ossessione – “bacchettona”, oggi forse la si qualificherebbe – del legislatore del tempo verso la possibile circolazione sociale dell'oscenità in tutte le sue possibili forme, che la disposizione, in effetti, cerca di tipizzare in modo il più possibile esaustivo sia sotto il profilo delle condotte che sotto quello dell'oggetto materiale, con l'unico limite del richiesto dolo specifico, inteso comunque a circoscrivere la tipicità penale a quei contegni che rendessero possibile la percezione e la fruizione dell'oscenità ad un numero indeterminato di persone@.

Tuttavia, a seguito dell'intervento di depenalizzazione realizzato dal più volte richiamato d.lgs. n. 8 del 2016 le ipotesi criminose previste dall'originario art. 528 c.p. risultano degradate ad illeciti amministrativi sanzionati in via pecuniaria, con due sole eccezioni. La prima, alla quale già si è fatto cenno, riguarda gli spettacoli teatrali o cinematografici, le audizioni o le pubbliche recitazioni che abbiano carattere osceno (v. comunque i commi 3, n. 2, e 4); la seconda attiene all'utilizzo di «qualsiasi mezzo di pubblicità» che risulti «atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti indicati nella prima parte di questo articolo» (v. il comma 3, n. 1): scelta politico criminale, questa,

forse non scevra da una qualche ipocrisia, ove si consideri che tutte le altre condotte aventi comunque lo scopo di fare circolare i medesimi «oggetti» (v. commi 1 e 2 dell'art. 528 c.p.) risultano, appunto, depenalizzate.

Bibliografia essenziale