

ARGOMENTO MORALE, PLURALISMO ‘CULTURALE’ E SEMANTICA DEI MARCHI

| 334 **Di Camilla Crea**

SOMMARIO: 1. *Pluralismo e multiculturalismo tra modelli ideali e reali. Il dialogo con i boni mores.* – 2. *L’argomento del pluralismo sociale e culturale nel dibattito sul buon costume: approccio empirico-sociologico.* – 3. *La morale giuridicizzata nell’assiologia pluralista delle carte costituzionali nazionali e sovranazionali: la ricerca di valori di riferimento di comunità frammentate.* – 4. *Il trend recessivo del buon costume nell’esperienza francese e negli itinerari sovranazionali di ‘soft law’.* – 5. *Valore espressivo dei marchi ed effetti sociali: interferenze con la grammatica dei diritti umani.* – 6. *Marchi comunitari, immoralità e violazione dell’ordine pubblico* – 7. *Libertà di espressione e tutela delle diversità linguistiche, religiose e culturali: la casistica europea.* – 8. *Semantica della differenza e istanze euro-unitarie.*

ABSTRACT. *Il discorso sul pluralismo sociale e culturale, all’interno di uno spazio europeo sempre più frammentato ed eterogeneo, presenta crescenti livelli di complessità teorica ed applicativa. Per questa ragione il ragionamento viene circoscritto e filtrato attraverso un concetto, il buon costume, ritualmente considerato come nemico del pluralismo. L’obiettivo è, tenuto conto del ruolo tendenzialmente recessivo della morale nel dibattito giuridico e nella stessa evoluzione normativa, concretizzare la funzione attuale dei boni mores utilizzando come lente valutativa un ambito applicativo concreto, ossia la disciplina dei marchi e la relativa casistica europea analizzata in prospettiva semantica. La riflessione si inserisce in quella zona grigia di intersezione tra intellectual property e grammatica dei diritti umani, dato il valore comunicativo-espressivo dei marchi e il loro impatto sociale oltre che economico. In tale contesto, l’argomento morale conserva un significato operativo, veicolando istanze pluralistiche, o quanto meno percorsi di unità nella diversità, persistente tra i vari stati membri.*

Social and cultural pluralism discourses provide a growing level of theoretical and practical complexity, since the European framework is more and more fragmented and heterogeneous. This is the reason why the evaluation is both limited and filtered by a legal concept, i.e. good morals, which are traditionally considered as enemies of pluralism. The assessment seeks to define the current meaning of boni mores, despite their recessive role in legal debates and texts, deploying a specific field of analysis, that is trademark law and the relating European case law. Indeed, trademarks have multiple functions, being ‘communicators’ of values as well as ‘identifiers’ of goods and services. The semantic approach shows how these signs of values have a social as well as an economic impact, strongly connected with the intersection between intellectual property rights and the grammar of human rights. In this specific context, the moral argument holds a significant meaning as a tool to convey pluralistic demands or at least to deal with the unity/multiplex paradigm which persists among the Member States.



1. Pluralismo e multiculturalismo tra modelli ideali e reali. Il dialogo con i *boni mores*.

Il multiculturalismo ha una pluralità ormai esponenziale di definizioni possibili¹, essendo un concetto mutevole, relativo, controverso. Tratto comune alle varie opinioni è il contesto valutativo (ordinamenti di tipo liberaldemocratico) e la costruzione del multiculturalismo come modello, essenzialmente ideale e politico, nel quale effettivamente si accetti sul piano sociale e normativo una identità pluralista all'interno di un certo ambito territoriale, sì da ripristinare una tendenziale simmetria tra diritto, società, e cultura² alterati dalla compresenza di individui o gruppi portatori di interessi e valori non omogenei. Questo prototipo ideale trova, forse, un riscontro reale in taluni paesi geneticamente abituati alla diversità. Il Canada³, ad esempio, è storicamente caratterizzato da innesti di tradizioni francofone ed inglesi, e lo Stato – nello stesso testo costituzionale – si dichiara multiculturale adottando, sin dal 1971, politiche attive di promozione, riconoscimento e integrazione delle differenze.

Nella realtà degli stati europei – con talune eccezioni tra le quali la Svizzera, la Gran Bretagna, benché oggi tecnicamente esterna all'Unione, in parte anche il Belgio⁴ e la Germania – è forse più

corretto discorrere di pluralismo culturale⁵ etico, sociale, linguistico⁶ e valoriale.

La gestione dei conflitti che ne derivano varia da paese a paese, a seconda della storia di ciascuno, dell'incidenza di un passato coloniale o dell'impatto dei nuovi fenomeni migratori: itinerari diversi e in continua evoluzione per ciascun ordinamento, che impongono una analisi pluridisciplinare, comparata ed attenta ai fondamenti antropologici dei vari percorsi⁷. Tutto ciò secondo una accezione del normativo ampia, comprensiva di norme e pratiche sociali oltre che strettamente giuridiche.

Un esempio a mo' di iperbole, che mette in luce con potenza gli atteggiamenti eterogenei che i sistemi giuridici possono avere, può trarsi dalla casistica sull'uso del *kirpan* per i seguaci della religione ortodossa *Sikh* nata in India. La *Supreme Court of Canada*⁸ consente l'uso del simbolo (un coltello) persino nelle scuole al fine dichiarato di tutelare il valore della diversità, del rispetto del pluralismo religioso e dei diritti altrui, quali

⁵ Per i caratteri fisionomici del pluralismo, quale fatto di cultura caratterizzato da meccanismi di frammentazione e da conflitti anche interni ad un medesimo gruppo, e in continua evoluzione, F. VIOLA, *Pluralismo e tolleranza*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, Roma, 2007, p. 227 ss., spec. 228. Per una ampia accezione di cultura finalizzata ad evitare distorsioni del principio pluralista, si rinvia a P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 430.

⁶ Tale forma di pluralismo richiede vere e proprie politiche del linguaggio a tutela delle minoranze linguistiche quali comunità culturali: C.L. SCHMID, *The Politics of Language: Conflict, Identity, and Cultural Pluralism in Comparative Perspective*, Oxford, 2001.

⁷ R. SACCO, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007. L'esperienza statunitense, a sua volta, sul piano del multiculturalismo è passata dall'ideale fusionale del *melting pot* tra varie etnie, alla più ragionevole metafora del *salad bowl*, un ibrido in cui gli elementi identitari differenziati si mescolerebbero senza fondersi: S.P. HUNTINGTON, *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*, Milano, 2005 (trad. it. dalla versione inglese *Who Are We?: The Challenges to America's National Identity*, New York, 2004), sequel del noto scritto *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996, nel quale Samuel Huntington ha sostenuto, provocatoriamente, che alla fine della Guerra fredda il nodo centrale delle politiche internazionali sarebbe stato non lo scontro tra ideologie, né tra classi sociali o gruppi economici, ma tra civiltà o meglio tra *'cultural entities'*.

⁸ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, 2006 SCC 6; sul punto, in particolare, D. LOPRIENO e S. GAMBINO, *L'obbligo di "accomodamento ragionevole" nel sistema multiculturale canadese*, in G. ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, p. 217 ss. spec. p. 225. Il tema è assai più complesso, dovendosi inserire nel discorso sulla *cultural defence* (esimente) e sulla correlata analisi della inesigibilità di certe condotte culturalmente condizionate (C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010).

¹ M.L. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Roma, 2005, p. 3 ss. Distingue multiculturalismo e società multietnica, A. FERRARA, *Multiculturalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p. 599; per un quadro ricostruttivo v. E. CECCHERINI, *Multiculturalismo (dir.comp.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2008, p. 486 ss.

² J. RAZ, *Multiculturalism*, in *Ratio Juris*, vol. 11, n. 3, 1998, pp. 193-205: «Liberal Multiculturalism is a normative precept motivated by concern for the dignity and well-being of all human beings. It is a precept which affirms that in the circumstances of contemporary Western societies a political attitude of fostering and encouraging the prosperity, cultural and material, of cultural groups, and respecting their identity, is justified».

³ W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995 (trad. it., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999).

⁴ L. COLELLA, *La diversità linguistica come «elemento strutturale» della forma di Stato multiculturale belga*, in *Dir. pubbl. compr. eur.*, 2016, pp. 1121-1144.



essenziali messaggi educativi, sia pur con alcune cautele. In una prospettiva diametralmente opposta, i giudici di legittimità, in Italia, hanno asserito⁹ che l'uso del *kirpan* è vietato per ragioni di sicurezza ma soprattutto – e questo è il dato preoccupante – per un obbligo dello straniero di conformarsi ai valori della società di accoglienza, o meglio ai valori del mondo occidentale, con ciò palesando un intento assimilazionista, simile a quello francese, di pericolosa adesione «all'ideologia della diversità culturale degli immigrati».

Nel contesto europeo, dove pure il complesso dibattito tra *liberals* e *comunitarians* sul multiculturalismo, nato in Nord America, è progressivamente penetrato¹⁰, il pluralismo si interfaccia con modelli storici correlati ai vari sistemi costituzionali di integrazione¹¹, ad eterogenee politiche di riconoscimento¹², spesso rivelatesi fallaci sul piano delle applicazioni concrete. Le azioni di gestione dei conflitti socio-culturali da parte dei singoli stati, a loro volta, si inseriscono all'interno delle *policy* promosse dall'Unione, nella prospettiva di un 'processo' di integrazione, che è un *desideratum* ancora in gran parte da definire e costruire, e di percorsi di

tolleranza e di rispetto della identità-diversità dei singoli e delle comunità di appartenenza, ossia di rispetto della dignità umana a fronte dei massicci flussi migratori dai paesi *extra* UE.

Il discorso sul multiculturalismo o, forse, sul post-multiculturalismo¹³, in questa sede solo sommariamente tracciato, è lo sfondo dal quale partire per interrogarsi su un tema di estremo interesse e poco indagato: il delicato rapporto con il buon costume. Quale potrebbe essere il senso di tale clausola generale, ritualmente ricondotta ad una sorta di sentire, di morale comune-collettiva, all'interno di una società portatrice di bisogni, costumi e valori tanto diversi?

La *ratio* sottesa alla domanda è anzitutto legata alla constatazione che molti degli autori che hanno affrontato il terreno scivoloso del buon costume si sono dovuti confrontare «con il problema del pluralismo sociale»¹⁴, prendendo atto dell'evoluzione liberatoria dei costumi, dell'assenza di una morale universale condivisa all'interno di società/comunità non più omogenee, frammentate, in continua trasformazione, nonché dei rischi di abusi di classi dominanti rispetto a quelle minoritarie.

Per poter anche soltanto tentare di rispondere al quesito pare utile parcellizzare la riflessione partendo da una analisi delle possibili definizioni teoriche delle *bonnes moeurs* della tradizione romanistica, sì come emerse nella letteratura, e da una ponderazione del loro grado di compatibilità/incompatibilità con il discorso del pluralismo. La riflessione non affronta i tradizionali *cultural and religious claims*, ritualmente legati alle esigenze di tutela delle donne, al diritto di famiglia o a questioni di diritto penale, né i conflitti culturali relativi all'autonomia privata o al fatto illecito in senso stretto¹⁵, tutti fondati essenzialmente su ipotesi di collisione con culture 'altre' rispetto a quelle occidentali: non riguarda, dunque, quelli che, con icastica semplicità Rodotà definiva «conflitti fra

⁹ Cass. pen., 31 marzo 2017, n. 24804, con il commento fortemente critico di A. SIMONI, *La sentenza della Cassazione sul kirpan: "voce dal sen fuggita"?*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2017, p. 4 ss. (da cui l'espressione usata nel testo); G. CAVAGGION, *Diritto alla libertà religiosa, pubblica sicurezza e "valori occidentali". Le implicazioni della sentenza della Cassazione nel "caso kirpan" per il modello di integrazione italiano*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017.

¹⁰ M.L. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, cit., p. 8 ss.

¹¹ Francia, Inghilterra, Germania, Olanda, in *primis*: G. DI CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Milano, 2018, 153-176. I modelli di gestione del pluralismo imperanti in Europa sono assai diversi e in fase di ripensamento attuale: quello francese e quello britannico, entrambi paesi coloniali. Le risposte sono state diverse: in Francia il modello assimilazionista, in base al quale lo straniero aspira alla cittadinanza e si rapporta allo stato in quanto singolo individuo-cittadino [D. COSTANTINI (a cura di), *Multiculturalismo alla francese? Dalla colonizzazione all'immigrazione*, Firenze, 2009, p. 167 ss.]; in Inghilterra, invece, una politica pluralista che rispetta le comunità intermedie con le quali si interfaccia il governo britannico (si pensi ai Tribunali della *Sharia*). L'Italia è solo all'inizio il problema del pluralismo si è acuito con i flussi migratori: S. HASANAJ, *Immigrazione e diversità: Un modello dinamico e differenziato per l'Italia multicultural*, Milano, 2019.

¹² I conflitti sociali e culturali sono sempre lotte per il riconoscimento; la collisione cresce esponenzialmente in ragione della intensità qualitativa e quantitativa della distanza culturale. Le politiche del riconoscimento dovrebbero tradursi in azioni di gestione dei conflitti perché l'uomo, senza riconoscimenti, perde la sua integrità, i suoi diritti, la sua autonomia personale e morale. Sul passaggio dalle politiche del riconoscimento alla teoria del riconoscimento, in correlazione con l'idea di democrazia nel contesto europeo v. A. HONNETH, *Riconoscimento: Storia di un'idea europea*, Milano, 2019.

¹³ B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Hampshire, 2000; S. VERTOVEC, *Towards post-multiculturalism? Changing communities, conditions and contexts of diversity*, in *International Social Science Journal*, vol. 61, no. 199, 2010, pp. 83-95, che attribuisce al post-multiculturalismo l'attitudine ad esprimere l'esistenza di conflitti anche interni ad un medesimo gruppo, nonché l'evoluzione che deriva dalla interazione dinamica tra comunità portatrici di valori differenti, con conseguente emersione di ulteriori collisioni.

¹⁴ Per una brillante analisi in tal senso, G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 629-653.

¹⁵ Secondo la prospettiva accolta nell'opera monumentale di P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali*, cit. spec. p. 427 ss.

assoluti non compatibili»¹⁶. L'obiettivo è, tenuto conto del ruolo recessivo della morale nel dibattito e nella stessa evoluzione normativa, concretizzare la funzione attuale del concetto utilizzando, come lente valutativa un ambito applicativo concreto, ossia la disciplina dei marchi e la casistica europea. La riflessione si inserisce in quella zona grigia di intersezione con la grammatica dei diritti umani dato il valore comunicativo-espressivo dei marchi e il loro impatto sociale oltre che economico.

In tale contesto, l'argomento morale sembra conservare un significato operativo, veicolando istanze pluralistiche, o quanto meno percorsi di unità nella diversità, persistenti tra i vari stati membri.

2. L'argomento del pluralismo sociale e culturale nel dibattito sul buon costume: approccio empirico-sociologico.

Punto di partenza obbligato è la riflessione di Francesco Ferrara, il quale offre, nella sua opera *'Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano'*, una esemplare sistematizzazione della questione della invalidità negoziale per illiceità, benché storicamente ancorata alle disposizioni dell'abrogato codice unitario del 1865¹⁷.

Partendo dalla duplice premessa che la moralità è «un concetto di relazione», «anzi è non altro che l'utilità sociale», e che la differenza tra diritto e morale non è nella natura, né nei fini – giacché entrambi guidano le azioni dei consociati verso obiettivi di convivenza sociale –, ma semplicemente «nella forma dei mezzi che essi adoperano per la

loro esecuzione»¹⁸(la 'coazione giuridica' nell'un caso; la più debole 'coazione psicologica', nell'altro), il buon costume, per Ferrara, è norma sussidiaria che completa le lacune lasciate dalla legge, «a maggior protezione dell'ordinamento giuridico»¹⁹. Esso coincide con la «moralità pubblica», con la «coscienza morale sociale» di un dato popolo in un dato tempo; termini, questi ultimi, ritualmente presenti nelle decisioni delle corti nazionali anche dopo l'entrata in vigore del codice del 1942. In tale contesto valutativo, in ogni caso, si esclude che il diritto abbia una funzione di moralizzazione, limitandosi a fungere da ostacolo, da impedimento per «ridurre l'immoralità»²⁰. Il concetto di costume che interessa il discorso giuridico è qualificato in negativo (immorale).

Ma quale è la morale sociale che deve ispirare l'interprete e che, se assente, è criterio per invalidare i negozi giuridici? La morale 'decidente' è quella *comune*, non quella soggettiva e arbitraria dell'interprete, perché penetrata nel commercio, nei costumi, nelle istituzioni; è obiettiva e *generale*, riflessa nella «coscienza universale di tutti»²¹, benché *variabile* «secondo i popoli e secondo i tempi», in quanto correlata al «grado di sviluppo intellettuale ed etico della società»²² e il sentire morale cambia, incide sul diritto, determinando un passaggio graduale della qualificazione dell'atto di autonomia privata «per tutte le più sfumate tonalità dal lecito all'illecito»; *attuale, presente* nella vita dell'oggi, e non nell'immaginario ideale o letterario di poeti e filosofi; *reale, pratica*, non teorica, perché posta in essere dalla «generalità dei cittadini»²³; civile, relativa ai *cives*, senza che rilevinò le istanze di particolari religioni; *locale (non internazionale)*, giacché appartiene ad un certo paese, con le sue tradizioni e i suoi costumi.

L'indagine è chiaramente frutto del suo tempo, ancorata ad una visione statalista del diritto e a una concezione dell'ordine pubblico 'legalista', cioè desumibile, sino quasi a sovrapporsi, alle singole disposizioni legislative, tanto da giustificare, per converso, una visione ampia del buon costume, come unico strumento di reale apertura ai valori etici, alla mutevole realtà sociale, e di estensione del controllo sugli atti di autonomia privata²⁴. È innegabile, tuttavia, l'emersione chiara di tratti

¹⁶ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 124, il quale peraltro precisa l'irrelevanza di una distinzione tra multiculturalismo ed integrazione: ciò che rileva non è la scelta binaria tra integrarsi o, invece, tutelare la propria identità, essendo entrambe opzioni giustificabili e degne di rispetto, ma trovare tecniche di temperamento ispirate alla flessibilità, tramite la centralità dei principi del sistema ordinamentale.

¹⁷ La riflessione, profondamente intrisa degli influssi tedeschi, apre ad una concezione sociologica del buon costume che ha ispirato fortemente la dottrina italiana successiva e la stessa giurisprudenza, trovando paralleli anche in autori francesi quali René Demogue (il quale discorreva di buon costume come accettabilità sociale), che a sua volta ha avuto un influsso determinante nella letteratura successiva (in particolare, sul pensiero di Louis Josserand e Jean Carbonnier): documenta attentamente siffatta evoluzione G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona*, Napoli, 2014, p. 41 ss., ma anche p. 23 ss. per il confronto e le opportune differenziazioni con la posizione idealistica di Ripert (*ivi*, p. 27 ss.) espresse nella sua fondamentale opera *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925. Per la critica all'impostazione sociologica, invece, J. SAIGET, *Le contrat immoral*, Paris, 1939, p. 61 ss.

¹⁸ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 6.

¹⁹ F. FERRARA, *o.u.c.*, p. 4.

²⁰ F. FERRARA, *o.u.c.*, rispettivamente p. 26 e 27.

²¹ F. FERRARA, *o.u.c.*, pp. 29 e 30.

²² F. FERRARA, *o.u.c.*, p. 31.

²³ F. FERRARA, *o.u.c.*, pp. 32-34.

²⁴ Come acutamente osservato da S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, nota a Trib. Roma, 21 marzo 1968, in *Giur. mer.*, 1970, 1, p. 105.



distintivi del buon costume e l'impatto che tale impostazione ha avuto sulle corti nazionali: concetto elastico, indeterminato, relativo/variabile, su piano storico-temporale e dei casi concreti, che richiede la interpretazione (diremmo oggi, una concretizzazione); esprime un «ordinamento morale», ben oltre la mera «morale sessuale», ossia un «patrimonio di idee e di sentimenti ereditati dal lungo svolgere dei secoli»²⁵, generalmente sentito nella coscienza collettiva e praticato. La giurisprudenza italiana, sulla scia di Ferrara, continua a parlare di buon costume come l'insieme di «quei principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il proprio comportamento la generalità delle persone corrette, in un determinato momento e in un determinato ambiente»²⁶, non limitando l'ampiezza del concetto alla mera 'morale sessuale e decenza'²⁷.

In tale prospettiva, l'aspirazione ad una oggettivazione dei valori morali all'interno di una comunità esprime l'idea di una morale potenzialmente universale, comune. E' una posizione sociologica, empirica che parte dal basso, con un metodo induttivo; tiene in considerazione la variabilità partendo dal particolare e dal locale, ma persiste nella universalità astraendo da credenze religiose o posizioni ideologiche. Sì che apre comunque ad una compatibilità con le istanze pluralistiche, superando definitivamente posizioni che identificavano il buon costume con una unica e univoca morale, quella cristiana, ritenuta peraltro immutabile²⁸.

²⁵ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 27.

²⁶ In via esemplificativa, v. Cass., 30 luglio 1951, n. 2226, in *Giur. it.*, I, 1952, p. 22 ss.; Cass., Sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1679; Cass., 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, I, 1983, c. 691 ss.; di recente, in senso conforme, Cass., sez. VI, 3 aprile 2018, n. 8169 (in www.dejure.it) sul pagamento di somma di denaro per ottenere un posto di lavoro; e Cass., 26 gennaio 2018, n. 2014, *ivi*, in relazione ad un caso di simulazione assoluta di posto di lavoro con la richiesta di ripetizione delle somme versate a titolo retributivo e contributivo. Ma i casi sono diversi, o meglio risolti o risolvibili in chiave diversa, secondo Ferrara, perché quella variabilità temporale (oltre che geografica) della morale sociale comune, dei costumi – avversata da prospettive conservatrici pur sempre extra-giuridiche – si riflette, secondo il maestro, sul diritto e comporta che un certo fatto possa attraversare le molteplici sfumature dell'illecito/lecito o, viceversa, del lecito/illecito, con il mutamento tanto dei costumi, tanto dell'ordinamento giuridico di riferimento.

²⁷ La stessa Consulta adotta da tempo un concetto assai ampio di buon costume non limitandolo al pudore sessuale Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2239 ss., con il commento di A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*.

²⁸ Emblematica la posizione di A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 700-706, il quale, nel far coincidere il buon costume con la morale cattolica assegna al diritto la funzione di moralizzazione cristiana delle azioni dei

3. La morale giuridicizzata nell'assiologia pluralista delle carte costituzionali nazionali e sovranazionali: la ricerca di valori di riferimento di comunità frammentate.

La reazione storica a tali impostazioni sociologiche ed extragiuridiche si ha negli anni di maturazione del ruolo dei principi costituzionali: potremmo parlare di giuridicizzazione del buon costume in chiave costituzionale, fondandosi le carte costituzionali sul pluralismo, a sua volta inscindibilmente connesso alla laicità dello stato ed alle sue basi democratiche.

L'apertura sociologica, fattuale viene, in certo senso, (s)travolta da quella che potremmo definire una rivoluzione culturale legata al riconoscimento dell'incidenza dei principi costituzionali sui rapporti di diritto privato²⁹. Tale processo si coniuga con un mutato approccio al tema delle clausole generali, al ruolo dei giudici, al riconoscimento del valore precettivo dei principi confluiti nella carta fondamentale ed alla loro inesauribile carica assiologica, di là dalla rigidità intrinseca delle regole del 'tutto o niente' e senza dover necessariamente tradursi nelle istanze di un diritto naturale trascendete e 'altro' da quello terreno³⁰. La nuova stagione segna un cambiamento nella stessa riflessione sul buon costume; quella residualità che già emergeva nelle considerazioni di Ferrara si inquadra e si giustifica su basi diverse, attraverso un'innovata interazione tra fenomenologia e

privati. Senza accogliere espressamente l'impostazione cattolica, individuava nel diritto, per il tramite del rinvio ai *boni mores*, lo strumento per «una migliore realizzazione della giustizia» (dove l'aggettivo 'buono' consente di demarcare la rilevanza dei costumi in quanto buoni, dalla mera prassi) anche A. DE CUPIS, *Costume, buon costume e diritto*, in *Giust. civ.*, 1982, II, p. 486. La visione censoria del diritto si lega storicamente anche al pensiero di un grande conservatore francese: G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., pp. 28 ss. e 32 ss. (e sul confronto tra quest'ultimo e Alberto Trabucchi cfr. G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, cit., p. 636 ss.).

²⁹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 417; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 90 ss. (tradotta, nella versione inglese, *Constitutional Norms and Civil Law Relationships*, in *The Italian Law Journal*, vol. 1., n. 1, 2015, p. 17 ss.).

³⁰ La transizione dalla legalità statuale a quella costituzionale è magistralmente tracciata da P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164 ss.; sulle ambiguità di tale processo v., tuttavia, E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. Fiorentini*, 2014, XLIII, p. 589 ss., spec. p. 605.

deontologia e all'interno di un diritto visto sempre più come esperienza portatrice di valori. Per evitare incertezze sul contenuto della clausola, per evitare che diventi uno strumento di controllo dell'autonomia negoziale, legato a opinioni di certe classi sociali dominanti e, poiché un sentire davvero comune è assai difficile da individuare in contesti sempre più legati al pluralismo culturale, occorre trovare punti fermi. La morale che rileva è quella giuridica (*Rechtsmoral*)³¹, espressa dall'ordinamento e nell'ordinamento, in coerenza con le istanze democratiche e dello stato di diritto.

Non c'è, dunque, un ordine etico che non sia dentro l'ordinamento: l'ordine etico è, più esattamente, nei valori della Costituzione³², un «*ordo ordinans*»³³ che fa trapelare il significato mai definitivo dei principi costituzionali, l'aspetto anche inespresso, ma sommerso, latente in quanto strato valoriale complesso e pertanto necessariamente mobile. La Carta fondamentale rappresenta la base assiologica condivisa, in quanto fonte primaria non solo di legittimazione, ma anche di produzione, garanzia dei valori di un popolo e capace di adattarsi alle mutevoli esigenze sociali, evitando scelte 'arbitrarie di valori'.

In tale quadro, la distinzione con l'ordine pubblico – che in Italia, fino agli anni '70 si tendeva ad assimilare alle basi politico-sociali ed economiche – riempiendosi ora con i valori costituzionali, quali valori anche etici (la persona, la famiglia), si appropria progressivamente dello spazio lasciato al buon costume. L'*ordre public* si frammenta, diventa sempre più multiforme e onnicomprensivo atteggiandosi, nel contesto domestico, similmente a quanto avvenuto in Francia, in senso 'filantropico'³⁴. Il richiamo

all'assiologia costituzionale – all'insegna del binomio principi/valori, e di una argomentazione giuridica che è anche argomentazione morale³⁵, ma soprattutto alla luce di una gerarchia nella quale il criterio fondamentale della giuridicità è *in primis* la tutela della persona e della sua dignità – si rafforza esponenzialmente in ragione dei (neo)valori contenuti nelle carte europee (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU) e del dialogo tra decisori nazionali ed europee all'interno del complesso meccanismo di tutela *multilevel* dei diritti fondamentali³⁶.

dell'ordinamento giuridico, complesso ma a sua volta unitario) e del metodo del bilanciamento secondo ragionevolezza, v. G. ZARRA e G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, spec. pp. 15-90; la preminenza dei principi costituzionali è, altresì, evidenziata da F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 259 ss.

³⁵ Sulla identificazione principi-valori nell'ambito delle tecniche argomentative, R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, trad. it., Torino, 1997, p. 73 s., nonostante la persistente opposizione ideale tra elemento deontologico ed elemento assiologico (ID., *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. di L. Di Carlo, Bologna, 2012, p. 162 ss.).

³⁶ La centralità della dignità si impone nella stessa riflessione della Corte costituzionale italiana: v. il *leading case* Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, cit., p. 2239 ss. con il commento di A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, ove, promuovendo una nozione ampia del buon costume, la Consulta ha stabilito che il 'comune sentimento della morale' vada inteso in senso pluralistico e laico, e vada collegato con il valore supremo della dignità della persona (art. 2 cost.); sì che, una manifestazione del pensiero può essere ritenuta immorale solo qualora confligga con «la pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea». La dignità diviene, così, una sorta «di 'supervalore costituzionale', in quanto tale sempre invocabile per limitare qualsivoglia diritto di libertà» (A. ODDI, *o.u.c.*, p. 2247). La correlazione immediata buon costume-dignità come valore etico pervade l'intera opera di R. PERRONE, «*Buon costume*» e valori costituzionali condivisi. *Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, *passim*. Tra le decisioni della Corte di Giustizia non può non menzionarsi il noto caso Omega: *Corte giust.*, 14 ottobre 2004, c. 36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc.*, 2004, I, p. 9609 ss. (sulla quale: W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars. int.*, 10, 2005, spec. p. 135 ss.). Sulla dignità come principio destinato «ad ampliare il contenuto» della stessa clausola «del buon costume», v., M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 67 ss., spec. p. 102; con diversi approcci, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 801 ss.; R. SACCO, *Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 583 ss. Certo è che se la dignità umana non è «più un'espressione del c.d. diritto naturale ma [...] elemento costitutivo e caratterizzante il diritto positivo» (P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 152), permane il rischio che il richiamo ad essa si traduca in una formula

³¹ G.B. FERRI, *Ordine pubblico: II) dir. civ.*, in *Enc. giur.* Treccani, V, Roma, 1988, p. 4.

³² S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, cit., p. 104; F. DI MARZIO, *Buon costume*, in P. CENDON (a cura di), *I contratti in generale*, VI, Torino, 2000, p. 250, ribadendo il rischio di arbitrarie generalizzazioni che deriverebbe da una visione del buon costume come rinvio alla coscienza collettiva. In particolare, L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 268 s., per il quale «[i]l fatto poi di dover trovare svolgimento all'interno dei valori costituzionali impedisce ai contenuti morali del buon costume di confliggere con essi e anche di porre ostacoli alle loro attuazioni formali»; sul punto già G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 181 (e p. 73 s.).

³³ P. GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 763.

³⁴ Sulla evoluzione dell'ordine pubblico e del rapporto tra quello interno ed internazionale, con diversità di accenti, di recente, F. CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018; per una argomentata e convincente valutazione unitaria tra i due concetti, tradizionalmente distinti, alla luce della univocità dei criteri assiologici di giudizio (i.e.: principi identificativi



Di là dalla adesione all'una o all'altra impostazione, vero è che i due approcci al buon costume – quello normativo, di giuridicizzazione tramite il pluralismo delle carte dei diritti e la valenza assorbente dell'ordine pubblico; quello empirico-sociologico, che tenta di conservare la separazione tra diritto e morale, talvolta estremizzato dalle contaminazioni antropologiche³⁷

magica, che induce a tentare ulteriori ma non risolutive tassonomie, essenzialmente basate sulla alienabilità-inalienabilità di beni giuridicamente rilevanti (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 257).

³⁷ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3^a ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 67, ove si sostiene la valenza extragiuridica del buon costume quale «insieme di regole deontologiche non formalizzate e pregiuridiche», «spontanee» e «amorfe», cioè «non formalizzate» riproponendo in parte l'impianto sociologico di Francesco Ferrara, arricchito di contaminazioni antropologiche. L'obiettivo è difendere la differenza ontologica e qualitativa tra immoralità e violazione di norme imperative o ordine pubblico, criticando il richiamo alla Costituzione. Quella che altrove è stata provocatoriamente definita la «stampella» costituzionale (così, in riferimento alla buona fede, la classica pagina di L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 10) è vista, in questo contesto, come una surrettizia tecnica «giacobina» volta ad imporre l'idea che l'etica pensabile sia solo quella del legislatore, come se la Costituzione fosse una «bibbia depositaria unica di ogni regola etica» (R. SACCO e G. DE NOVA, *o.u.c.*, p. 65). Il significato extragiuridico della morale avrebbe un duplice effetto liberatorio: per il legislatore, che non dovrà arrancare nella creazione e aggiornamento di «elenchi di contenuti illeciti»; per la società che, in tal modo, può «far valere le sue istanze [...] senza passare – per una volta – attraverso il filtro degli organi di potere». Certo, il buon costume così inteso sembrerebbe accrescere esponenzialmente il rischio di incertezza del diritto che ne deriva, soprattutto all'interno di una società multiculturale e multi-valoriale. Eppure, si afferma, a contrario: il buon costume promuove il pluralismo perché significa una indifferenza, un disinteresse del diritto (che rinuncia allo strumento sanzionatorio) nei confronti di certi costumi. In altri termini, «[q]uando la scena è turpe, la legge si allontana (in punta di piedi)» (posizione ribadita pure di recente, nell'ambito di una illuminante riflessione sull'abuso del diritto e dei suoi rapporti con l'immoralità: R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. VII, Torino, 2012, p. 1 ss.; il pensiero di quest'autore induce ad attribuire al buon costume una valenza assai ampia come strumento di controllo sugli atti di autonomia privata al fine dell'invalidazione di accordi economicamente iniqui: nei contratti immorali, infatti, rientrano «i contratti lesivi della giustizia, dell'equità e della buona fede»). Sul punto, anche G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, cit., pp. 647 s. La prospettiva sociologica è valorizzata altresì da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 2^a ed., Milano, 2011, p. 387 s.; e in M. ROBLES, *Rilevanza del buon costume nel diritto provato attuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pp. 83-120. Da un ulteriore prospettiva metodologica, il medesimo risultato della persistente natura del buon costume esterna al diritto si giustifica da un lato, asserendo che i valori etici-morali sono lasciati al buon costume come concetto non giuridico, *rectius* quale «ponte tra mondo giuridico» ed «etico-morale» in chiave di complementarietà (G. PERLINGIERI, *La via alternativa alle teorie del «diritto naturale» e del «positivismo inclusivo» ed «esclusivo»*. Leggendo Wil J. Waluchow, in

– sembrano conservare il ruolo di narrative dominanti del discorso sulla morale anche nella gestione dei conflitti generati dalle collisioni socio-culturali.

4. Il trend recessivo del buon costume nell'esperienza francese e negli itinerari sovranazionali di «soft law».

In chiave evolutiva è in ogni caso opportuno segnalare un progressivo trend recessivo dei *boni mores*.

Il sistema della illiceità del codice civile italiano, fondato sulla violazione dell'ordine pubblico, del buon costume e delle norme imperative deriva, sul piano storico e della circolazione dei modelli, dall'impianto. Tuttavia, nella recente *Réforme du droit des contrats* si è sostanzialmente preferita una epurazione del concetto. La scelta, sia pur con molte e non sopite ambiguità, deriva da plurimi impulsi sia interni, sia esterni. Il cambiamento è stato indotto dall'esperienza pretoria che aveva di fatto stravolto l'originario *Code Napoléon* ormai desueto³⁸, limitando l'uso del concetto alla morale sessuale e promuovendone l'uso in endiadi con l'ordine pubblico; tutto ciò in considerazione della liberalizzazione dei costumi, della difficoltà a disancorare la valutazione morale da un costume dominante (in specie religioso) in una società sempre più laica e pluralista, della paura dell'arbitrio del giudice e di una sua soggettiva valutazione etica. Tra i fattori esterni che hanno promosso la riforma vanno annoverati i *report* della *Word Bank (Doing Business)*³⁹ che spingevano per

Annali S.I.S.Di.C., 2020, p. 1 ss.); dall'altro, riconoscendo nell'ordine pubblico una clausola generale che concretizza regole e soprattutto principi, e che promuove il significato normativo oltre che assiologico dei principi costituzionali in sede applicativa (sul punto G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., pp. 49-51, testo e nota 75).

³⁸ M. GRAZIADEI, *Le contrat au tournant de la réforme : les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Rev. contr.*, 2015, pp. 720-727. Molto della riforma, tuttavia, poteva essere risolto valorizzando il ruolo dell'interprete e dell'attività interpretativa: P. PERLINGIERI, *La recente riforma del code civil*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 1003-1011. Sulla riforma: J. CARTWRIGHT e S. WHITTAKER (a cura di), *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the reform*, Oxford, 2017; F. ANCEL, B. FAVARQUE-COSSON e J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, 2017; per una documentata rassegna della dottrina francese sui vari temi toccati dalla riforma cfr. V. BASILAVECCHIA, *Nota bibliografica*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 135 ss.

³⁹ Con riguardo all'impatto delle dichiarazioni della *World Bank* in ambiente francese v. A. KERHUEL e B. FAUVARQUE-COSSON, *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the*

un sistema giuridico maggiormente certo e competitivo, e l'impatto dirompente del diritto europeo e delle convenzioni internazionali (la Cedu, *in primis*, data la centralità del controllo di convenzionalità affidato ai giudici). Le funzioni un tempo assolute dall'immoralità sono state progressivamente assegnate ad un concetto assai più controllabile e divenuto progressivamente omnicomprensivo: ossia l'*ordre public*. Una opzione positivista e nazionalista, che rispecchia anche la politica assimilazionista e non multiculturale da sempre avuta in Francia, poiché l'ordine pubblico è pur sempre ricondotto all'identità politica ed ora anche etica della società francese – nella variante ulteriore dell'*ordre public philanthropique* stigmatizzato nel meta-valore della dignità della persona⁴⁰–, ed a leggi fatte solo da francesi. D'altro canto, anche in paesi che si erano ispirati alla tradizione codicistica francese, quali il Québec e la Louisiana i *good morals* erano stati già anni addietro eliminati⁴¹. Resta, nella disciplina francese, qualche norma, peraltro dotata di carattere generale, che ancora conserva il rilievo delle *bonnes moeurs*⁴² tanto in apertura del codice (l'art. 6), tanto

in talune legislazioni settoriali tra le quali quelle sulla proprietà intellettuale⁴³.

Il *trend* recessivo di tale clausola generale trova conferma, a livello europeo, nella eliminazione di ogni riferimento alla morale nei progetti di armonizzazione (*Draft Common Frame of Reference*, e prima ancora nei *Principles of European Contract Law*), nella proposta di regolamento per un diritto comune europeo sulla vendita, e nondimeno nei *Principi Unidroit*, in ragione dei rischi di una interpretazione troppo discrezionale da parte dei giudici e della difficoltà di individuare un *common core* sul piano della morale all'interno dei vari stati membri.

E' anche vero, tuttavia, che negli evocati tentativi di armonizzazione del diritto contrattuale europeo, talvolta ridotti ad una difficile opposizione binaria tra modello pluralista e monista, la eliminazione del buon costume e della *immorality* riemerge surrettiziamente là dove si prevede, come limite all'autonomia privata, la violazione dei '*fundamental principles*' (art. 15:101 PECL⁴⁴, e II-7:301 DCFR⁴⁵) presenti «*in the laws of the Member states of the European Union*». Siffatte previsioni sembrano manifestare la aspirazione ad una argomentazione fondata sui principi fondamentali propri di ciascuno stato membro e una prospettiva, tutta da costruire, di condivisione di valori normativi sui quali poggiare un giudizio di moralità sul contratto. Di qui il possibile richiamo anche ai

Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of Law, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 811-830. L'intento del legislatore francese di ritrovare, nel contesto internazionale, un ruolo trainante è ben espresso da M. SÉJEAN, *The French Reform of Contracts: An Opportunity to Tie Together the Community of Civil Lawyers*, in *Louisiana Law Review*, vol. 76, n. 4, 2016, p. 1151.

⁴⁰ Secondo la controversa ricostruzione di D. FENOUILLET, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Paris, 2011, p. 493 ss., il quale ritiene assorbito il buon costume dall'ordine pubblico e dal principio di dignità; difende strenuamente la resilienza dei buoni costumi, che «*luttent pour voir reconnaître leur originalité*», invece, J. FOYER, in AA.VV., *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 493 ss., spec. p. 496.

⁴¹ La eliminazione buon costume era già avvenuta anche in Québec (sin dal 1994: art. 1411 *Code civil*) e in Louisiana molti anni prima (sin dal 1987: O. MORÉTEAU, *The Louisiana Civil Code in French: Translation and Retranslation*, in *Journal of Civil Law Studies*, vol. 9, 2016, p. 250, nota 61).

⁴² L'art. 6 del *Code civil* prevede la illiceità delle convenzioni particolari qualora derogano «*aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs*»: nel pensiero del legislatore francese del codice si attribuiva al primo il significato di strumento di garanzia contro turbamenti sociali; alle seconde, invece, lo stigma della «base di stabilità degli stati» (T. NANI, *Analisi ragionata del diritto civile francese*, I, Milano, 1805, p. 76). Sulle origini dell'art. 6 cfr. M. PENA, *Les origines historiques de l'art. 6 du Code civil*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1992, p. 501 ss.; analizzando il significato dell'ordine pubblico P. FEMIA, *Ordine pubblico: la politica del diritto*, in G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico*, cit., p. XI-XXXII; cfr. inoltre sul ruolo dei primi sei articoli del *Code civil*, quale fondamento del diritto francese, sia pur da attualizzare, G. FAURÉ e G. KOUBI (a cura di), *Le titre préliminaire du Code civil*, Paris, 2003.

⁴³ Cfr., N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 5 ed., Paris, 2018; in particolare, S. MARTIN, *La prohibition des marques immorales ou contraires à l'ordre public en droit européen*, in *Les Cahier de propriété intellectuelle*, vol. 27, n. 3, 2015, pp. 1263-1290.

⁴⁴ O. LANDO, E. CLIVE, A. PRUM e R. ZIMMERMAN (a cura di), *Principles of European Contract Law*, Part. III, The Hague, 2003, pp. 211 e 536.

⁴⁵ C. VON BAR e E. CLIVE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, I, Oxford, 2009, pp. 535-537; sul punto, A. SOMMA, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, The Hague, 2009, p. 117 ss. La prospettiva di normativizzazione dell'immoralità nell'ambito del diritto contrattuale europeo tramite il ricorso ai principi – sulla scia dell'insegnamento di Ronald Dworkin e nella consapevolezza del *deferential approach* assunto dalla Corte di giustizia, che già nel caso Omega rinviava chiaramente agli stati membri la concretizzazione del significato dell'immoralità sia pur stigmatizzato nel principio di dignità – è la base di un più ampio discorso volto a promuovere una analisi del buon costume (ma anche dell'ordine pubblico) nella dinamica di un *common core* che, partendo da *questionnaire* casistici comuni, dia atto di divergenze e convergenze tra le tecniche operazionali dei vari paesi europei: così, C. MAK, *Immorality of Contracts in the EU*, (November 26, 2018), *Introductory Chapter*, in A. COLOMBI CIACCHI, C. MAK e Z. MANSOOR (a cura di), *Immoral contracts in Europe*, Cambridge, 2020, in corso di pubblicazione, e ora reperibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2744592>.



principi della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali, nel tentativo di concretizzare quei *fundamental principles*, senza che si traducano nelle ennesime «nuvole di trascendentali dichiarazioni di diritti»⁴⁶.

Ma siamo dinanzi ad una *agenda for the future*, a un obiettivo ma soprattutto a una missione del giurista europeo nel tracciare il significato della grammatica dei diritti umani, e in generale dei valori morali all'interno dell'Unione, anche per limitare le distorsioni di un linguaggio esclusivamente *market-oriented*.

5. Valore espressivo dei marchi ed effetti sociali: interferenze con la grammatica dei diritti umani.

La recessione del buon costume, nella sua variabilità ed elasticità spazio-temporale, si sostanzia in tecniche diversificate: ora, attraverso l'epurazione del concetto per incremento normativo di disvalore di talune fattispecie nel tempo divenute oggetto di divieti normativi; ora, tramite la sostituzione o l'accostamento in endiadi con altri concetti pur sempre da concretizzare tra i quali in *primis* l'ordine pubblico, sempre più ipertrofico; ora per 'diluzione', ossia eliminazione del disvalore non soltanto giuridico ma anche etico-morale legato ai mutamenti della realtà sociale e degli stessi ordinamenti giuridici. A prescindere dalla mediazione di clausole generali⁴⁷, problematiche ascritte alla violazione del buon costume vengono ricondotte nell'alveo di principi nazionali o europei e delle relative tecniche di argomentazione e applicazione, in contesti ormai caratterizzati da un alto livello di complessità sia normativa, sia giurisdizionale, in considerazione del sistema *multilevel* dei diritti fondamentali, dei rapporti eterarchici tra le corti nazionali ed europee e delle eterogenee tecniche di giustiziabilità, necessarie alla garanzia di effettività dei diritti⁴⁸. Vi è un ambito

⁴⁶ L'espressione è utilizzata a fine Ottocento da Vittorio Emanuele Orlando, come ricorda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Milano, 2000, p. 35 (e ripresa in ID., *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, cit., p. 763).

⁴⁷ Per una sistematizzazione v. P. FEMIA, *Tre livelli di indistinzione tra principi e clausole generali*, in di G. PERLINGIERI e M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 209 ss.

⁴⁸ Sul principio di effettività e sulla sua valenza conformativa anche del diritto privato si rinvia alle ispiratrici riflessioni di G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann., X, Milano, 2017, pp. 381-406; per ulteriori approcci al tema, anche in prospettiva europea cfr. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e «drittewirkung»*, *Idee a confronto. Atti del convegno (Pisa, 24-25 febbraio 2017)*, vol. 1, Torino, 2018; M.

peculiare nel quale i *boni mores* della tradizione romanistica sembrano conservare un significato operativo, veicolando istanze pluralistiche, o quanto meno percorsi di unità nella diversità nel contesto europeo: la proprietà industriale e intellettuale.

Con riguardo, in particolare, alla disciplina dei marchi i *good morals* si collocano all'interno di quella zona grigia creata dall'intersezione non più soltanto tra *intellectual property* e *competition law*, bensì tra la prima e la grammatica, talvolta retorica, dei diritti umani⁴⁹, facendo emergere i potenziali conflitti multiculturali correlati alla funzione *lato sensu* comunicativa/espressiva del marchio – e in generale di sistemi di *advertising* con finalità di pubblicità e di *marketing* commerciale – rispetto al pubblico di riferimento. Il nuovo spettro valutativo mira a contemperare la crescente tensione tra libertà d'impresa e libertà di espressione⁵⁰, tra interessi

LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, p. 21 ss.

⁴⁹ Con riguardo alle implicazioni teoriche e applicative di tali interferenze: R. DREYFUSS e E. SIEW-KUAN NG (a cura di), *Framing Intellectual Property Law in the 21st Century: Integrating Incentives, Trade, Development, Culture and Human Rights*, Cambridge, 2018; R. TUSHNET, *Intellectual Property as a Public Interest Mechanism*, in R. DREYFUSS e J. PILA (a cura di), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford, 2018, p. 95 ss.; L.R. HELFER, *Intellectual Property and Human Rights: Mapping an Evolving and Contested Relationship*, *ivi*, p. 118 ss.; M. RICOLFI, *Trademarks and Human Rights*, in P. TORREMANS (a cura di), *Intellectual Property Law and Human Rights*, AH Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 453-492; L.R. HELFER e G. W. AUSTIN (a cura di), *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge, 2011; nel contesto domestico v. G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, pp. 3-73. Propone una interessante tassonomia tripartita dei rapporti tra IP e 'human rights', in termini di riconoscimento/coincidenza, conflitto o cooperazione, G. SPINA ALI, *Intellectual Property and Human Rights: A Taxonomy of Their Interactions*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, pp. 411-445. Si discorre, altresì, di processo di costituzionalizzazione dell'*IP system*: C. GEIGER, *Constitutionalising Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, *ivi*, vol. 37, 2006, pp. 371-406; J. GRIFFITHS, *Constitutionalisation or harmonization? The Court of Justice, the right to property and European copyright law*, in *European Law Review*, vol. 38, n. 3, 2013, pp. 65-78. Occorre precisare, in ogni caso, che nel variegato mondo della proprietà intellettuale i *trademark rights*, a differenza dei diritti di copyright e brevetto, non sono considerati diritti fondamentali 'per sé': M. CARPENTER, *Intellectual Property: A Human (Not Corporate) Right*, in D. KEANE e Y. MCDERMOTT (a cura di), *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Cheltenham-UK, 2012, p. 312 ss.

⁵⁰ Per una disamina sistematica dell'interazione tra libertà di espressione e marchi, v. W. SAKULIN, *Trademark protection and freedom of expression*, AH Alphen aan den Rijn, 2011,



economici e interessi pubblici, ben oltre le logiche proprietarie e in una prospettiva di *welfare* inclusiva del contesto politico, sociale e culturale.

I marchi hanno, come noto, anzitutto una funzione distintiva, di identificazione dei prodotti e dell'idea di *business* legata alle strategie imprenditoriali, orientata a evitare la confusione dei consumatori sul mercato ma anche a garantire la posizione competitiva dell'impresa⁵¹.

Tuttavia, tali segni distintivi possono esprimere anche ulteriori e complessi significati sociali potenzialmente discriminatori, denigratori, lesivi di identità culturali, correlati al valore semiotico e non puramente economico-commerciale del *brand*⁵². Si tratta di effetti ambivalenti, di esternalità morali e culturali⁵³, derivanti dalla circostanza che i significati dei marchi (come anche della pubblicità) interagiscono con i sentimenti⁵⁴, le opinioni, i punti

di vista dell'individuo o di gruppi di individui. Se da un lato l'utilizzo di certe espressioni o simboli potrebbe aprire a mutamenti positivi della percezione sociale – l'uso seriale e ripetuto di un termine o di una immagine potenzialmente offensiva riduce nel tempo il connotato di disvalore originario –, o anche promuovere politiche 'interculturali', dall'altro vi è il rischio di ledere in maniera eccessiva gli interessi di minoranze, di approfittare del contenuto disturbante di talune comunicazioni al fine di conquistare nuove quote di mercato e accrescere il profitto dell'impresa, con riflessi negativi anche sul piano sociale.

6. Marchi comunitari, immoralità e violazione dell'ordine pubblico.

Le polisemie del linguaggio si traducono in comunicazioni valoriali complesse. Qualunque messaggio non è mai neutrale; né lo è il sistema della proprietà intellettuale. Tanto più il *brand* è noto e forte sul mercato, tanto maggiore è l'impatto sul pubblico dei consumatori. La circolazione di un segno o simbolo, peraltro, grazie alla globalizzazione e alla innovazione tecnologica, è potenzialmente senza confini. Ciò che occorre valutare è, dunque, la natura degli interessi del soggetto che chiede la protezione giuridica del marchio e, all'interno del pubblico dei consumatori, la tipologia di interessi dei gruppi lesi dal suo contenuto.

Dal punto di vista strettamente normativo il marchio è registrabile (dunque lecito e valido) da parte degli uffici competenti a livello nazionale o anche europeo ed internazionale, se non è contrario alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume⁵⁵. La violazione di uno di questi parametri, che rappresentano nel linguaggio del legislatore comunitario impedimenti assoluti, ha come conseguenza la nullità, la quale si riflette anche nelle vicende circolatorie, qualora il marchio sia oggetto di vendita o concesso in licenza. Invero, vietata è la registrazione non anche l'uso, che ben

spec. pp. 80 ss., 111 ss.; nonché M. RICOLFI, *o.u.c.*, p. 453 ss. Siffatta interferenza riguarda ancor più il *copyright law* (ben analizzato da N. NETANEL, *Copyright's paradox*, Oxford, 2008) che però esula dalla presente indagine.

⁵¹ Su questi aspetti, che richiamano anche la non pacifica funzione suggestiva dei (correlata alla pubblicità), per una riflessione sistematico-evolutiva nella letteratura interna: A. VANZETTI, *Natura e funzione giuridica del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, p. 16 ss.; ID., *Equilibrio di interessi e diritto al marchio*, *ivi*, 1960, I, p. 254 ss.; ID., *La funzione del marchio in un regime di libera cessione*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, I, p. 71 ss.; nonché C. GALLI, *Funzione del marchio ed ampiezza della tutela*, Milano, 1996; V. DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1993; G. SENA, *Marchio d'impresa (natura e funzione)*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1993, p. 293; V. MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi. La proprietà industriale nel mercato comune*, Padova, 1982; sui profili di armonizzazione europea della disciplina v., C. GALLI, *Il marchio come segno distintivo e la capacità distintiva nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 427 ss.; S. SANDRI, *L'evoluzione della funzione del marchio nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. ind.*, 2010, pp. 451-457; M. RICOLFI, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, vol. I, Torino, 2015, p. 40 ss.

⁵² Si è inteso discorrere a fini semplificatori di marchio e *brand* come sinonimi, benché il secondo termine provenga essenzialmente dal linguaggio economico legato alle strategie di *marketing*.

⁵³ S.K. KATYAL, *Trademark Intersectionality*, in *UCLA Law Review*, 2009, p. 1602 ss., la quale, coniugando *critical race theory* e *antidiscrimination law*, giunge persino a qualificare i marchi come beni pubblici (e non privati) proprio in considerazione dei riflessi sociali derivanti dalla sua funzione comunicativa e quindi dell'esigenza di ampliare la prospettiva valutativa includendo mondi solo apparentemente separati (*marketplace of ideas and market of goods*).

⁵⁴ I sentimenti sono modi di accertare le espressioni di un certo sistema culturale, ma essenzialmente in via indiretta; l'intuizione emozionale è la premessa per il raggiungimento dei valori da parte dei soggetti: A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, pp. 560 ss., 615 ss. I sentimenti, dunque, rilevano nel diritto (su tutti, l'amore è fondamento giuridicamente rilevante della dimensione relazionale, stigmatizzato nei principi di dignità e di eguaglianza: S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015).

⁵⁵ La normativa domestica, europea ed internazionale è sostanzialmente allineata: in Italia (ma analoghe previsioni sono presenti nei vari stati membri), per il marchio nazionale, v. art. 14, comma 1, Codice della proprietà industriale («Non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume»); per quanto riguarda il marchio europeo e la disciplina armonizzata rileva l'art. 7 Regolamento 2017/1001/UE («Sono esclusi dalla registrazione i marchi contrari all'ordine pubblico o al buon costume») che riprende, a sua volta, l'art. 6 *quinquies* B(3) della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale; analogamente l'art. 4, comma 1 lett. f, Direttiva 2015/2436/UE.



potrà perpetrarsi senza però garantire la protezione e l'esclusività, sia pur relativa, derivante dal meccanismo della registrazione. In questo senso il diritto, inteso nel suo valore ordinante e di garanzia, arretra mostrando una certa indifferenza: i marchi c.dd. di fatto esistono, e la valutazione di liceità può mutare nel tempo poiché le clausole generali, 'finestre sul mondo', consentono un adeguamento dell'esperienza giuridica rispetto al contesto sociale. Sicché, un marchio oggi immorale o illecito ben potrebbe, con il mutare dei costumi, divenire socialmente accettato.

I parametri di liceità del marchio, e in particolare il richiamo all'ordine pubblico ed agli *accepted principles of morality* sono sostanzialmente i medesimi nei regimi nazionali e nella normativa comunitaria derivata finalizzata all'armonizzazione del settore. In particolare, l'art. 7, par. 1, lettera f), RMUE (Regolamento sul marchio dell'Unione Europea – UE 2017/1001) ha come *ratio* il bilanciamento tra l'interesse delle imprese ad utilizzare liberamente parole e immagini nella attività di commercializzazione di prodotti o servizi, e l'interesse collettivo a non imbattersi in segni '*disturbing, abusive, insulting and even threatening.*' In generale, si ritiene che la norma debba essere interpretata sulla base di *standard* valutativi europei. L'obiettivo è evitare giudizi diversificati a seconda delle eterogenee tradizioni nazionali e/o delle differenti modalità di intendere concetti vaghi che richiedono una concretizzazione da parte dell'interprete domestico. Al contempo, però, tale tendenza monistica si scontra con una realtà pluralista⁵⁶: il pubblico di riferimento da considerare secondo la giurisprudenza europea è, per definizione, situato nel territorio di ciascuno stato membro e i segni percepibili dal pubblico come contrari all'ordine pubblico o al buon costume possono variare 'per ragioni linguistiche, storiche, sociali o culturali'. Sicché, tali nozioni vanno

⁵⁶ L'opposizione tra modello monista e pluralista è sotteso anche alla tradizionale narrativa del diritto contrattuale europeo: H.-W. MICKLITZ, *Monistic Ideology versus Pluralistic Reality – Towards a Normative Design for European Private Law*, in L. NIGLIA (a cura di), *Pluralism and European Private Law*, Oxford, 2013, pp. 29-51; e M.W. HESSELINK, *How Many Systems of Private Law are there in Europe?*, *ivi*, pp. 199-247; per una posizione intermedia e moderata, alla luce della casistica europea e di meta-principi che conformino le manifestazioni di autonomia privata al bene ed all'interesse comune v. C. MAK, *The One and the Many. Translating Insights from Constitutional Pluralism to European Contract Law Theory*, in *European Review of Private Law*, vol. 21, 2013, pp. 1189- 1210 (secondo un percorso già tracciato in EAD., *Fundamental Rights in European Contract Law: a Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy, and England*, The Netherlands, 2008).

interpretate prendendo in considerazione gli elementi peculiari degli Stati membri singolarmente considerati al momento dell'uso del marchio (fattori normativi, ma anche la dottrina e la prassi amministrativa)⁵⁷.

Morale e *public policy* tendono a sovrapporsi, per un fenomeno di *overlapping*. La sanzione prevista (non registrazione o successiva invalidazione) è sostanzialmente la medesima, sicché una rigida logica classificatoria tende a perdere di rilevanza. Eppure, le *Guidelines* dell'EU IPO⁵⁸, che hanno un ruolo significativo all'interno del contenzioso sui marchi, tentano una distinzione: la prima rinvia a 'norme morali fondamentali di una società' e va ponderata sulla base di criteri soggettivi; il secondo concetto, per contro, richiama lo *state of law*, un insieme di valori fortemente sentiti nel contesto europeo, oggetto di una maggiore condivisione in quanto fondamentali per l'organizzazione socio-politica dell'Unione, e va interpretato, invece, tramite canoni di giudizio oggettivi. Per entrambe le ipotesi il parametro, che certo non appartiene alla tradizione di *civil law*, è la *reasonable person*⁵⁹ di normale sensibilità e tolleranza, ossia una *fiction juris* che aspirerebbe ad arginare punti di vista soggettivi troppo estremi.

7. Libertà di espressione e tutela delle diversità linguistiche, religiose e culturali: la casistica europea.

La casistica sui marchi europei oscilla tra ipotesi nelle quali il giudizio di immoralità si coniuga senza soluzione di continuità con – o meglio è incluso nella – violazione dell'ordine pubblico pur essendo presente il riferimento ad entrambi nell'argomentazione; e fattispecie dove,

⁵⁷ V., in tal senso, Trib. UE, 20 settembre 2011, c. T-232/10, *Coat of Arms of the Soviet Union*, in *Foro. it.*, 2012, IV, c. 52 ss., spec. paragrafi 31-33, relativo alla raffigurazione dello stemma dell'ex Unione delle repubbliche socialiste sovietiche (U.R.S.S.).

⁵⁸ *Guidelines for Examination of EUTMs and RCDs*, entrate in vigore l'1 febbraio 2020, in guidelines.euipo.europa.eu. L'acronimo EU IPO (ex UAMI) indica l'Ufficio dell'Unione Europea per la proprietà intellettuale, competente per le domande di registrazione di marchi europei e per il relativo contenzioso. V., inoltre J.H. SCHOVSBO, "Mark my words" - *Trademarks and Fundamental Rights in the EU*, in *UC Irvine Law Review*, vol. 8, n. 3, 2018, pp. 555-581.

⁵⁹ Sulle origini del prototipo della *reasonable person* derivante dalle esperienze di *common law* e per la sua controversa introduzione nel *soft law* europeo e nel riforma del codice civile francese, v. C. Crea, *Dalla 'reasonableness' al 'raisonnable' nell'esperienza giuridica francese: 'Far Away So Close' o 'parler anglais sans le dire'?*, in *Ann. dir. comp.*, 2017, p. 719 ss.



invece, i *morals* sembrano assumere una certa valenza decisoria, veicolando istanze pluralistiche.

Così, il marchio *Ataturk* è stato ritenuto dall'EUIPO offensivo per la sensibilità della popolazione residente in Europa di origine turca, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera f), RMUE, trattandosi di un eroe nazionale, fondatore della Repubblica turca, dunque di un simbolo spirituale e politico⁶⁰.

Nell'Inghilterra⁶¹ *pre* Brexit è stata negata ad una società di logistica tedesca la registrazione del segno '*Paki*' da parte dell'ufficio competente, per violazione dell'ordine pubblico e della *morality*, e in considerazione del fondamentale valore europeo della lotta contro qualunque discriminazione. Il termine, da usare nel *packaging*, in *slang* inglese indica persone di origine pachistana, ma in senso dispregiativo, razzista e fortemente denigratorio per la comunità pachistana e come tale è inteso dal pubblico anglofono dell'Unione.⁶²

Di estremo interesse, sul piano della motivazione e della ricostruzione dei precedenti, il recente caso '*La Mafia se sienta a la Mesa*'⁶³, in cui il Tribunale UE ha confermato la decisione dell'EUIPO, invalidando il segno distintivo utilizzato da una catena di ristoranti spagnoli, perché in contrasto con l'ordine pubblico e il buon costume. Il richiamo alla mafia è percepito come oltraggioso, particolarmente in Italia, ma si sostanzia nella violazione di valori fondamentali e indivisibili, quali la dignità e la libertà che «costituiscono il patrimonio spirituale e morale dell'Unione» ed implicano una politica attiva di tutte le istituzioni, anche a livello internazionale, nella lotta alla criminalità organizzata. Nella medesima direzione si colloca anche il precedente caso '*ETA*', che designa un noto gruppo terroristico di origine basca, dato il contenuto scioccante quanto meno, ma non esclusivamente, per la popolazione spagnola⁶⁴.

Un più marcato ruolo dell'argomento morale, come strumento concettuale di gestione di conflitti culturali, emerge in relazione a due gruppi di ipotesi: a) differenze linguistiche all'interno dell'Unione; b) pluralismo di religioni, poiché l'immoralità può derivare da marchi o forme di *advertising* pubblicitario che utilizzano simboli religiosi appartenenti ad una comunità particolarmente radicata in uno o più stati membri.

Le parole utilizzate in una certa lingua possono, infatti, essere 'sentite' dal pubblico europeo in modi diversi a seconda dell'area geografica di riferimento e della lingua madre. Non è un caso che i *trade mark* sono da tempo analizzati nella prospettiva semiotica, quali segni di valore⁶⁵. Tale approccio valutativo è incentrato sulla percezione del significato di un termine (ma anche di immagini) all'interno di un certo contesto e in un dato momento storico; applicato ai segni distintivi consente di spiegare, ad esempio, perché la stessa capacità distintiva di un segno può mutare nel tempo, mancare in origine rispetto ad un termine generico (*secondary meaning*) ed essere acquisita successivamente o, viceversa, affievolirsi.

Molti marchi sono stati ritenuti illeciti dai decisori europei in quanto il valore disturbante, dunque il sentimento di immoralità, derivava dal significato che la parola possiede nella lingua di origine. Oltre al precedente caso *Paki*, possono citarsi molteplici ipotesi di rifiuti di registrazione in relazione a vocaboli offensivi, volgari o ingiuriosi in una delle lingue presenti negli stati membri: '*fucking*', '*fucking cancer*' o '*screw you*' in inglese; '*hijoputa*'⁶⁶ in spagnolo e comprensibile anche agli italiani; '*curve*' (prostitute) in rumeno; '*ficken*' in tedesco; '*kuken*'⁶⁷ in svedese. Per contro, sono stati qualificati come leciti i marchi: '*kuro*', poiché, di là dalla somiglianza con la parola volgare ungherese '*kúrò*', l'accentazione delle vocali corrisponde a

⁶⁰ Decisione della seconda commissione di ricorso dell'UAMI (ex EUIPO), 17 settembre 2012 (procedimento R 2613/2011-2), sulla quale v. Ord. Trib. UE, 12 settembre 2013, Causa T-580/12, Yaqub/UAMI - Turkey (ATATURK), in *eur-lex.europa.eu*.

⁶¹ Trib. UE, 5 ottobre 2011, c. T-526/09, PAKI Logistics v OHIM (PAKI), in *eur-lex.europa.eu*.

⁶² Il richiamo è, in particolare, agli artt. 2 e 3 del TUE, art. 9 e 10 TFUE e all'art. 21 del Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

⁶³ Trib. UE, 15 marzo 2018, c. T-1/17, La Mafia Franchises SL v EUIPO, con commento di F. PEZZA, *La Mafia se sienta a la mesa: the subtle line between outrageous and appealing*, in *www.medialaws.eu*, n. 3, 2018.

⁶⁴ Decisione dell'EUIPO, R. 563/2016-2, 27 giugno del 2016. La pronuncia si inserisce all'interno di un consolidato *case law* dell'EUIPO, relativo a segni che riproducono o evocano atti di terrorismo: v., altresì, la decisione del 29 settembre 2004, Bin

Laden (R 176/2004-2): per ulteriori riferimenti v. S. MARTIN, *La prohibition des marques immorales*, cit., p. 1263 ss.

⁶⁵ B. BEEBE, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, in 51 *UCLA L. Rev.*, 2004, p. 621 ss. e ID, *The Semiotic Account of Trademark Doctrine and Trademark Culture*, GRAEME B. DINWOODIE e MARK D. JANIS (a cura di), *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Northampton, 2008, p. 42 ss. sottolinea le implicazioni culturali del *modern trademark law* e la necessità di coniugare la analisi semiotica con la valutazione strettamente economica. Sulla centralità degli studi linguistici nel contenzioso relativo ai marchi, R. SHUY, *Linguistic Battles in Trademark Disputes*, New York, 2002.

⁶⁶ Trib. UE, 9 marzo 2012, c. T-417/10, Cortés del Valle López/UAMI (¡Que bueno ye! HIJOPUTA), reperibile in *curia.europa.eu*. Per i restanti casi menzionati cfr. *Guidelines for Examination of EUTMs and RCDs*, cit., p. 454-457.

⁶⁷ Decisione EUIPO, di rifiuto di registrazione, 1 ottobre 2019 (*euipo.europa.eu*).

suoni talmente diversi da rendere diversi anche i significanti; *'de puta madre'*, avendo l'espressione assunto nel tempo una connotazione positiva in spagnolo; *'aircurve'*, trattandosi di una combinazione creativa di un termine inglese con vocabolo rumeno.

346 Una menzione a parte merita la vicenda *Fuck Ju Göhte*⁶⁸. Il segno in questione, inizialmente ritenuto dall'ufficio europeo e dal Tribunale UE nel suo insieme grossolano e scioccante, capace di turbare i cittadini di lingua tedesca (Germania ed Austria), è stato poi giudicato dalla Corte di giustizia meritevole di piena protezione giuridica. La sentenza, constatata l'assenza di una nozione comune di buon costume, ha riconosciuto la liceità di tale marchio comunitario, nella sostanza assegnando prevalenza alla libertà di espressione, commerciale ma in questo caso anche artistica (art. 11 Carta Europea dei diritti fondamentali), di una impresa cinematografica tedesca. Si è, altresì, precisato che il giudizio di immoralità impone una attenta ponderazione del contesto di riferimento da effettuarsi *case by case*; una analisi empirica e non astratta, giacché la morale è relativa, variabile nel

⁶⁸ Corte giust., 27 febbraio 2020, causa C-240/18 P, Constantin Film Produktion GmbH v EUIPO, in relazione al marchio *Fack Ju Göhte* (www.curia.europa.eu). Si tratta del primo caso nel quale la Corte di Giustizia affronta il rapporto tra morale e marchi, nonché tra questi ultimi e la libertà di espressione ritenuta valore fondamentale da tutelare anche nell'ambito del trademark law e non solo nel settore dell'arte, della letteratura e della cultura. Sul piano argomentativo l'assunto è corroborato dal richiamo all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed alla luce sia del «considerando 21 del regolamento n. 2015/2424, che ha modificato il regolamento n. 2017/1001, sia d[e] considerando 21 del regolamento n. 2017/1001, che sottolineano espressamente la necessità di applicare tali regolamenti in modo tale da assicurare il pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare della libertà di espressione» (§ 56 della sentenza); J. DAVIS, *"Fack ju Göhte": or When is a Trade Mark Offensive?*, in *Cambridge Law Journal*, 2020, p. 234 ss. In senso critico sull'approccio empirico della sentenza in quanto incompatibile con il test di proporzionalità di cui all'art.10 CEDU, v. T. ENDRICH-LAIMBÖCK e S. SCHENK, *Then Tell Me What You Think About Morality: A Freedom of Expression Perspective on the CJEU's Decision in FACK JU GÖHTE (C-240/18 P)*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2020, p. 529 ss.; L. ZELECHOWSKI, *CJEU Rules on the Refusal Ground Concerning Marks Contrary to Accepted Principles of Morality (March 11, 2020)*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, ora reperibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3552716>. Giova segnalare che nel diritto dell'Unione la libertà di espressione commerciale è inclusa, non senza ambiguità, nella *freedom to conduct business* (libertà di iniziativa economica: C. GEIGER e L. MACHADO PONTES, *Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights (2017)*, in *20 years of the Boards of Appeal at EUIPO, Anniversary Book, Celebrating the Past, Looking Forward to the Future*, Alicante, EUIPO, 2017, pp. 96-113, reperibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3009170>).

tempo, inscindibilmente legata alle contingenze storico/sociali di una certa società⁶⁹. Data la centralità della percezione dei consumatori presenti nella parte dell'Unione interessata dalla circolazione del segno distintivo, il buon costume va individuato facendo riferimento «nel suo senso abituale, ai valori e alle norme morali fondamentali a cui una società aderisce in un dato momento. Tali valori e tali norme, (...) devono essere determinati in funzione del consenso sociale prevalente in quella società al momento della valutazione. Ai fini di tale determinazione occorre tenere in debito conto il contesto sociale, ivi incluse, se del caso, le diversità culturali, religiose o filosofiche che lo caratterizzano, al fine di valutare in modo oggettivo ciò che la società stessa considera, in quel momento, moralmente accettabile»⁷⁰. Un *deferential approach*, già espresso dalla Corte di Giustizia nel caso Omega e nell'ambito del dibattito sul diritto contrattuale europeo e ribadito, dunque, con riguardo alla proprietà intellettuale⁷¹.

Questa posizione della Corte di Giustizia sembra non dissimile da quella già da tempo accolta dalla Corte EDU (nel caso *Sekmadienis*)⁷², toccando

⁶⁹ A mo' di *divertissement*, tra gli elementi che nel *legal reasoning* giudiziale hanno avvalorato una percezione positiva del pubblico germanofono occorre segnalare che il segno denominativo "*Fack Ju Göhte*" corrisponde al titolo di una commedia cinematografica tedesca di grande successo; il titolo non sembra aver causato critiche; l'accesso al film da parte del pubblico giovane è stato assai significativo; il *Goethe Institut*, che è l'istituto culturale della Repubblica federale di Germania, attivo a livello mondiale e che ha tra i suoi compiti quello di promuovere la conoscenza della lingua tedesca, lo utilizza a fini pedagogici.

⁷⁰ Corte giust., 27 febbraio 2020, causa C-240/18, cit., § 39.

⁷¹ Cfr. retro, note 36 e 45.

⁷² Corte EDU, *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, 30 gennaio 2018, Appl. No. 69317/14, reperibile, in lingua francese su [federalismi.it](http://www.federalismi.it) (conforme alla precedente Corte EDU, *Dor v. Romania*, 25 agosto 2015, Appl. No. 55153/12, nella quale si è negata la registrazione di un marchio che simboleggiava un crocifisso). Critici nei confronti della pronuncia in quanto, enfatizzando eccessivamente il principio di 'responsabilità dello stato', sarebbe stata un'occasione mancata da parte della Corte europea dei diritti umani per indicare effettivi criteri di bilanciamento tra libertà di espressione e morale: N. COLAIANNI, *Quando la libertà prevale sulla morale: la pubblicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, pp. 1-7; M. CROCE, *Sekmadienis Ltd. c. Lithuania: luci e ombre di una sentenza a favore della libertà di espressione nella pubblicità commerciale*, in *Quad. cost.*, 2018, pp. 525- 527. I manifesti in questione riproducevano immagini di un uomo tatuato in jeans e una donna con l'aureola, vestita di bianco e con indosso una collana di perline, che imitava una corona di rosario. L'allusione a Gesù e Maria si trae[va] dalle frasi: "Gesù, che pantaloni!", "Gesù, Maria! Cosa indossate!", "Cara Maria, che vestito"» (ivi, p. 1)». In questa vicenda, in verità, la libertà di espressione potrebbe ritenersi estesa al c.d. *right to ridicule* (R. DWORKIN, *The Right to Ridicule*, in *The New York Review of Books*, 23 marzo 2006, Volume 53, n. 5, p. 44); ma ciò che interessa ai fini della riflessione è che trattasi di



un tema divenuto centrale oltreoceano a seguito di alcuni e più severi interventi della *Supreme Court* americana⁷³. La fattispecie sottoposta all’attenzione

comunicazione di natura commerciale e che il l’apprezzamento è stato rimesso alle corti domestiche. Per una analisi accurata della giurisprudenza della Corte EDU in materia di intellectual property rights, da ultimo, v. C. GEIGER e E. IZYUMENKO, *Shaping Intellectual Property Rights Through Human Rights Adjudication: The Example of the European Court of Human Rights*, in *Mitchell Hamline Law Review*, vol. 46, n. 3, 2020, pp. 528-612.

⁷³ Negli Stati Uniti, data la ben nota funzione ipertrofica del *First Amendment* della Costituzione americana (*freedom of speech*, in relazione alle ipotesi di *hate speech*), ma anche il delicato *melting pot* di etnie e razze e i maggiori rischi di collisione culturale molto diverso dalle esperienze di pluralismo socio-culturale esistenti in Europa, si accorda una sostanziale preminenza alla libertà di espressione commerciale delle imprese, riconoscendo protezione giuridica, tramite la registrazione, ai marchi prima legislativamente vietati in quanto immorali, scandalosi o *disparaging/denigratori* [15 U.S.C. §1052 (*Section 2 of the Lanham Act*)]. Significativi, sul punto – oltre alla vicenda *Redskins*, teste rosse (J. LEFSTIN, *Does the First Amendment Bar Cancellation of Redskins?*, in *Stanford Law Review*, vol. 52, n. 3, 2000, pp. 665-708) conclusasi con il rifiuto di registrazione – nel segno di questa tendenza: il caso *Matal v. Tam*, 137 S.Ct. 1744, 582 U.S. (U.S. 2017) riguardante il marchio *The Slants*, termine utilizzato per connotare la popolazione di origine asiatica con gli ‘occhi mandorla’ (che poteva avere un connotato razzista/discriminatorio) nel quale la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato incostituzionale la *disparagement clause*; nella medesima direzione il recente caso *Iancu v. Brunetti* - 139 S. Ct. 2294 (2019), benché non tocchi il tema del pluralismo, nel quale i giudici supremi hanno dichiarato incostituzionale il divieto di marchi immorali o scandalosi contenuto nel *Lanham Act* (per il marchio ‘*Fuct*’), sulla base delle medesime motivazioni contenute nella sentenza *Matal v. Tam*. Si tratta di una previsione inammissibile perché veicola ‘*discrimination based on viewpoint*’, favorendo certe idee a discapito di altre: dunque viola la fondamentale libertà di espressione anche commerciale (per il testo della sentenza v. https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-302_e29g.pdf); per un commento, tra i tanti, K. GREENFIELD, *Trademarks, Hate Speech, and Solving a Puzzle of Viewpoint Bias*, in *The Supreme Court Review*, 2020, p. 183 ss.). In senso critico sul percorso statunitense, perché non attento alle identità culturali, e promuovendo un trapianto del diverso modello adottato in Nuova Zelanda in relazione alla comunità indigena dei Maori cfr. R. DREYFUSS e S. FRANKEL, *Trade Marks and Cultural Identity*, in G.W. AUSTIN, A.F. CHRISTIE, A.T. KENYON e M.RICHARDSON (a cura di), *Across Intellectual Property: Essays in Honour of Sam Ricketson*, Cambridge-UK, 2020, p. 227 ss. Sostiene l’impossibilità di un trapianto dell’approccio americano ai marchi immorali in altre esperienze giuridiche europee, ma al contempo indica possibili nuovi scenari per segni distintivi con un contenuto ‘misto’, commerciale e politico o artistico, cfr. C. GEIGER e L. MACHADO PONTES, *Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights*, cit. pp. 96-113. Sui possibili scenari che si aprono dopo le sentenze *Matal* e *Brunetti* cfr. Esther H. SOHN, *Countering the “Thought We Hate” with Reappropriation Use under Trademark Law*, in *New York University Law Review*, vol. 94, 2019, pp. 1729-1766; A.C. YEN, *Choosing the Consequences of Tam and Brunetti*, in *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol. 19, n. 3, 2020, pp. 396-406; *de jure condendo* anche G. MYERS, *It’s Scandalous - Limiting Profane*

dei giudici di Strasburgo riguardava, in realtà, non segni distintivi, ma l’attività di *marketing* e *advertising* pubblicitario promossa da una società Lituana operante nel campo della moda e dell’abbigliamento; più esattamente, manifesti contenenti molteplici allusioni evangeliche a Gesù e Maria, diffusi anche nel *web*, ma privi di valore offensivo. La società era stata sanzionata dalle corti interne per violazione della morale cristiana. Il giudizio in sede europea riconosce la prevalenza della *freedom of expression* quale meta-valore fondamentale delle moderne società democratiche sulla morale (*ex art. 10 Cedu*). Tuttavia, l’interferenza della seconda sulla prima va valutata facendo riferimento al parametro del ‘*pressing social need*’, rispetto al quale gli Stati godono di un più ampio margine di apprezzamento, particolarmente intenso quando trattasi di espressione commerciale (e non di natura artistica o politica) e di marchi che toccano profili religiosi, ma che non rappresentano, in senso tecnico, opinioni o giudizi di valore manifestati nell’ambito di un discorso religioso. Il *wider margin of appreciation*, inoltre, si giustifica data l’assenza di una morale condivisa a livello europeo e dell’esigenza di rispettare le specificità di ciascuno stato, ma richiede una adeguata motivazione (carente nel caso di specie) capace di giustificare, in chiave di necessità (*proportionality test*), l’interferenza della morale con la libertà di espressione commerciale.

La violazione del buon costume può dunque derivare da marchi o forme di pubblicità che utilizzano simboli di culti radicati in uno o più stati membri, così urtando il sentimento dei fedeli. In tal caso la libertà di espressione va bilanciata con il pluralismo religioso. I singoli stati hanno in più occasioni optato per una tutela prioritaria della libertà di religione rispetto all’interesse dell’impresa alla registrazione di un segno distintivo offensivo di un certo credo proprio tramite l’argomento morale (buon costume). Tanto per citare alcuni esempi, basti menzionare le alterne e differenti vicende del marchio *Buddha bar*⁷⁴, di recente ammesso in Italia, ma altrove (Norvegia) dichiarato contrario ai principi della morale; il segno distintivo *Jesus*⁷⁵

Trademark Registrations after Tam and Brunetti, in *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 27, n. 1, 2019, pp. 1-20.

⁷⁴ Cass., Sez. I, 25 gennaio 2016, n. 1277, in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, p. 389, con nota di M.A. ANDREOLETTI, *La nullità del marchio per assenza di capacità distintiva e contrarietà all’ordine pubblico* e in *Foro it.*, 2016, 3, I, c. 817.

⁷⁵ Con riguardo alla casistica in questione, per più ampi riferimenti v. S. SPADAVECCHIA, *Marchi contrari all’ordine pubblico e al buon costume: il caso “Buddha Bar”*, in *Dir. ind.*, 2016, pp. 359-368; sulla centralità che la libertà di espressione ha in UK a differenza della casistica europea cfr. S. SNEDDEN,

negato nell'Inghilterra puritana, perché rappresenterebbe un anatema sia per i cristiani, in una logica di parità di trattamento, sia per coloro i quali credono che in una società civile sia necessario rispettare le credenze di ogni individuo; sempre nel contesto nazionale, il rifiuto di registrare *Black Madonna* e *Giubileo* per loro alto valore cattolico⁷⁶.

8. Semantica della differenza e istanze euro-unitarie.

La casistica è ampia e complessa da razionalizzare; tuttavia, alcuni *trend* sembrano potersi delineare. Nell'ambito preso in considerazione, ossia l'esperienza teorico applicativa dei marchi, il pluralismo è veicolato dalla clausola del buon costume nel significato essenzialmente di morale pubblica. Inoltre, tanto maggiore è il livello di accettazione sociale di un valore e la sua normativizzazione assiologica a livello europeo, tanto più i *morals* vengono assorbiti nell'ordine pubblico riempito dei principi accolti nelle carte costituzionali europee.

L'argomento del pluralismo, che si manifesta per il tramite dell'uso della morale/buon costume, rappresenta uno degli elementi presi in considerazione all'interno del *legal reasoning*, secondo un approccio altrove chiamato '*demystifying*'⁷⁷ teso a non escludere, ma neanche a sopravvalutare tale fattore all'interno dei processi di interpretazione di fatti o di riconoscimento di protezione giuridica di diritti e di un loro apprezzamento alla luce del contesto reale. Così

Immoral trade marks in the UK and at OHIM: how would the Redskins dispute be decided there?, in *Journal Intellectual Property Law & Practice*, 2016, vol. 11, n. 6, p. 270 ss.

⁷⁶ Il segno distintivo Osho, invece, è stato ritenuto lecito in sede europea perché non considerato oltraggioso per i credenti: Trib. UE, 11 ottobre 2017, c. T-670/15, Osho Lotus Commune/EUIPO-Osho International Foundation (OSHO) che ha respinto il ricorso proposto avverso la decisione della quarta commissione di ricorso dell'EUIPO del 22 settembre 2015 (procedimento R 1997/2014-4), relativa a un procedimento di dichiarazione di nullità (domanda di cancellazione del marchio Osho ritenuto dall'istante generico e in violazione dell'ordine pubblico e del buon costume: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015TA0670&from=IT>).

⁷⁷ Così, nella prospettiva dell'interpretazione costituzionale e del ruolo dell'argomento multiculturale: A. SHACHAR, *Demystifying Culture*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 2, 2012, p. 429 ss. L'elemento culturale, d'altro canto, va considerato all'interno del più ampio processo di interpretazione e qualificazione dei fatti giuridici, in quanto valutabili non isolatamente bensì all'interno del loro 'contesto' senza però indulgere in pericolosi formalismi o pretese di oggettività: P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali*, cit., p. 445.

inteso, tale argomento concorre alla emersione di un dato rilevante: l'eterogeneità sociale e culturale e, conseguentemente, normativa propria dell'architettura europea, che permane nonostante le aspirazioni unitarie, la ricerca di tradizioni comuni e i processi di armonizzazione e costituzionalizzazione europei.

Sicché, le questioni 'morali' continuano a rappresentare una riserva delle differenze. I messaggi commerciali comunicano valori, giacché incidono sul sentimento degli individui, condizionati da contesti sociali, culturali e politici eterogenei. Soggettività dei valori morali, variabilità spazio-temporale del buon costume e accettabilità/sensibilità/percezione sociale sono semantiche della differenza. Sono indici di persistenti diversità e frammentazioni, di realtà plurali ed in continua evoluzione.

