

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**7/2020**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale* (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

## LA DISCIPLINA PENALE DELLA PROSTITUZIONE AL DOPPIO VAGLIO DELLA CONSULTA, TRA GIUDIZI DI FATTO, MORALISMO PENALE E RAGIONEVOLEZZA GIUDIZIALE

di Federico Bacco

SOMMARIO: 1. Nuovi sguardi sui profili penali della legge Merlin. – 2. Un breve riepilogo delle argomentazioni della sentenza n. 141 del 2019. – 2.1. Dignità e autonomia personale tra giudizi di valore e riscontri fattuali. – 2.2. Libertà e autonomia della scelta prostitutiva: un riscontro davvero ‘inconfermabile’? – 3. Criteri di legittimazione: paternalismo o moralismo? – 4. Sviluppi sul piano penalistico.

### 1. Nuovi sguardi sui profili penali della legge Merlin.

Nel giro di pochi mesi la legge Merlin finisce per ben due volte sotto la lente della Corte costituzionale: oggetto dei dubbi di costituzionalità sono in un caso (sfociato nella pronuncia n. 141 del 2019) le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 3, primo comma, n. 4, prima parte, e n. 8 della legge 20 febbraio 1958, n. 75 (la c.d. legge Merlin) – che prevedono, rispettivamente, i reati di ‘reclutamento della prostituzione’ e di ‘favoreggiamento della prostituzione’; nel secondo caso (pronuncia n. 278 del 2019), al dubbio di costituzionalità riguardo l’articolo 3 n. 8 si è aggiunto quello relativo al n. 3, ossia la tolleranza abituale della prostituzione all’interno di locali di cui si sia proprietari o di cui si abbia la gestione. Entrambe le ordinanze di rimessione sollevano eccezione di incostituzionalità delle incriminazioni limitatamente all’ipotesi di applicazione anche alla prostituzione c.d. ‘volontaria’ (non oggetto di costrizione): quale sarebbe la ragione di punire attività di mero supporto a un’attività giuridicamente non illecita e liberamente (non coattivamente) esercitata?

La risposta della Corte costituzionale è la medesima in entrambi i casi (infondatezza della questione), con due pronunce delle quali la seconda costituisce una mera riproposizione delle argomentazioni già esposte in quella di poco precedente. All’atto di trarre un bilancio, le sentenze possono essere considerate come manifestazione di una medesima linea di pensiero, che ha confermato le proprie posizioni pur lasciando notevoli spazi di criticità, soprattutto relativamente alla definizione dell’interesse tutelato dalle norme della legge Merlin, riguardo al quale la Corte non assume una posizione netta. Se da un lato la declaratoria di infondatezza sembrerebbe esprimere un atteggiamento univoco, dall’altra parte la reiterata debolezza argomentativa di alcuni punti focali delle motivazioni e il richiamo alla intrinseca politicità del tema, unitamente al riconoscimento dell’assenza di obblighi costituzionali per l’incriminazione e all’asserita necessità di interpretazioni giudiziali orientate alla

logica applicativa dell'offensività 'in concreto', rappresentano a nostro avviso un segnale mediante il quale i giudici hanno comunicato al legislatore l'esigenza di farsi carico di una (auspicabile) rimeditazione legislativa della disciplina<sup>1</sup>.

Il rigetto delle questioni è una risposta sul piano tecnico, che non chiude il discorso sull'interpretazione del diritto vigente (come peraltro afferma espressamente la Corte) e della politica del diritto di fronte a problemi che l'argomentare dei giudici costituzionali, non immune da passaggi problematici, ha contribuito, volente o nolente, a mettere ancora più enfaticamente in evidenza.

In tempi recenti si è prodotta una notevole fessura – se non proprio uno squarcio – sul velo di quasi 'reticenza' che il pensiero penalistico ha da sempre adottato nei confronti della legge Merlin e, più in generale, dei profili penalistici della prostituzione: un tema che, a dispetto della profonda complessità, risulta sostanzialmente poco 'arato' dalla dottrina penalistica<sup>2</sup> e che, pur a fronte di una casistica ampia e spiccatamente

<sup>1</sup> Opzione che già prima delle ordinanze di rimessione trovava l'avallo pressoché unanime della dottrina penalistica italiana; v. *ex plurimis*, A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in *Arch. pen.*, 1/2019, pp. 1 ss.; M. BERTOLINO, *Focus: prostituzione e tratta: lo sfruttamento sessuale della persona nella globalizzazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, pp. 630 ss.; F. PALAZZO, *Moralismo e "bagatellizzazione" del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 11, pp. 1341 ss.

<sup>2</sup> Fra le opere dedicate *ex professo* alla questione si vedano gli scritti di A. CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione: verso una legittimazione del moralismo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2019, pp. 1653 ss.; ID., [L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili](#), in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, pp. 153 ss.; ID., *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in AA. VV., *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, a cura di Cadoppi A., Roma, 2014, 281 ss.; ID., *Prostituzione: addio Merlin?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 781 ss.; ID., *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in *Arch. pen.*, 1/2019, pp. 1 ss.; si veda poi il volume di AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014. Studio monografico di riferimento è il recente, approfondito e condivisibile libro di F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018; del medesimo Autore si veda ID., *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin? Sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in *Leg. pen.*, 11/2019, pp. 1 ss.; ID., *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta nelle recenti proposte di incriminazione del cliente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, 667 ss.; Tra gli ulteriori scritti sul tema si vedano F. MAZZACUVA, *Favoreggiamento e induzione della prostituzione. Limiti e contraddizioni dei paradigmi causali*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 10, pp. 1333 ss.; A. MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 3/2019, pp. 1617 s.; A. DELIA, *"Nessun aiuto a Bocca di Rosa!": il monito della Cassazione ed il punto sulla rilevanza penale degli annunci pubblicitari "A.A.A." agli effetti della "legge Merlin"*, in *Cass. pen.*, 1/2018, 326 ss.; M. BERTOLINO, *Focus: prostituzione e tratta: lo sfruttamento sessuale della persona nella globalizzazione*, cit., pp. 627 ss.; EAD., *Commento agli articoli 519-544 c.p.*, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Milano 2017, pp. 1727 ss.; T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, Pisa 2015; V. BONFANTI – P. DI NICOLA, *I reati in materia di prostituzione*, Milano 2015; L. BONTEMPI, *Sub art. 3, L. 20 febbraio 1958, n. 75*, in E. Dolcini – G.L. Gatta, *Codice penale commentato*, III, Milano 2015, 988 ss.; F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in AA.VV., *Prostituzione e diritto*, cit., 302 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in AA.VV., *Prostituzione e diritto*, cit., 315 ss.; D. BALESTRIERI, *I delitti di prostituzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2009, 99 ss.; U. PIOLETTI, voce *Prostituzione*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 1995, X, 274 ss.; G. LA CUTE, *Prostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. Giur.*, XXXVII, Milano 1988, 452 ss.; F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 705 ss.; G. VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della "legge*

problematica, ha indotto solo in rari casi la giurisprudenza a dubitare della legittimità delle disposizioni normative, e peraltro con risposte di segno sempre negativo<sup>3</sup>.

Le sentenze n. 141 e n. 278 del 2019 sembrano aver dato un nuovo, forse decisivo, impulso alla tematizzazione di profili i quali sono ad oggi tutt'altro che compiutamente esplorati. L'opinione dei commentatori riguardo la sentenza n. 141 è, pur con diversità di accenti, di tipo critico; 'delusione' è il termine che meglio descrive il sentire degli interpreti<sup>4</sup>, segno di aspettative che si erano generate nell'auspicio di esiti differenti, come emerge anche da recenti lavori della dottrina che hanno mostrato un impegno non solo scientifico ma in un certo senso anche 'civile' sul tema<sup>5</sup>.

Nel presente scritto, a partire da una sintesi dei punti critici evidenziati anche da precedenti commentatori, focalizzeremo l'attenzione su alcuni snodi del ragionamento della Corte costituzionale, espressi nella pronuncia n. 141 e confermati nella sentenza successiva. In particolare, merita a nostro avviso di essere evidenziato come i giudici

*Merlin*", in *Studi in onore di F. Antolisei*, III, Milano 1965; F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1959, pp. 452 ss. Per una trattazione nella manualistica, sia consentito il rinvio a F. BACCO, *La prostituzione di fronte al diritto penale*, in AA.VV. a cura di D. Pulitanò, *Diritto penale-parte speciale. Delitti contro la persona*, III ed., Torino 2019, pp. 337 ss.

<sup>3</sup> Tra le questioni finora sottoposte all'attenzione della Corte si segnalano la disposizione di cui all'art. 3 n. 8, ossia il favoreggiamento (questione sempre respinta), v. C. cost. n. 44/1964; l'art. 3 n. 3 (il quale incrimina il gestore o preposto ad un albergo che tolleri abitualmente la presenza di una o più persone, che all'interno del locale stesso, si danno alla prostituzione), impugnato per violazione del principio di eguaglianza e respinto in modo alquanto sbrigativo dalla Corte, v. C. cost. n. 108/1964; n. 119/1973; per violazione del principio di uguaglianza nel richiamo di talune disposizione alla sola prostituzione femminile, respinta per difetto di rilevanza, v. C. cost. n. 266/1974; per problemi di proporzione sanzionatoria (nella parte in cui la norma di cui all'art. 4 n. 2 prevede il raddoppio della pena per le ipotesi delittuose previste dall'art. 3 della stessa legge, nel caso in cui il fatto sia commesso ai danni di persona minore degli anni ventuno, ma maggiore degli anni diciotto che determinerebbe un contrasto tra la norma della cui legittimità costituzionale si dubita e quella contenuta nell'art. 3, n. 5, che punisce l'induzione alla prostituzione della donna di maggiore età), v. C. cost. n. 205/1982; n. 250/1982. Sulle questioni più sostanziali, che involgono il fondamento delle incriminazioni, si veda l'atteggiamento di chiusura della Corte di Cassazione: Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 2012, n. 4139; Cass. pen., sez. III, 22 settembre 2015, n. 49643, le quali hanno dichiarato infondate le ragioni poi invece accolte dalla Corte rimettente.

<sup>4</sup> Palesato ad esempio in A. CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 1663. In ambito costituzionalistico, una voce in appoggio alla decisione della Corte ha sintetizzato in modo discutibile, poiché potenzialmente gravido di fraintendimenti, il senso dell'ordinanza di rimessione, osservando che «nella questione di costituzionalità, la 'riabilitazione' (o la 'sopravalutazione') nella considerazione sociale dell'attività delle escort è funzionale a giustificare l'attività di sfruttamento delle stesse», v. F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 268.

<sup>5</sup> Alberto Cadoppi è il giurista penale che più si è speso nella trattazione e nella divulgazione del tema, sia attraverso interlocuzioni con organi istituzionali (si veda il convegno dal titolo "*Addio Merlin – Prostituzione tra diritto penale e tabù*", organizzato presso al sala Aldo Moro del Palazzo di Montecitorio, recuperabile all'indirizzo <https://webtv.camera.it/evento/7751>), sia attraverso l'elaborazione di proposte di legge, v. A. CADOPPI, *Una proposta di riforma della Legge Merlin*, in AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*, cit., attraverso l'impegno in vicende processuali come autore di importanti pareri, v. *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, cit., e come autore di scritti che hanno anticipato le questioni poi giunte al vaglio della Corte costituzionale, v. A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 333 ss.

costituzionali non si limitino a considerazioni sul piano dei valori normativi, ma prendano posizione, in modo discutibile, anche in ordine a questioni che richiederebbero una più approfondita istruttoria sul piano dei riscontri fattuali, e che rappresentano peraltro proprio l'elemento su cui si impenna il dubbio manifestato dalla Corte rimettente riguardo al possibile anacronismo della legge Merlin, ossia la distanza oggi esistente tra il contesto in cui prendeva forma la legge del 1958 e le attuali, ben più complesse, forme di manifestazione del fenomeno del sesso a pagamento.

## 2. Un breve riepilogo delle argomentazioni della sentenza n. 141 del 2019.

Prendiamo a riferimento la sentenza n. 141. La motivazione può suddividersi in diversi nuclei: una prima parte tesa a confutare la connessione tra libertà di autodeterminazione economico-sessuale (*rectius*, libertà di concedere sessualmente il proprio corpo dietro corrispettivo economico), e l'art. 2 della Costituzione; connessione a cui la Corte contrappone il richiamo all'art. 41 e il conseguente necessario bilanciamento con eventuali controinteressi; un secondo nucleo argomentativo incentrato sulla dignità quale valore da intendersi secondo una concezione oggettiva; infine, una parte che potremmo definire più specificamente penalistica, la quale si sofferma su profili di offensività in astratto e di determinatezza delle norme impugnate, e che tocca, seppure in modo fugace, il discorso delle scelte (non obbligate) di politica del diritto.

La Corte prende le mosse dall'interrogativo circa la qualificazione dell'attività prostitutiva come estrinsecazione della libertà sessuale, e respinge tale ricostruzione osservando che «Non può essere certamente condiviso l'assunto del giudice rimettente, stando al quale la prostituzione volontaria rappresenterebbe una «modalità autoaffermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità». Al contrario, secondo i giudici costituzionali, la prostituzione è una particolare forma di attività economica, la cui copertura costituzionale è da ricercarsi nell'art. 41 Cost. e non nell'art. 2.

La mossa argomentativa della Corte si rivela efficace, perché ricollocando l'attività prostitutiva nell'ambito dell'art. 41 Cost. ne attenua la copertura come libertà costituzionalmente garantita e ne riduce il peso in un ipotetico giudizio di bilanciamento. Il successivo sviluppo della sentenza è infatti guidato dal rilievo secondo cui l'art. 41 della Costituzione tutela la libertà di iniziativa economica privata «a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti». Ecco che si insinuano due snodi argomentativi tanto importanti quanto problematici: i valori in gioco, quali controinteressi da tutelare e rispetto ai quali l'attività prostitutiva potrebbe costituire un *vulnus*, sarebbero da un lato la sicurezza e la libertà (del soggetto che si prostituisce), e dall'altro la dignità umana.

2.1. *Dignità e autonomia personale tra giudizi di valore e riscontri fattuali.*

La dignità costituisce la chiave di volta a livello teoretico-valoriale, mentre il grado di libertà del soggetto che si prostituisce appare, nelle parole della Corte, come l'esito di asseriti riscontri fattuali di presumibile (ma non specificata) derivazione statistica. Si tratta di due argomenti profondamente legati e interdipendenti; la mossa di declinare la dignità in chiave oggettivo-paternalistica, funzionale ad assolutizzarne il valore e a *depersonalizzarlo*, finisce per recidere le eventuali connessioni con la libertà di autodeterminazione del soggetto che si prostituisce, e indebolisce ancora di più eventuali obiezioni volte ad affermare la dignità della scelta prostituzionale come modalità di autoaffermazione della persona. Si tratta di un punto particolarmente controverso, in quanto gravato delle profonde criticità che la dottrina penalistica ha da tempo opportunamente evidenziato relativamente all'uso e, soprattutto all'abuso, del concetto di dignità umana quale oggetto di tutela penale o quale controinteresse alle libertà<sup>6</sup>.

In un passaggio fondamentale la Corte afferma che è incontestabile che «nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di “dignità” vada inteso in senso oggettivo<sup>7</sup>: non si tratta, di certo, della “dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore. È, dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente».

Tale ragionamento evidenzia, giustamente, come l'art. 41 sia una disposizione volta a stabilire una gerarchia tra valori, e in particolare a rimarcare come l'interesse

---

<sup>6</sup> Ad oggi nel panorama penalistico italiano lo studio più approfondito è quello di A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., pp. 89 ss. Il tema della dignità umana come bene penalmente tutelabile è oggetto di riflessioni critiche in G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in AA.VV., a cura di Risicato-La Rosa, *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, cit., p. 33; ID., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., pp. 553 ss.; C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Jus 17@unibo.it*, 1/2009, p. 195; pp. 202 ss.; più favorevole a un recupero (tramite un uso accorto e non inflazionistico) del concetto di dignità umana, D. PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal Codice Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2010, pp. 510 s.; cfr. G. FORTI, «La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità». *L'apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2- 3/2008, pp. 293 ss.; si veda anche C. SOTIS, *Practical Reason and Enantiosemy of Human Dignity: The Reality of the Principle in Italy*, in B. Feuillet-Liger, K. Orfali (eds.), *The Reality of Human Dignity*, cit., 83 ss. Nella dottrina tedesca si veda l'importante saggio di W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, pp. 125 ss.; profili critici del concetto di dignità in ambito penalistico sono evidenziati anche in H. ZIPE, *Politica criminale*, tr. it., Milano, 1979, p. 89. Nel panorama statunitense, per una sintesi del dibattito v. C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *19 The European Journal of International Law*, pp. 655 ss.; per una panoramica di taglio più divulgativo v. M. ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, tr. it., Torino, 2012, pp. 65 ss. con riferimento allo specifico ambito della prostituzione, v. A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 14 ss.

<sup>7</sup> Sulle definizioni di dignità soggettiva e oggettiva applicate al tema della prostituzione, v. per tutti, A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 285 ss.

economico assuma un rango costituzionale inferiore rispetto a valori fondamentali che ineriscono alla collettività ('utilità sociale') o alla persona umana (sicurezza, libertà, dignità umana). In questo caso però i giudici costituzionali ne danno un'interpretazione non solidaristica (limite all'attività economica a tutela di terzi) bensì paternalistica, quale limite a tutela del soggetto stesso che esercita l'attività<sup>8</sup>.

In altri termini la dignità umana non entra in gioco quale contrassegno valoriale della persona ma, in virtù dell'asserita connotazione oggettiva e delle rime esplicative con cui la Corte ne disegna le coordinate (demandandone i contenuti al «legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente»), il concetto assume le sembianze di un limite 'esterno' alla persona, del tutto affine, come è stato condivisibilmente osservato<sup>9</sup>, ai ben noti, ed alquanto eterei, beni collettivistici della 'moralità pubblica e del 'buon costume'<sup>10</sup>.

Questo discutibile modo di intendere la dignità non è inedito nella giurisprudenza costituzionale<sup>11</sup>, e mostra la persistenza di una linea ricostruttiva che tende, soprattutto in forza della connessione col sentimento, a tramutare la dignità in un bene 'ricettacolo' di pulsioni emotive. Non solo: l'accostamento tra il 'comune sentimento sociale' e la definizione in termini di 'attività che degrada e svilisce l'individuo in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce' appare evocativa di un atteggiamento sociale di tipo repulsivo affine alle dinamiche del disgusto proiettivo<sup>12</sup>. La dignità 'oggettiva' si tramuta così nel riflesso di un sentire sociale stigmatizzante e contribuisce in questo modo a distanziare la prostituzione da una dimensione di 'normalità'. L'«abnormità» della scelta di svolgere l'attività prostituiva troverebbe in questo modo nel discorso di un'asserita dignità oggettiva il fondamentale ostacolo a un possibile accreditamento sul piano assiologico e dei valori costituzionali<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Sul punto, efficacemente, F. PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin?*, cit., pp. 27-29; condivisibile è la notazione di A. CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento*, cit., p. 1660, secondo il quale l'art. 41 Cost. «allude a ipotesi in cui si deve proteggere la dignità del lavoratore nell'ambito del lavoro subordinato», ossia a contesti in cui lo squilibrio è insito nel rapporto lavorativo, esposto dunque ad abusi, e non a ipotesi di lavoro autonomo.

<sup>9</sup> F. PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin?*, cit., p. 35.

<sup>10</sup> Per tutti, v. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984; A. CADOPPI, *Moralità e buon costume (delitti contro la) (diritto anglo americano)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, pp. 187 ss. Per un inquadramento sul piano delle disposizioni codicistiche, sia consentito il rinvio a F. BACCO, *Tutela del pudore e della riservatezza sessuale*, in AA.VV. a cura di D. Pulitanò, *Diritto penale-parte speciale. Delitti contro la persona*, III ed., Torino 2019, pp. 319 ss.

<sup>11</sup> Il richiamo a una ricostruzione su base emotivo-sentimentale della dignità è centrale in C. Cost. n. 293/2000; sul tema v. C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, pp. 13 ss.; sia consentito il rinvio a F. BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Giappichelli, 2018, pp. 80 ss.

<sup>12</sup> Sul tema v. M. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità*, tr. it., Milano, 2011, p. 86; EAD., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, tr. it., Bari, 2007, pp. 98, 157.

<sup>13</sup> Per una posizione favorevole all'argomentare della Corte, v. F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale*, cit., pp. 276 ss.



Il richiamo all'articolo 41 Cost. e la conseguente evocazione della dignità quale controinteresse a un diritto di esercizio del sesso a pagamento costituiscono due argomenti che si attestano sul piano valoriale, e precisamente dell'interpretazione di valori costituzionali e dei loro limiti. Se dovessimo però individuare la chiave di lettura del complessivo atteggiamento della Corte riguardo al fenomeno della prostituzione, saremmo portati a focalizzare l'attenzione su un'asserzione che, almeno esteriormente, viene presentata come riscontro fattuale. Ci riferiamo al punto in cui si osserva che «È, in effetti, inconfutabile che, anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede».

## 2.2. Libertà e autonomia della scelta prostitutiva: un riscontro davvero 'inconfutabile'?

La Corte si sofferma su profili che costituiscono il retroterra della scelta di politica del diritto, ossia le ragioni, sul piano sociale e criminologico, per predisporre una disciplina penale ad argine di un fenomeno. Un chiarimento doveroso, se è vero che «La dimensione politica della lotta contro il delitto non si esaurisce dunque nel 'come' combattere al meglio qualche cosa di stabilito *a priori*, ma comprende la preliminare individuazione di 'che cosa' combattere con dati strumenti»<sup>14</sup>. Ma è proprio con riguardo a tale 'che cosa' che il passaggio espresso in sentenza risulta tutt'altro che risolutivo e, per certi versi, apodittico.

La nettezza dell'affermazione della Corte, suggellata dall'attributo 'inconfutabile', appare discutibile nel metodo, ossia l'uso di un termine che, benché frequente nel lessico giuridico, è forse troppo pretenzioso nell'argomentare scientifico. Siamo dentro un campo di problemi di non facile soluzione: «Se un positivo governo di processi sociali ha a che fare con fatti, oltre che con valori, anche i fatti vanno considerati nell'argomentare e controllare le soluzioni; ed i fatti (a differenza dei valori ultimi) sono assoggettabili a verifica o falsificazione empirica»<sup>15</sup>. È il terreno dei giudizi di fatto<sup>16</sup>, il quale rappresenta (dovrebbe rappresentare) un ambito nel quale la discrezionalità, sia

---

<sup>14</sup> D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in AA.VV., a cura di G. Marinucci – E. Dolcini, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 5.

<sup>15</sup> ID., p. 16.

<sup>16</sup> D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2008, pp. 1027 ss.; ID., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2006, pp. 814 ss.; per un punto di vista differente, non antitetico ma complementare, v. G. FIANDACA, *Giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in AA.VV., a cura di M. Bertolino – L. Eusebi – G. Forti, *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, pp. 265 ss.

del legislatore sia dell'interprete, deve fare i conti con dati di realtà in un dialogo con i saperi sul mondo.

Fra le critiche della dottrina alla sentenza si è rilevato come i giudici non abbiano mostrato sufficiente consapevolezza del fatto che l'ampiezza del fenomeno del sesso a pagamento non è più comprimibile nell'assioma 'prostituta=soggetto sfruttato'<sup>17</sup>. È d'uso oggi parlare di 'prostituzioni' al plurale<sup>18</sup> proprio per mostrare come, al di là della fondamentale distinzione tra prostituzione volontaria e prostituzione forzata, la vendita 'non coartata' del proprio corpo a fini sessuali rappresenti un variegato ambito al quale sono suscettibili di essere ricondotte svariate tipologie di meretricio, nelle quali il grado di libertà della scelta può essere differente. In questo senso riteniamo che la definizione di 'inconfutabile' sia eccessivamente semplificante poiché non contribuisce a dar conto della complessità del tema<sup>19</sup>. Un deficit che la dottrina costituzionalistica potrebbe ricondurre al concetto di 'concretezza' del giudizio costituzionale, per indicare come «La conoscenza di determinati dati di fatto serve al giudice delle leggi non per controllare la loro conformità o difformità rispetto alla norma, "sebbene per comprendere lo stesso significato della medesima, per cogliere la vita concreta del diritto"»<sup>20</sup>.

Nella sentenza n. 141 del 2019, la Corte definisce la scelta di prostituirsi come condizionata da fattori che «limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali»: pur mostrando sensibilità verso scelte di vita problematiche e per molti versi 'infelici', si finisce per applicare in modo implicito un proprio metro di razionalità<sup>21</sup> finalizzato a escludere la possibilità *anche teorica* che, al netto di condizionamenti esistenziali radicati in un vissuto problematico, un soggetto possa decidere liberamente e consapevolmente, di vendere il proprio corpo<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Per tutti, v. A. CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento*, cit., p. 1659; in questo senso, con particolare attenzione ai profili del giudizio di costituzionalità, si veda la condivisibile critica di B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2019, pp. 1676 ss.

<sup>18</sup> Per tutti v. I. MERZAGORA – G. TRAVAINI, *Prostituzioni*, in AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*, Roma, 2014, pp. 37 ss.

<sup>19</sup> Per una panoramica, v. I. MERZAGORA – G. TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, pp. 637 ss.

<sup>20</sup> Così V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. costituzionali*, 2/2019, pp. 393, il quale a sua volta cita A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, pp. 1335 ss. Interessanti riflessioni sui rapporti fra poteri istruttori della Corte costituzionale e saperi sul mondo, in M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 1/2017, pp. 9 ss.

<sup>21</sup> Sul tema, sconfinato, della psicologia della decisione, si veda per un quadro di sintesi AA. VV., a cura di N. BONINI – F. DEL MISSIER – R. RUMIATI (a cura di), *Psicologia del giudizio e della decisione*, Bologna, 2008; R. RUMIATI, voce *Decisione, psicologia della*, in *Enciclopedia Treccani*; si veda anche il classico studio di A. TVERSKY – D. KAHNEMAN, *The framing of decisions and the psychology of choice*, in *211 Science*, 1981, pp. 453 ss.

<sup>22</sup> Un atteggiamento, quello della Corte, a cui può muoversi la critica preconizzata da F. PARISI, *Prostituzione*, cit., pp. 227 ss. quando osserva che «il carattere consapevole o meno della scelta non potrà di certo attribuirsi sulla base di un giudizio che proviene dall'esterno, secondo valori e concezioni morali, ideologiche o culturali accolte da soggetti terzi».

In questo passaggio risiede a nostro avviso un importante *gap* argomentativo: può essere legittimo, per quanto criticabile sotto il profilo della cautela epistemica data l'assenza di richiami statistici, affermare che una larga maggioranza della casistica in materia di prostituzione abbia alla base dinamiche di condizionamento nella scelta, ma la sentenza, letta nel suo complesso, non sembra lasciare concreti spiragli alla configurabilità quantomeno potenziale di una libera, autonoma e consapevole decisione di esercitare il sesso a pagamento e, conseguentemente, alla presa in carico, da parte dell'ordinamento, di tale realtà. Una conclusione che finisce in questo modo per disconoscere le dinamiche di una parte rilevante del fenomeno<sup>23</sup>, e che, soprattutto, mostra di non voler (o di rifiutarsi di) prendere sul serio, pur nella sua apparente infelicità, la scelta di esercitare la prostituzione come mestiere<sup>24</sup>. Nel parlare di 'naturale riluttanza ad offrire prestazioni sessuali dietro mercede', la Corte, denota una ritrosia a riconoscere, anche sul piano simbolico e del messaggio culturale, la realtà della mercificazione del sesso. Il ragionamento si ammanta di una fitta coltre moralistica e paternalistica nel momento in cui, associando la 'naturale riluttanza' all'asserito 'inevitabile' condizionamento da parte di non meglio precisati fattori che influenzano la libertà di scelta, si trasmette il messaggio che la scelta di esercitare la prostituzione non possa essere *mai* del tutto 'libera'.

Beninteso: non siamo certo in un ambito che si presta a distinzioni nette, dicotomiche; ci si muove in un terreno in cui il ruolo dei fattori che possono aver 'condizionato', piuttosto che 'indotto', se non semplicemente 'accompagnato', una scelta complessa come quella di vendere il proprio corpo, non è matematicamente quantificabile, come del resto non lo è per qualsiasi scelta rilevante nell'economia esistenziale di una persona. I fattori condizionanti, esemplificati dal richiamo a forme di disagio affettivo, relazionale, sociale, economico, sono i medesimi che possono influire, in modo più o meno marcato, su ogni scelta esistenziale dell'individuo<sup>25</sup>. E peraltro, è la Corte stessa che, quasi contraddicendo la precedente affermazione che parlava di 'inconfutabilità', si preoccupa, giustamente, di osservare che «in questa materia, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico – risultando, perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e, correlativamente, di problematica verifica sul piano

---

<sup>23</sup> Nella copiosa letteratura, si veda relativamente alla realtà italiana S. BECUCCI – E. GAROSI, *Corpi globali. La prostituzione in Italia*, Firenze, 2008. Per una panoramica relativa ai Paesi dell'Unione Europea in A. DI NICOLA – A. CAUDURO – N. CONCI, *Analisi comparata delle politiche che regolano la prostituzione nei 25 stati membri dell'Unione Europea*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, 2005, p. 182; cfr. S. SCODANIBBIO, *La prostituzione femminile*, in AA.VV., *Porneia. Voci e sguardi sulle prostituzioni*, Padova, 2003, p. 64 ss.

<sup>24</sup> A. CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento*, cit., p. 1659; per un dialogo con la dottrina spagnola sul punto, si veda ID., *Moralismo penale e prostituzione*, in AA.VV., coord. Morales Prats, Fermín – Tamarit Sumalla, Josep M<sup>a</sup> – García Albero, Ramón, *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona 2018, pp. 787 ss.; condivisibili anche le osservazioni di F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., pp. 307 ss. Per una panoramica sul fenomeno e sulle diverse tipologie di 'lavoratrice del sesso', v. S. BECUCCI – E. GAROSI, *Corpi globali*, cit., pp. 41 ss.

<sup>25</sup> Lo rilevano, condivisibilmente, A. CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento*, cit., p. 1661; F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in AA.VV., *Prostituzione e diritto*, cit., p. 303; per una panoramica sulle differenti fenomenologie v. MERZAGORA – G. TRAVAINI, *Prostituzioni*, cit., pp. 50 ss.

processuale, tramite un accertamento *ex post* affidato alla giurisdizione penale». Ma proprio per tali ragioni l'evocazione di una libertà 'ontologicamente condizionata', quale fondamento di interventi penali, appare epistemicamente debole se non addirittura incauta, dando luogo a una generalizzazione che mal si attaglia alla rilevanza dei problemi in gioco e tradisce da parte della Corte una presa di posizione svalutativa sul fenomeno della prostituzione in sé, prima ancora che sulle condotte corollario<sup>26</sup>.

Il protendersi della Corte verso una forma di 'sindacato psicologico' appare infatti finalizzata a respingere autoritativamente l'ipotesi che prostituirsi possa essere il frutto anche di una scelta 'libera'. L'enfasi posta sul tema dell' 'elemento soggettivo' della condotta di prostituzione ricorda per certi versi i modelli argomentativi che il penalista è solito adoperare riguardo alla valutazione del nesso psichico di una condotta delittuosa. Proponiamo tale parallelismo, in parte anche provocatorio, per manifestare l'impressione che la Corte appaia come intenzionata a voler sgombrare il campo dall'ipotesi che la prostituzione possa essere una condotta 'cosciente e volontaria' e dunque 'dolosa', direbbero i penalisti; al contrario, cerca di dare per scontata la presenza di una causa di 'non-imputabilità', o di fattori di condizionamento che attenuerebbero la piena consapevolezza di tale scelta. Ma perché? Forse perché inconsciamente si percepisce la vendita del sesso come una forma di peccato, come una trasgressione rispetto a dettami morali che vedono il sesso come inscindibilmente legato a una relazione affettiva e non come mercimonio del piacere; il soggetto che si prostituisce, se davvero lo facesse in modo pienamente autonomo e consapevole finirebbe per disvelare la propria natura di 'trasgressore'. Ecco che quindi si cerca di far transitare la prostituta dalla categoria dei peccatori/rei alla categoria dell'irrazionalità, o della 'follia'<sup>27</sup>, senza passaggi intermedi che mettano in condizioni di discuterne la pur problematica 'normalità'. In questo modo si migra da uno spazio di trasgressioni morali e di ipotetici divieti normativi, a una condizione di debolezza e di 'mancanza' che conduce alla retoricamente appagante categoria dei soggetti vulnerabili, aprendo in questo modo la strada alla legittimazione di interventi normativi che pongano limiti 'a fin di bene', secondo cadenze di tipo paternalistico e moralistico, o, come è stato ben osservato, di diritto penale 'tutorio'<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Posizione che è peraltro in linea con l'approccio abolizionista, nel quale può essere inquadrata la normativa italiana, la quale, pur senza incriminare la condotta prostitutiva, cerca di fare 'terra bruciata' intorno al soggetto che esercita il sesso a pagamento, privandolo peraltro anche di tutela sul piano civilistico contrattuale e cercando di contrastarne l'attività su piani paralleli rispetto alla normativa penale; per una sintesi v. F. PARISI, *Prostituzione*, cit., pp. 146 ss.; 171 ss., il quale parla di 'effetto scivolo' verso una progressiva emarginazione normativa e sociale della/del prostituta/o.

<sup>27</sup> Lombroso ove si parla di "prostitute-nate" quali soggetti contraddistinti da "pazzia-morale", v. C. LOMBROSO, *La donna delinquente, la prostituta, la donna normale*, Milano, rist. 2009; sul tema v. A. SIMONE, "La prostituta nata". *Lombroso, la sociologia giuridico-penale e la produzione della devianza femminile*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/ 2017, pp. 383 ss.

<sup>28</sup> F. PARISI, *Prostituzione*, cit., pp. 240 ss.

### 3. Criteri di legittimazione: paternalismo o moralismo?

Le argomentazioni della Corte costituzionale italiana possono trovare connessione con un principio giustificativo dell'intervento penale affine e complementare al paternalismo in senso stretto<sup>29</sup>: a essere in discussione non è tanto la proibizione di un danno o di un'attività dannosa col consenso dell'avente diritto, ma l'interrogativo principale di fronte alla prostituzione volontaria e consenziente resta legato a quale sia il danno; in altri termini il dubbio non è da focalizzarsi sulla moralità del consenso a un atto dannoso, ma piuttosto sulla (asserita) dannosità (morale?) di una condotta per il soggetto che la compie. In questo senso la riconduzione sotto la copertura teorica del paternalismo potrebbe addirittura 'provare troppo', poiché, come è stato condivisibilmente osservato, la logica del paternalismo è ancora una logica interna al principio del danno<sup>30</sup>. Di fronte alla prostituzione volontariamente esercitata l'evocazione del paternalismo penale rischia di suggerire implicitamente che la presenza di un danno 'tangibile' sia acclarata, quando invece così non è.

Per tali ragioni, a nostro avviso, il richiamo a un criterio di legittimazione<sup>31</sup> 'ibrido', sintesi tra paternalismo e moralismo, può prestarsi in modo più efficace a dare una chiave di lettura della posizione emersa dalle parole della Corte costituzionale italiana<sup>32</sup>. Nel dettaglio, riteniamo particolarmente appropriato il richiamo al principio che Joel Feinberg definisce '*moralistic paternalism*': secondo il giusfilosofo statunitense, si tratta di una «intersezione tra moralismo e paternalismo, secondo la quale una valida ragione per limitare la libertà è quella di ritenere ragionevolmente necessario impedire un danno morale (invece che fisico o economico) alla persona stessa»<sup>33</sup>. Il tema è poi sviluppato da un altro autore statunitense, Gerald Dworkin, il quale, in chiave critica, rileva come il *moralistic legal paternalism* (così la definizione di Dworkin) sia finalizzato a salvaguardare o a migliorare la condizione morale di una persona, senza tenere in

<sup>29</sup> Sul tema del paternalismo penale v. A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, pp. 223 ss.; ID., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., a cura di Fiandaca – Francolini, *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., pp. 83 ss.; S. CANESTRARI – F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Laicità, valori e diritto penale*, cit., pp. 167 ss.; L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 239 ss.; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in AA.VV., a cura G. Forti – M. Bertolino – L. Eusebi, *Studi in onore di Mario Romano*, cit., pp. 489 ss.; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2008, pp. 984 ss.; A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2014, pp. 1209 ss.

<sup>30</sup> A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, cit., p. 1214.

<sup>31</sup> Sul tema dei criteri di legittimazione del diritto penale, con particolare riferimento alle teorie di ambito angloamericano, v. AA.VV., a cura di G. Fiandaca – G. Francolini, *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008; AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, Milano, 2010; per una sintesi critica, con impostazione moderna e innovativa, sul concetto di bene giuridico, v. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

<sup>32</sup> Condivisibile la posizione di A. CADOPPI, *La Corte costituzionale salva il reclutamento e il favoreggiamento*, cit., p. 1664. Sui differenti criteri di giustificazione dell'intervento penale riguardo alla prostituzione v. per una sintesi v. F. PARISI, *Prostituzione*, cit., pp. 175 ss.

<sup>33</sup> J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to self*, p. 12 (traduzione nostra).

considerazione ciò che possa renderla più felice o migliorarne effettivamente il benessere<sup>34</sup>. Tale principio sottende un' 'interpretazione autoritaria' dei bisogni umani<sup>35</sup>, peraltro declinata in una discutibile proiezione collettivistica, poiché l'intrusione paternalistica non trova giustificazione in una cura del benessere del singolo ma piuttosto in una rassicurante 'disinfezione' esterna del suo status morale.

Questo il senso ultimo che è a nostro avviso leggibile nella posizione della Consulta, pur in seno a un discorso che fa leva su un concetto significativo e meritevole di attenzione, ossia quello di 'vulnerabilità', ma che nel contesto della sentenza trae la propria sostanza da ragioni prettamente moralistiche: condivisibile è quanto affermato da Parisi quando osserva che «vulnerabilità e dignità umana, nella loro "versione oggettiva", uniscono le forze e diventano una formidabile leva attraverso cui prendono forma intenti morali-stici e "paternalistici": moralistici perché si dà per scontato cosa debba essere considerato "naturalmente riluttante" nell'ambito della propria sfera sessuale; paternalistici perché si ritiene che la persona che si prostituisce non sia in grado di comprendere il proprio benessere, e che spetti quindi al legislatore il compito di proteggerla da una condizione di vulnerabilità, anche contro il suo volere»<sup>36</sup>.

Ma vulnerabilità rispetto a che cosa?

La Corte costituzionale non chiarisce che cosa debba intendersi per vulnerabilità, limitandosi a ricondurne la sussistenza a una pluralità di fattori che possono condizionare la libertà di autodeterminazione dell'individuo, e specificando che può trattarsi «non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una 'scelta di vita' quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede».

La vulnerabilità, concetto di uso ormai consolidato nell'argomentare giuridico<sup>37</sup>, costituisce una categoria a cavallo tra dimensione descrittiva e normativa: da un lato sintetizza la fragilità costitutiva della condizione umana e da un altro lato rappresenta una categoria finalizzata a incentivare e promuovere un certo tipo di politiche sul piano sociale<sup>38</sup>. L'uso politico-giuridico<sup>39</sup> si espone al rischio di generalizzazioni, sia in sede legislativa che giurisprudenziale: si è rilevato che la definizione della nozione non può prescindere dal contesto nel quale viene adoperata, e non si presta dunque a definizioni

<sup>34</sup> G. DWORKIN, *Moral Paternalism*, in 24 *Law and Philosophy*, 2005, pp. 305 ss.; 314 ss.

<sup>35</sup> Per una riflessione sul paternalismo con particolare riferimento alle questioni di fine-vita, letto attraverso il richiamo le teorie di R. Dworkin su interessi critici e volizionali, v. G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, vol. 132, n. 5, 2009, pp. 227 ss.

<sup>36</sup> F. PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin?*, cit., p. 38.

<sup>37</sup> Si segnalano i numeri 2/2018 e n. 2/2019 della rivista *Ars Interpretandi*, interamente dedicati al tema. Per una panoramica più ampia v. AA.VV., a cura di O. Giolo – B. Pastore, *Vulnerabilità, analisi multidisciplinare di un concetto*, Bari, 2018; P. MAGGIO, *Giustizia penale e tratta di esseri umani: i risvolti processuali della "vulnerabilità"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, pp. 690 ss.

<sup>38</sup> Sul tema, v. S. ZULLO, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra pretese di giustizia e pretese di diritto. Alcune considerazioni critiche*, in *Politica del diritto*, 3/2016, pp. 481 ss.

<sup>39</sup> Per una panoramica v. F. PIZZOLATO, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars interpretandi*, 2/2019, pp. 25 ss.

unitarie di tipo 'ordinamentale'<sup>40</sup>; ma soprattutto «Il problema di fondo è che la nozione di vulnerabilità non può prescindere da una valutazione delle circostanze specifiche del caso, perché si tratta, per sua stessa natura, di una nozione che non riguarda i soggetti o le categorie in quanto tali, ma la posizione che il soggetto o il gruppo assume rispetto al contesto. Si tratta quindi una nozione relazionale»<sup>41</sup>.

Sotto tale ultimo profilo il ragionamento della Corte appare poco convincente.

In primo luogo poiché l'uso della vulnerabilità è stato modulato in termini generalizzanti basati su un assunto fattuale altamente opinabile, ossia che la scelta di esercitare la prostituzione sia da considerarsi anomala e 'irrazionale' *tout court*.

In secondo luogo, il discorso sulla vulnerabilità non è aderente al caso emergente dalla vicenda processuale che ha dato origine all'eccezione di costituzionalità, ma assume addirittura una dimensione confutativa: come se la Corte, obliterando le circostanze del contesto, volesse a tutti i costi rimarcare che anche la *sex worker* va considerata un soggetto vulnerabile che ha attuato una scelta non del tutto consapevole. In questo modo, anziché valorizzare le peculiarità di una realtà 'nuova' rispetto all'impianto legislativo del 1958 ai fini di un riequilibrio della disciplina penale, ha voluto mascherarne i tratti dietro l'ombrello retorico della vulnerabilità e della dignità declinate in chiave oggettiva.

Infine, ci sembra che il ricorso alla categoria della vulnerabilità sortisca un effetto opposto a quello di un ipotetico rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali di un soggetto: si tratta di una vulnerabilità 'escludente', che scava un solco ancora più profondo intorno a chi esercita la prostituzione, e finisce così per incrementarne la situazione di stigma morale e di debolezza giuridica, riconoscendo solo una libertà 'dimidiata'<sup>42</sup>.

Non sono mancati commentatori che hanno evidenziato un parallelismo tra la sentenza in esame e la vicenda relativa all'illegittimità costituzionale della norma sull'istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.)<sup>43</sup>: appare evidente il contrasto tra la decisa presa di posizione a favore dell'autonomia personale che emerge riguardo al c.d. caso Cappato, e dal lato opposto, il diniego di una reale e piena consapevolezza nella

<sup>40</sup> Il concetto è peraltro adoperato di frequente dalla giurisprudenza della Corte edu, v. E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, 2/2018, pp. 13 ss.; ciò non ne autorizza tuttavia un acritico travaso alla stregua di precedenti vincolanti in giudizi di costituzionalità del diritto interno: sul tema dei parallelismi e delle differenze tra bilanciamenti della Corte edu e della Corte costituzionale italiana, v. per tutti, A. TESAURO, [Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-general e ricadute penalistiche. Parte prima: Il bilanciamento ad hoc \(o caso per caso\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2019, pp. 1 ss.; ID., [Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-general e ricadute penalistiche. Parte seconda: Il bilanciamento ad hoc \(o caso per caso\): alcune esemplificazioni giurisprudenziali](#), in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2019, pp. 1 ss.

<sup>41</sup> R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars interpretandi*, 2/2019, p. 50

<sup>42</sup> F. PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin?*, cit., p. 26.

<sup>43</sup> B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole*, cit., p. 1677; A. MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, cit., pp. 1625 s.; A. MANNA – P. GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*, in *Parolaalladifesa*, 3-4/2018, , 219 ss.

scelta di esercitare il sesso a pagamento. Nella sentenza n. 242 del 2019, la Corte costituzionale si è soffermata sul grado di libertà da riconoscersi a soggetti vulnerabili, affermando che «Quanto, poi, all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze appartengono solitamente a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri»<sup>44</sup>.

Si potrebbe parlare un personalismo penale che percorre a velocità difforme (o in senso opposto?) binari paralleli<sup>45</sup>; se da un lato la scelta di come porre fine alla propria esistenza ha ricevuto un importante, sofferto riconoscimento<sup>46</sup>, dall'altro lato si evidenzia un'insufficiente presa in carico delle ragioni, felici o infelici, che portano un soggetto a decidere come condurre la propria esistenza. I tabù legati alla sessualità umana<sup>47</sup>, la riluttanza verso un riconoscimento della non necessaria implicazione tra sesso e legame affettivo e la conseguente possibilità di farne anche oggetto di scambio economico, si rivela, forse, più difficile da vincere, per ragioni che non possono essere certo indagate in questo scritto e che non sono di esclusiva competenza del giurista, ma su cui il giurista, nella sua veste di osservatore della socialità umana, deve continuare a interrogarsi<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> C. cost., n. 242/2019. Si vedano, *ex plurimis*, D. PULITANÒ, [Il diritto penale di fronte al suicidio](#), in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2018, pp. 57 ss.; R. BARTOLI, [Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio](#), in *Dir. pen. cont.*, 10/2018, pp. 97 ss.

<sup>45</sup> Particolarmente significativo è il modo in cui la Corte costituzionale affronta il tema della dignità negli ultimi provvedimenti adottati relativamente al fine vita e alla prostituzione: è stato fatto notare come nella sentenza n. 242/2019 la Corte abbia fatto un uso più parsimonioso del concetto di dignità umana rispetto all'ordinanza anticipatoria: una cautela plausibilmente dovuta al fatto che «si sia voluto scongiurare un possibile cortocircuito tra la nozione soggettiva patrocinata nell'ordinanza n. 207 e una lettura della dignità di matrice marcatamente oggettiva, enucleabile invece dal tenore della sentenza n. 141 del 2019 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione», così C. CUPELLI, [Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa](#), in questa *Rivista*, n. 12/2019, p. 46; sulla stessa lunghezza d'onda v. G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *Discrimen*, 3/2/2020, p. 8.

<sup>46</sup> Nella vasta bibliografia penalistica, si rinvia a AA. VV., a cura di F.S. Marini – C. Cupelli, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019.

<sup>47</sup> D'obbligo il riferimento a S. FREUD, *Totem e tabù*, tr. it., Milano, 2011, pp. 46 ss.

<sup>48</sup> Un interessante studio, nella sconfinata bibliografia, è C. RINALDI, *Sesso, se' e società. Per una sociologia delle sessualità*, Milano, 2016. Fra i penalisti, si veda per tutti, G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., a cura di Cadoppi A., *Laicità, valori, e diritto penale. The Moral Limits of The Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, pp. 208 ss.



#### 4. Sviluppi sul piano penalistico.

A fronte di un atteggiamento che globalmente non esitiamo a definire di ‘chiusura’, non solo sul piano tecnico-giuridico dell’infondatezza della questione ma soprattutto sul piano della considerazione e ‘accettazione’ del fenomeno, la sentenza n. 141 del 2019 sembra mutare lievemente orizzonte nella seconda parte, relativamente alla sezione che potremmo definire più ‘penalistica’<sup>49</sup>.

La rigidità del diniego della Corte si attenua nel momento in cui si introduce l’argomento della duplice dimensione dell’offensività (in astratto e in concreto) per sottolineare come di fronte a norme incriminatrici pur rispettose dei criteri di legittimità, «resta d’altra parte ferma, in ogni caso, l’operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta e, dunque, il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva».

Tale inciso, per quanto non inusuale nella giurisprudenza costituzionale<sup>50</sup>, assume a nostro avviso una portata peculiare se letto in connessione a due ulteriori passaggi.

In particolare, risulta eloquente come tale delega alla ragionevolezza del giudice nell’applicazione della disciplina sia preceduta da una riflessione sull’interesse tutelato che si rivela tutt’altro che risolutiva, ma che, al contrario, rende ancora più controversa la posizione della Corte, la quale affronta l’argomento con sinteticità e approccio ricognitivo, limitandosi a menzionare gli orientamenti emersi in giurisprudenza senza dare univoco ed espresso avallo a nessuno di essi e senza fornire una naturale conclusione all’impalcatura argomentativa precedentemente sviluppata<sup>51</sup>. Il bene della dignità, evocato nella parte precedente della pronuncia, non riceve un’espressa conferma, limitandosi i giudici a osservare che «le incriminazioni oggetto dell’odierno scrutinio si rivelano, comunque sia, conciliabili con il principio di offensività “in astratto” ove riguardate nell’ottica della protezione dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta, nei termini già illustrati». Si ha l’impressione che al momento di tirare davvero le somme la Corte non abbia la convinzione per prendere una posizione consequenziale alle premesse sviluppate.

Neppure nella sentenza n. 278 emerge uno sviluppo di tali asserzioni, replicate in modo testuale con citazione espressa. In definitiva, non si evince quale sia l’interesse protetto, limitandosi la Corte ad affermare la compatibilità delle incriminazioni non in quanto finalizzate alla salvaguardia di un interesse definito, ma in quanto genericamente

---

<sup>49</sup> Fra i profili sollevati dal giudice rimettente vi è anche la determinatezza della norma incriminatrice del favoreggiamento; per una critica alla debolezza argomentativa della sentenza v. A. MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 1624; A. CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione*, cit., pp. 1662 ss.

<sup>50</sup> In questi termini v. C. cost. n. 265/2005; C. cost. n. 352/2002; C. cost. n. 519/2000; C. cost. n. 263/2000; C. cost. n. 360/1995.

<sup>51</sup> Cass. pen. sez. III n. 14593 e 5768/2018. Cfr. A. MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 1623.

inquadrabili in una logica di intervento a salvaguardia ‘dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili’.

Non solo; la chiusura è affidata a un passaggio che a nostro avviso rappresenta una cauta ma univoca messa in discussione delle incriminazioni impugnate: «Quanto precede non significa, peraltro – come appare evidente – che l’incriminazione delle “condotte parallele” alla prostituzione rappresenti una soluzione costituzionalmente imposta [...] Quella in esame rientra, semplicemente, nel ventaglio delle possibili opzioni di politica criminale, non contrastanti con la Costituzione».

Il richiamo alla politicità della scelta, e dunque alla sua intrinseca *discutibilità* (nel senso letterale) del termine, è la prova che la questione resta tutta da giocare sul piano della politica del diritto<sup>52</sup>. Si tratta di una conclusione condivisibile, per quanto sorprendente se confrontata con l’atteggiamento di complessiva chiusura che trapela dal resto della motivazione, come se la Corte volesse assicurarsi di erigere uno scudo a difesa dell’attuale disciplina prima di lasciar trapelare qualche velata ragione critica.

Il penalista di ispirazione *liberal* può tirare complessivamente un sospiro di sollievo a fronte del mancato avallo di forme di regolamentazione di tipo ‘proibizionista’ che la Corte avrebbe potuto suggerire al legislatore quale conseguenza dei due argomenti su cui ha edificato la propria posizione di paternalismo morale, vale a dire l’intrinseca ‘debolezza volitiva’ della scelta di esercitare la prostituzione e il limite della dignità oggettiva.

Difficile affermare se tale cautela sia riconducibile a dubbi circa la soluzione migliore da adottare o se, più semplicemente, i giudici costituzionali abbiano preferito lasciare campo relativamente libero al legislatore. A nostro avviso il *self restraint* della Corte può rappresentare una forma di rispetto del ruolo del legislatore: il messaggio culturale resta forte e ben udibile nelle sue cadenze moraleggianti, ma, in ultima istanza, la sentenza attenua le possibili ricadute normative della propria visione del problema, rimarcando come le strategie di intervento penale su temi eticamente sensibili e altamente divisivi debbano essere condotte attraverso le aule parlamentari.

L’ ‘autolimitazione’ leggibile nelle parti conclusive della motivazione costituisce un importante richiamo sui rapporti tra spazio della Costituzione e spazio della politica: la Corte dichiara la ‘non illegittimità’ delle norme impugnate, ritenendole ‘non incompatibili’ col sistema dei valori costituzionali e lasciando in questo senso campo libero ad altre eventuali, future soluzioni. Un atteggiamento che, al di là della condivisibilità della decisione finale<sup>53</sup>, appare esporsi meno alle critiche recentemente

---

<sup>52</sup> In senso contrario, per quanto contraddetto dalle univoche parole della Corte, v. F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale*, cit., p. 283.

<sup>53</sup> Fra i penalisti, di recente, G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, cit., p. 19, mette opportunamente in evidenza come «In assenza di stringenti criteri logico-giuridici di demarcazione, il giudizio sui limiti di tollerabile ‘creatività’ della Corte finisce con l’essere influenzato da una molteplicità di fattori a carattere soprattutto politico-valutativo [...] la dimensione politico-valutativa (latamente intesa) non può, altresì, non influenzare – come ho qui più volte rilevato – anche la valutazione critica della soluzione che i giudici hanno prospettato sul piano del merito contenutistico, essendo in gioco importanti profili di carattere metagiuridico che rinviano alle differenti visioni ideologiche e alle diverse concezioni morali compresenti in una società pluralistica come la nostra».

sollevate verso la recente pronuncia n. 242/2019 sul caso Cappato<sup>54</sup>. L'esito finale, al netto delle criticità evidenziate, lascia aperto lo spazio per futuribili risposte normative calibrate diversamente rispetto a quelle attuali (a partire dalle applicazioni giurisprudenziali), evitando di additare soluzioni come ricavabili in via deduttiva dal testo costituzionale, sia nella prospettiva più marcatamente liberale, sia nella prospettiva moralistica. In questo senso, a dispetto della parte iniziale della motivazione, sembra emergere un atteggiamento più coerente col pluralismo di valori sotteso alla Carta costituzionale<sup>55</sup>.

Si torna dunque alla necessità di razionalizzare un dibattito *de jure condendo* che troppo spesso è divenuto strumento per manovre elettorali. Il 'problema prostituzione' emerge periodicamente nelle aule parlamentari, ma si fatica a trovare una chiave di lettura di fronte a un fenomeno che è «perturbante, in termini fortemente morali, delle coscienze individuali e pubbliche»<sup>56</sup>.

Riteniamo che guardare al problema della prostituzione in un'ottica di tutela della persona significhi partire dalla consapevolezza che «il tentativo di appiattare la prostituzione a solo fenomeno criminale è determinato da una lettura parziale e sicuramente funzionale all'interpretazione moralizzante del fenomeno»<sup>57</sup>. Porre la persona al centro del problema significa innanzitutto rafforzare i presidi contro forme di abuso e di sfruttamento, e richiede l'apertura di una riflessione su possibili ambiti di libertà degli individui e sui limiti di sindacabilità, da parte dello Stato, di scelte e forme di vita pur considerate 'infelici'<sup>58</sup>. Un orizzonte di tutela cui anche la Corte di Cassazione ha in passato mostrato adesione<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Per tutti, v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, pp. 268 ss.; per una replica v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 757 ss.

<sup>55</sup> Sul pluralismo della Carta costituzionale italiana, in termini problematizzanti, v. V. ANGIOLINI, *Il «pluralismo» nella Costituzione e la Costituzione per il «pluralismo»*, in AA.VV., a cura di R. Bin – C. Pinelli, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, pp. 14 ss. Fra i penalisti, con particolare riferimento al carattere non esaustivo dei principi costituzionali per la scelta degli oggetti di tutela, v. G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011, pp. 1389 ss.; F. PALAZZO, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in AA.VV., a cura di M. Pisani, *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, cit., pp. 377 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 160 ss.

<sup>56</sup> S. SCODANIBBIO, *La prostituzione femminile*, in AA.VV., *Porneia. Voci e sguardi sulle prostituzioni*, Padova, 2003, p. 67.

<sup>57</sup> S. SCODANIBBIO, *La prostituzione femminile*, cit., p. 58.

<sup>58</sup> Si veda la posizione di M.C. NUSSBAUM, "Wheter from reason or prejudice": taking money from bodily services, in *Journal of legal studies*, 1998, p. 693 ss. Nella letteratura italiana, v. per tutti, F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit., pp. 235 ss.

<sup>59</sup> È questa la direzione additata dalla Corte di Cassazione in una significativa pronuncia del 2004, ove si osserva che "anche di recente decisioni di questa Corte hanno individuato l'interesse protetto dalla legge n. 75 del 1958 soltanto nel buon costume e nella moralità pubblica [...] seguendo quell'impostazione moraleggiante della prevalente giurisprudenza la quale affronta il fenomeno della prostituzione senza considerare la prostituta quale persona, oggetto di questo mestiere per condizioni di emarginazione, di estrema povertà e di costrizione criminale. [...] Un esame dei lavori preparatori della legge [...] delle ragioni, costituzionali ed internazionali, sottese all'abolizione della pregressa disciplina, contrastante con gli artt. 2, 32 secondo comma e 41 Cost., [...] dimostra come il bene protetto sia

Il distacco da una prospettiva moralistica comporta la necessità di un'adeguata consapevolezza dei fenomeni, al fine di individuare ambiti e contesti in cui sia più evidente l'esposizione a pericolo di interessi della persona. L'attuale realtà applicativa si iscrive in un orizzonte nel quale problemi attinenti al buon costume e a una dignità oggettiva su base moralistica rappresentano un mero epifenomeno, un riflesso secondario, se non irrilevante<sup>60</sup>. La prostituzione costituisce un ambito di intervento per il diritto punitivo in quanto dimensione esteriore che può celare una realtà di abusi e mercificazione di esseri umani, di fronte alla quale l'intervento penale ha un ruolo da svolgere e trova un solido fondamento di legittimità<sup>61</sup>.

Un interrogativo che emerge anche da recenti progetti di legge italiani<sup>62</sup>, è se debba essere criminalizzata *tout court* anche la condotta del soggetto che offre la prestazione sessuale dietro corrispettivo economico.

Nelle proposte finora avanzate in sede parlamentare la risposta affermativa si contestualizza tendenzialmente come forma di contrasto non alla prostituta in sé, ma all'esercizio della prostituzione in luogo pubblico<sup>63</sup>: propendono in tal senso pressoché tutti i progetti di riforma della legge Merlin presentati a partire dal 2000 con la sola eccezione della proposta dell'11 febbraio 2002, n. 2323 (Progetto Cossutta). In due progetti la proposta di incriminazione non si accompagna peraltro ad alcun prospetto di regolamentazione dell'attività di prostituzione e viene richiesta addirittura la punibilità del cliente (si vedano la proposta del 20 dicembre 2002, n. 3826, a firma Bossi-Fini-

---

*la dignità e la libertà della persona umana con particolare riguardo al libero esercizio del meretricio al fine di evitare lo sfruttamento della stessa o comunque il pericolo di una qualsiasi forma di speculazione. Pertanto, se la pregressa disciplina mirava a proteggere la salute privata e pubblica e l'ordine e la sicurezza pubblici in una visione del fenomeno in parte autoritaria ed in parte paternalistica, la nuova legge poneva in primo piano, accanto alla salvaguardia della moralità pubblica, del buon costume e dell'ordine sociale, evidenziata da alcune sanzioni marginali in tema di adescamento e di turbativa della pubblica tranquillità, la dignità e la libertà della prostituta. Detto ultimo bene deve essere ora ritenuto preminente rispetto all'altro alla luce delle numerose convenzioni internazionali sottoscritte dallo Stato italiano in tema di repressione della tratta degli esseri umani e di sfruttamento della prostituzione e di tutela della dignità umana e della normativa interna tesa ad eliminare la riduzione in schiavitù ed a tutelare la libera determinazione dei soggetti nella sfera sessuale, sicché alla luce di questo interesse protetto, in attuazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata, devono essere valutate le situazioni dubbie e le norme polisense o passibili di varie esegesi in astratto possibili".*

<sup>60</sup> Al di là della casistica in cui è univoca la condizione di costrizione e di sfruttamento, non mancano in giurisprudenza applicazioni discutibili delle norme sullo sfruttamento e sul favoreggiamento in 'casilimite'; sul punto v. F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., pp. 307 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*, cit., pp. 319 ss.

<sup>61</sup> M. BERTOLINO, *Focus: prostituzione e tratta*, cit., pp. 632 s.; A. CADOPPI – F. MANFREDI, *Prostituzione e tratta di persone*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, pp. 651 ss. Rileva opportunamente F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., p. 305, che «il disvalore assoluto dell'atto prostitutivo dovuto a coartazione – che dovrebbe essere la base regolativa della materia – mancava di una fattispecie specifica», oggi colmata dalla l. 11 agosto 2003, n. 228, che ha introdotto il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.), là dove si annovera, tra le altre ipotesi, la costrizione del soggetto passivo a prestazioni sessuali.

<sup>62</sup> Per un riepilogo delle più recenti proposte di riforma v. *Appendice*, in AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 347 ss.

<sup>63</sup> Si veda, da ultimo, la proposta di legge datata 11 settembre 2008, nella quale è prevista l'incriminazione di "Chiunque esercita la prostituzione ovvero invita ad avvalersene in luogo pubblico o aperto al pubblico", Proposta di legge n. 674 d'iniziativa del senatore P. Franco, presentata al Senato della Repubblica il 22 maggio 2008

Prestigiacomò, e la proposta 11 settembre 2008, a firma Maroni-Carfagna), in linea con un *trend* neo-abolizionista che trova oggi riscontro nelle più recenti direttive e risoluzioni europee *anti-trafficking*<sup>64</sup>. Gli ultimi due progetti sono emblema del ‘securitarismo’ che ha caratterizzato la politica legislativa nell’ultimo decennio: ad essi vanno affiancati provvedimenti legislativi che hanno attribuito ai sindaci maggiori poteri in materia di sicurezza urbana<sup>65</sup>, di fatto utilizzati per porre in modo indiretto divieti all’esercizio della prostituzione nella pubblica via.

L’ipotesi di incriminazione della prostituzione ‘di strada’ è contenuta anche nella proposta di legge complessivamente condivisibile avanzata da un autorevole esponente della dottrina penalistica, sulla base del rilievo che «si vuole tutelare il “pubblico” da indebite interferenze alla propria libertà; ed in particolare il diritto di ciascuno di circolare per le strade e nei luoghi pubblici senza essere esposto a spettacoli indesiderati e fastidiosi; collegato è il diritto a poter circolare liberamente nelle strade col proprio veicolo senza essere intralciato dalla c.d. “prostituzione di strada” e da ciò che essa determina»<sup>66</sup>.

Una scelta di intervento che può essere legittimata nell’ottica dell’*Offense* feinberghiana, e che a nostro avviso è condivisibile nella misura in cui venga attentamente bilanciata dalla previsione di idonee strutture per l’attività delle prostitute e per la libera offerta al cittadino, come del resto opportunamente prevede la menzionata proposta agli art. 3 e ss. Diversamente, si finirebbe per incriminare proprio la frangia più debole delle lavoratrici del sesso, ossia quelle che non dispongono di un locale adatto, e si declinerebbe il problema prostituzione come mero fattore di allarme sociale e di turbamento dell’estetica urbana<sup>67</sup>, lasciando a margine gli interessi della persona<sup>68</sup>.

Per altro verso, ove si propendesse per l’incriminazione di chi si avvale delle prestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico<sup>69</sup> si finirebbe per creare disparità tra categorie di cittadini-utenti, con un divieto suscettibile di incidere prevalentemente su fasce sociali determinate, colpendo quanti non possono accedere alle forme di prostituzione *indoor*, tipiche di una prostituzione ‘alta’ come quella delle ‘sex workers’.

---

<sup>64</sup> F. PARISI, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta nelle recenti proposte di incriminazione del cliente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, pp. 667 ss.

<sup>65</sup> Sul tema v. F. PARISI, *Prostituzione*, cit., pp. 151 ss.

<sup>66</sup> A. CADOPPI, *Una proposta di riforma della Legge Merlin*, in AA.VV., a cura di A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 337.

<sup>67</sup> Si vedano le riflessioni di F. PALAZZO, *Moralismo e “bagattellizzazione” del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 11, p. 1341 ss.

<sup>68</sup> Il disegno di legge presentato in data 11 settembre 2008 prevedeva l’introduzione di un nuovo comma all’art. 1 della legge Merlin, così formulato: “Chiunque esercita la prostituzione ovvero invita ad avvalersene in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con l’arresto da cinque a quindici giorni e con l’ammenda da duecento a tremila euro. Alla medesima pena prevista al secondo comma soggiace chiunque in luogo pubblico o aperto al pubblico si avvale delle prestazioni sessuali di soggetti che esercitano la prostituzione o le contratta”. L’intervento mira, secondo la relazione illustrativa del disegno di legge, a eliminare la cosiddetta “prostituzione di strada” “in quanto fenomeno di maggiore allarme sociale, e contemporaneamente [mira] a contrastare lo sfruttamento della stessa in quanto è soprattutto in luogo pubblico che si perpetrano le più gravi fattispecie criminose finalizzate allo sfruttamento sessuale”.

<sup>69</sup> Così ad esempio la Proposta di legge n. 674 presentata al Senato della Repubblica il 22 maggio 2008.

Nell'auspicio che il legislatore si faccia carico di tali istanze, si conferma l'esigenza di un dibattito più meditato, meno incline alla strumentalizzazione di emozioni in chiave collettiva. Di fronte alla prostituzione il diritto penale dovrebbe evitare di procedere con forme di intervento che abbiano il solo scopo di attenuare la visibilità del fenomeno agli occhi della collettività. Il problema della prostituzione non è 'la strada', ma la strada è uno dei teatri in cui trovano rappresentazione problemi che coinvolgono interessi ben più rilevanti del cosiddetto 'pudore pubblico' e di una sicurezza intesa come mera sensazione soggettiva<sup>70</sup>.

Quali conclusioni trarre dunque dalle sentenze della Corte costituzionale?

Inutile fingere: le aspettative erano di diverso segno. La dichiarazione di illegittimità parziale del favoreggiamento nell'ipotesi in cui incrimina l'aiuto a forme di prostituzione liberamente esercitata sarebbe stata la soluzione più coerente coi principi penalistici di laicità e di *extrema ratio*. La Corte non si è sentita di compiere tale passo probabilmente perché restia a trasmettere sul piano culturale un messaggio netto di liceizzazione di determinati profili del fenomeno prostituzionale; un atteggiamento radicalmente diverso rispetto alle questioni relative al fine vita dove, di recente, ha espresso una posizione forte tramite una pronuncia dalla portata 'paralegislativa'<sup>71</sup>.

La delega alla ragionevolezza applicativa dei giudici per la 'depenalizzazione in concreto' del favoreggiamento innocuo espone il cittadino al ben noto rischio di difformità interpretative<sup>72</sup>, e contribuisce a rendere meno univoco il messaggio di fondo e le linee di intervento penale in un ambito che, come evidenziato, non brilla per coerenza né sistematica, né assiologica, e che potrebbe essere rimodulato solo attraverso una coraggiosa azione abrogativa e riformista.

---

<sup>70</sup> Sul tema del rapporto tra emozioni collettive, in particolare la paura, e politica del diritto penale, v. di recente v. A. CERETTI – R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013, p. 35 ss.

<sup>71</sup> Per tale definizione v. G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, cit., p. 20.

<sup>72</sup> A. CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 1665.