

QUESITI

FRANCESCO PIO LASALVIA

“Libero sì, ma non a pagamento”

Legge Merlin, sesso e diritto penale

Il contributo prende spunto da una recente ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia: il giudice emiliano dubita della legittimità costituzionale di alcune ipotesi di reato della legge Merlin per contrasto con i principi costituzionali di offensività e di determinatezza delle fattispecie. Accedendo ad una concezione soggettiva della dignità e della libertà di autodeterminazione della prostituta, pare impossibile una interpretazione costituzionalmente conforme, che la *littera legis* e una lettura sistematica della legge escludono. Pertanto, la legge Merlin rischia di essere considerata incostituzionale *tout court*; nondimeno, la Consulta deve tenere conto della “tenuta del sistema” e fare i conti con il pericolo di un *horror vacui*.

This work takes origin from the recent decision taken by the Court of Reggio Emilia: the Emilian judge is questioning the constitutional legitimacy of some crimes included in the Merlin law, as they appear in contrast with the constitutional principles of harm and certainty. Starting from the subjective conception of the dignity and freedom of self-determination of the prostitute, it seems impossible to interpret the law according to the Constitution, excluded by the littera legis and a systematic interpretation. Therefore, the Merlin law risks to be considered totally unconstitutional; nevertheless, the Constitutional Court should take into account the repercussions on the legal system, and in particular the effects of a potential horror vacui.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il falso problema della determinatezza nel favoreggiamento - 3. Le ragioni del punire: la libertà di autodeterminazione sessuale e prostituzione libera. - 4. La dignità umana come limite alla autodeterminazione sessuale. Critica. - 5. La punibilità della prostituzione libera. Interpretazione sistematica. - 6. (segue) Le interpretazioni costituzionalmente orientate. Il ruolo del consenso nelle fattispecie. - 7. L'incostituzionalità della disciplina penale della legge Merlin. - 8. Tra giustizia costituzionale, scelte politiche e *horror vacui*. L'esempio *Cappato*.

1. Premessa.

Una recente ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia¹ si colloca nel solco già ampiamente tracciato dalla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Bari² in ordine alla dubbia conformità a Costituzione di

¹ Trib. Reggio Emilia, ord. 31 gennaio 2019, Beretti e altri, 1, in *Questa Rivista* (online): «è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 m. 3 (tolleranza abituale), 8 prima parte (favoreggiamento), l. 75/1958 per violazione degli artt. 13, 25, 27 Cost.».

² App. Bari, ord. 6 febbraio 2018, Tarantini e altri, in www.penalecontemporaneo.it, con commento di CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della Legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018, Pres. De Cillis, Est. Blattmann D'Amelj, ric. Tarantini e altri*, v. anche BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza*

alcune tra le condotte punite dalla legge penale in materia di prostituzione e rafforza un sentire diffuso avverso la anacronistica disciplina penale dettata dalla legge Merlin che non può passare inosservato³.

Preliminarmente, alcune osservazioni per chiarire i termini della questione sollevata dal giudice emiliano e dal giudice barese, e in particolare per circoscrivere i confini delle riflessioni qui svolte. In primo luogo, tra le forme del fenomeno prostituzione, viene in rilievo solo quella che coinvolge persone che liberamente e consapevolmente abbiano deciso di mettere a disposizione il proprio corpo per attività sessuali dietro corrispettivo, e non quindi forme violente di prostituzione⁴. In secondo luogo, le condotte censurate nelle ordinanze di rimessione: quello barese, il reclutamento e il favoreggiamento di prostitute come effetto di una attività di mediazione da parte di un imprenditore che svolgeva sostanzialmente una funzione di raccordo tra domanda e offerta di sesso a pagamento; quello emiliano, invece la abituale tolleranza di prostituzione nei locali e il favoreggiamento, come effetto della condotta di due gestori di club privati che mettevano a disposizione di alcune donne i loro locali per *ivi* esercitare la prostituzione, i cui proventi erano in parte destinati ai primi due. Le due censure, anche se incentrate su di una base valoriale identica, sono condizionate dal caso concreto *sub iudice*: ciò consente di ritenere che molte più di quelle censurate sono le condotte in ordine alle quali possono essere avanzati i medesimi rilievi critici di incostituzionalità, se portati alle estreme ma coerenti conseguenze.

Il giudice delle leggi ha rigettato le questioni di legittimità sopra citate, ma le

di rimessione alla Corte costituzionale, in *Consulta Online*, 22 marzo 2018; MANNA, GUERCIA, *L'auto-responsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*, in *Dal diritto vigente al diritto vivente*, a cura di Manna, Roma, 2018, 58 ss.; sia consentito altresì il rinvio a LASALVIA, *Reclutamento e favoreggiamento delle escort alla Consulta: prove di diritto penale liberal*, in *Il Quotidiano Giuridico* (online), 5 marzo 2018.

³ Da tempo, tante e autorevoli sono le voci critiche verso la disciplina dettata dalla legge Merlin: già all'indomani della sua entrata in vigore, MANTOVANI F., *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, 452 ss.; per una approfondita disamina della disciplina, si rinvia, al testo *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, a cura di Cadoppi, Roma, 2014; nonché PADOVANI, *La disciplina penale della prostituzione*, Pisa, 2015; PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018.

⁴ Così, Trib. Reggio Emilia, ord. 31 gennaio 2019, cit., in cui si scrive che «tutto avveniva fra adulti consenzienti: maggiorenni e vaccinati i clienti, maggiorenni e autonome [...] le ragazze»; con maggiore approfondimento del fenomeno delle *escort* o della prostituzione professionale, v. App. Bari, ord. 6 febbraio 2018, Tarantini e altri, cit., 10, 11; sulle "prostituzioni", v., MERZAGORA, TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. it. med. leg.* 2017, 635 ss.; tutto il dibattito verte allora su di una fetta del fenomeno ridotta, ma non per ciò solo da trascurare, come osserva CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in *Questa Rivista* (online), 2019, 1, 5.

motivazioni non sono ancora state rese note; nondimeno le riflessioni che seguono vanno oltre il recente dibattito giudiziario e mirano a suggerire qualche spunto di riflessione all'interprete e al legislatore futuri⁵. Nel presente contributo, prendendo spunto dalla recente ordinanza emiliana, si intende approfondire due questioni che prendono spunto e si concludono intorno alla fondamentale problematica che vizia insanabilmente la legge Merlin: le "ragioni del punire" le condotte di chi offre collaborazione, in qualsiasi modo, oppure convince alla prostituzione, secondo varie sfumature di intensità, una persona maggiorenne, capace di intendere e di volere, non affetta da alcuna menomazione fisica o psichica, che sia di tipo temporaneo o permanente.

2. Il falso problema della determinatezza nel favoreggiamento.

Due profili della ordinanza emiliana meritano una trattazione *ad hoc*: la qualificazione della condotta di favoreggiamento come reato di condotta a forma libera, gravato da un inevitabile *deficit* di precisione e determinatezza e la vana ricerca di un bene giuridico protetto nelle fattispecie contestate.

Quanto al primo, il giudice emiliano qualifica il favoreggiamento come reato di condotta a forma libera e come tale gravato da un inevitabile *deficit* di precisione e determinatezza⁶.

Nondimeno, che il favoreggiamento sia reato di condotta e non di evento è affermazione che rimane indimostrata nel testo della decisione e che quindi occorre in questa sede necessariamente vagliare. La questione è evidentemente rilevante: l'evento in senso naturalistico è elemento essenziale nei reati a forma libera, nei quali il disvalore della fattispecie grava tutto su un evento, di modo che se alla mancanza di un disvalore di azione si sommasse anche l'inesistenza di un evento, si avrebbe una «negazione conclamata di ogni determi-

⁵ Ufficio Stampa della Corte costituzionale, *La prostituzione al tempo delle escort: la Consulta "salva" la legge Merlin*, comunicato del 6 marzo 2019, in www.cortecostituzionale.it, : «la Corte costituzionale ha ritenuto che non è in contrasto con la Costituzione la scelta di politica criminale operata con la legge Merlin, quella cioè di configurare la prostituzione come un'attività in sé lecita ma al tempo stesso di punire tutte le condotte di terzi che la agevolino o la sfruttino. Inoltre, la Corte ha ritenuto che il reato di favoreggiamento della prostituzione non contrasta con il principio di determinatezza e tassatività della fattispecie penale».

⁶ Critico sulla formulazione delle fattispecie, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, XIII ed., Milano, 1999, 541, il quale scrive che «le disposizioni penali della legge, a prescindere dai motivi, quantomai discutibili, di politica legislativa che hanno determinato la riforma, appaiono sotto l'aspetto tecnico [...] così infelicemente espresse che l'interprete non riesce a sottrarsi ad un senso di vero e proprio smarrimento [...] si direbbe che le preoccupazioni di natura extragiuridica, nonché la fretta, abbiano fatto dimenticare i principi fondamentali che la scienza e la tecnica del diritto, con lunghi e faticosi sforzi, hanno elaborato per la formulazione delle leggi»; v. anche MANTOVANI F., *op. cit.*, 455.

natezza»⁷. Ora posto che la fattispecie punisce «chiunque in qualsiasi modo favorisce la prostituzione altrui», occorre valutare se il favorire la prostituzione altrui possa essere qualificato come evento, in modo tale da escludere che si tratti di un reato di mera condotta.

Secondo la concezione maggioritaria, il concetto di evento va inteso in senso naturalistico, come qualsiasi modificazione esterna effetto di una condotta umana, alla quale esso rimane esterno, cronologicamente e logicamente successivo e che la legge prevede quale elemento costitutivo della fattispecie e quindi oggetto di rappresentazione e volontà da parte del soggetto agente⁸. L'evento è momento fenomenicamente e concettualmente separabile dalla condotta alla quale esso si riconnette causalmente. Tale alterità, peraltro, offre fondamento alla nota e indiscussa distinzione tra reati di condotta e di evento e, tra questi, offre autonomia concettuale alle categorie - anche esse generalmente richiamate in giurisprudenza - del reato ad evento differito, del reato ad evento frazionato e di quello a distanza⁹.

Tanto premesso, pare evidente che la prostituzione possa qualificarsi come risultato o effetto di una qualsiasi condotta causale del soggetto agente. La formulazione va intesa nel senso che si punisce «qualsiasi condotta agevolatrice [condotta] della prostituzione altrui [evento]»: il reato di favoreggiamento non è allora di condotta, ma è reato di evento e a forma libera, nella misura in cui il favorire la prostituzione di altri - come miglioramento delle condizioni in cui si esercita il meretricio, o dei risultati in termini di aumento del numero dei clienti - è effetto causalmente riconducibile al contributo agevolatore offerto dal soggetto agente, quali due momenti autonomi, logicamente e concettualmente distinti, ma causalmente connessi¹⁰. Pertanto, come per tutti i

⁷ Così, Trib. Reggio Emilia, ord. 31 gennaio 2019, cit., 2; v. CADOPPI, *L'incostituzionalità*, cit., 180.

⁸ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 236; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2017, 216-217, 232-233; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, V ed., Milano, 2015, 204-205; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2018, 245-247; MANTOVANI F., *Diritto penale*, X ed., Milano, 2017, 133-135, il quale, tuttavia, riconosce fondamento ontologico e giuridico alla concezione naturalistica dell'evento (cfr. artt. 6.2, 40, 41, 42.3, 44, 56 c.p.), ma non riconosce che esistono disposizioni codicistiche che paiono fare riferimento all'evento in senso giuridico (cfr. 43, 49.2, c.p.); per la opposta concezione di evento in senso giuridico, invece GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1966, 52.

⁹ Da ultimo, richiama la validità delle categorie del "reato a distanza" e del "reato ad evento differito", in tema di *tempus commissi delicti*, Cass., Sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di ZIRULIA, *Le Sezioni Unite sul tempus commissi delicti nei reati ad evento differito (con un obiter dictum sui reati abituali e permanenti)*.

¹⁰ Posizione che si rinvia nel criterio interpretativo dell'efficienza causale: v., su tutte, Cass. 19 ottobre 2017, n. 4571 in *Mass. Uff.*, n. 272259; in dottrina, seppure connesso a una rilettura del concetto penalmente rilevante di prostituzione, v. MAZZACUVA FR., *Favoreggiamento e induzione della prostituzione*.

reati causalmente orientati - su tutti il delitto di omicidio - il *deficit* di precisione dovuto alla mancanza di precisazione della condotta viene colmato tramite la tipizzazione causale, capace di individuare *per relationem* le condotte vietate.

Il problema del favoreggiamento, quindi, è piuttosto, non nella precisione della fattispecie, ma nel fatto che il suo evento naturalistico non è «dannoso o pericoloso» dato che non offende un bene giuridico, in violazione del principio costituzionale di offensività¹¹. Non è tanto la questione di determinatezza che pone un problema insormontabile, ma quello di offensività; o - ma la sostanza non cambia - in tanto la questione di indeterminatezza rileva, in quanto a monte si ha un grave problema di individuazione di un interesse meritevole di tutela penale.

Ciò, del resto, trova una conferma indiretta nella analisi di tutti i tentativi interpretativi che mirano alla riduzione del suo campo applicativo: i criteri della normalità, della adeguatezza sociale¹² o del *discrimen* tra aiuto alla prostituta o alla prostituzione¹³, sono tutti stati elaborati dalla giurisprudenza per evitare che fossero sottoposte alla sanzione penale ipotesi nelle quali sembrava para-

ne: limiti e contraddizioni dei paradigmi causali, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1338; *contra*, DE LIA, "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.*, 2018, 328.

¹¹ Il principio di offensività ha un fondamento pacificamente costituzionale: v., su tutte, Corte cost., n. 265 del 2005, ove si legge che «il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale («offensività in astratto»), e dell'applicazione giurisprudenziale («offensività in concreto»), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato». Cfr., ad esempio, artt. 40, 41, 43, 49 co.2 c.p. in cui si evidenzia che l'evento penalmente rilevante, è sempre quello «dannoso o pericoloso», chè altrimenti evento non è.

¹² Cfr. Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 33160, in *Mass. Uff.*, n. 255893; in senso critico, Trib. Reggio Emilia, ord. 31 gennaio 2019, cit., 3, posto che il richiamo a valutazioni metagiuridiche rende arbitrario il confine tra lecito e illecito.

¹³ Cfr. Cass., Sez. III, 13 aprile 2000, n. 8345, in *Mass. Uff.*, n. 217080: «Sussistono gli estremi del reato di favoreggiamento della prostituzione allorché la condotta materiale concreti oggettivamente un aiuto all'esercizio del meretricio in quanto tale. Ne consegue che il reato in questione non è configurabile allorché l'aiuto sia prestato in realtà solo alla prostituta intesa in quanto persona»; in senso critico, Trib. Reggio Emilia, ord. 31 gennaio 2019, cit., 3, dato che «chi aiuta la prostituta aiuta, inevitabilmente, anche quello che la prostituta fa, cioè la prostituzione», nonchè, App. Bari, ord. 6 febbraio 2018, cit. 23-24, in cui si evidenzia come il cliente che riaccompagna la prostituta presso il luogo iniziale dopo aver consumato il rapporto a pagamento favorisca sì la *persona* evitandole di tornare da sola e con i mezzi verso il luogo di partenza, ma altrettanto la *prostituta* consentendole di ricollocarsi e acquisire nuovi clienti implementando la sua attività; in dottrina, critici, CADOPPI, *L'incostituzionalità*, cit., 174-176 e MAZZACUVA FR., *op. cit.*, 1333 ss.; apprezza lo sforzo verso una lettura costituzionalmente conforme al principio di offensività e determinatezza, SCORDAMAGLIA, *Aiuto alla prostituzione o alla prostituzione? Giurisprudenza di merito e di legittimità si confrontano*, in *Giust. pen.*, 2014, 503 ss.

dossale considerare illeciti fatti evidentemente inoffensivi¹⁴. Si pensi alla vicenda di chi offre una scatola di profilattici alla prostituta, al cliente o al tassista che la riaccompagna sul posto di lavoro, al locatore che le affitta un appartamento dove la donna fissa la sua residenza e il suo domicilio professionale: condotte che più che arrecar danno, offrono un chiaro vantaggio alla prostituta. Ne deriva che non è tanto un problema di individuazione di un evento e o dell'efficienza causale delle condotte, ma di come possa essere interpretato in forma costituzionalmente conforme l'evento "prostituzione altrui"¹⁵: sotto tale profilo, il cliente non va sicuramente punito¹⁶, ma non perché con la sua condotta favorisca la prostituta e non la prostituzione, ma perché in ogni caso è condotta che non la danneggia, ma anzi le assicura un vantaggio. In conclusione, il problema della disciplina penale della prostituzione - e *a fortiori* del favoreggiamento della prostituzione - non è tanto il cosa si punisce, ma il perché si punisce: del resto, anche il delitto di omicidio è reato di evento a forma libera ma nessuno mai ne ha lamentato un *deficit* di precisione.

3. Le “ragioni del punire”: libertà di autodeterminazione sessuale e prostituzione libera.

Che la vera questione sia la legittimazione del diritto di punire e non la incerta formulazione delle fattispecie censurate è evidente anche graficamente dallo spazio che le ordinanze di rimessione hanno dedicato al tema, quasi che il problema della determinatezza fosse posto *ad abundantiam*.

¹⁴ Sul punto, ANTOLISEI, *op. cit.*, 545, secondo il quale la formulazione della legge Merlin sarebbe idonea a ricomprendere situazioni la cui punibilità ripugna al senso comune: in particolare l'Autore riporta il caso di colei che mossa da pietà e senza ricevere compenso ospiti in casa propria una anziana e povera collega che per recuperare denaro per sopravvivere si intrattiene con uomini e venga per ciò solo condannata per favoreggiamento della prostituzione.

¹⁵ Secondo PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 704 ss., «là dove non vi è prostituzione esercitata in uno stato di soggezione non vi è neppure un fenomeno di prostituzione giuridicamente rilevante»; se non giuridicamente rilevante, quantomeno - a parere di chi scrive - penalmente rilevante, posto che anche la prostituzione libera rileva a livello tributario e dovrebbe rilevare a livello civilistico.

¹⁶ Peraltro, nelle ipotesi più clamorose - come quella emblematica del cliente - potrebbe escludersi la punibilità, qualora si qualificasse il favoreggiamento come reato di evento abituale (in tale senso; in giurisprudenza, per tale indirizzo, Cass., Sez. III, 1 marzo 2016, n. 23679, in *Dejure*): il cliente riaccompagna *una tantum* la prostituta al posto di lavoro, come anche il tassista, e lo stesso fa il locatore che non partecipa all'attività, e non ne determina un miglioramento come invece avviene con le emblematiche figure del protettore, dell'esattore o del sorvegliante che professionalmente e quindi abitualmente interferiscono nella prostituzione altrui. In tale senso, ANTOLISEI, *op. cit.*, 552, 553; MANTOVANI, *op. cit.*, 466; nonché MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *questa Rivista*. (online), 2013, 3, 3-5: secondo l'Autore il carattere della abitualità contribuisce a colmare il *deficit* di determinatezza delle fattispecie, dato che fa emergere il tipo di autore che si intende punire; *contra*, PALAZZO, *op. cit.*, 698, nt. 24.

Evitando ricostruzioni analitiche del bene tutelato dalla normativa, ormai note a chiunque si sia occupato della materia, occorre subito andare al punto: il bene tutelato dalla legge Merlin è la moralità pubblica e il buon costume¹⁷.

La ricostruzione dei lavori parlamentari, il sentire sociale e culturale del tempo in cui fu approvata, la formulazione delle fattispecie incriminatrici, non lascia incertezze: basti solo qui riportare le parole che offrono una idea chiara del sentire allora diffuso che si aveva del fenomeno prostitutivo: «nulla può immaginarsi che superi in turpitudine i fatti di prossenetismo [...] tra le attività più abiette questa sta in prima linea, essa è il laido parassita della prostituzione e della dissolutezza, l'infame sfruttatrice di una delle maggiori ignominie umane, la malvagia e venale corruttrice di tante persone deboli e inesperte»¹⁸. Peccato, reato, visione paternalistica della prostituta, ritenuta in sostanza incapace di autodeterminarsi e pertanto da tutelare dalle sue scelte di vita, libere ma abiette¹⁹. Ma la conferma obiettiva si ha nella misura in cui tutte le ipotesi incriminatrici sarebbero non solo costituzionalmente illegittime, ma illogiche e contraddittorie se non lette ponendo a loro premessa la irrilevanza del consenso della prostituta e quindi la prevalenza del sentire collettivo alle scelte personali: in altri termini, solo il paternalismo offre ragione logica alla scelta del punire chi dà sostegno a colui che lo chiede²⁰.

Tanto razionale, quanto incostituzionale che la giurisprudenza compie un primo viraggio interpretativo del bene giuridico, ma senza valutare le conseguenze che il passaggio da un bene superindividuale a uno personale avrebbe importato in ordine al fenomeno della prostituzione libera e volontaria. Il be-

¹⁷ Si pensi alla condotta del direttore di giornale che pubblichi annunci di incontri sessuali a pagamento su richiesta della prostituta stessa, punibile ai sensi dell'art. 3 n. 5 della legge Merlin: tale condotta sarebbe punita evidentemente per impedire la diffusione di una pratica che ripugna alla coscienza sociale, non già per tutelare la prostituta, essendo ella stessa avvantaggiata dalla pubblicità e dai suoi effetti. Pertanto unica *ratio* che rende logica una simile incriminazione è quella indicata nel testo. In tale senso, DE LIA, *op. cit.*, 333, il quale, a ragione -a parere di chi scrive - aggiunge che, sebbene logica, tale prospettiva di tutela è evidentemente contraria a Costituzione; in un'ottica più sfumata, non sarebbe peregrino sostenere che il bene protetto fosse primariamente quello superindividuale e sullo sfondo il pericolo di sfruttamento della prostituta come persona incapace di autodeterminarsi.

¹⁸ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, V ed. 1984, 518 ss.

¹⁹ Così, CADOPPI, *L'incostituzionalità*, cit., 158-164, il quale addebita le scelte di politica criminale sottese alla legge Merlin come espressione della concezione culturale allora in auge della figure femminile, oggi tuttavia ampiamente superata.

²⁰ In breve, secondo la concezione paternalistica, il cittadino non è libero di arrecare danno a se stesso sia direttamente che per tramite di un terzo; l'ordinamento si sostituisce al singolo nelle scelte fondamentali della sua esistenza in forza di valori superiori e che trascendono il singolo (così nella disciplina degli stupefacenti, nel suicidio assistito, nella prostituzione). Contrario al paternalismo nel diritto penale, CADOPPI, *Liberalismo e prostituzione*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di Mantovani M., Curi, Tordini Cagli, Torre, Caianello, Bologna, 2016, 3 ss.

ne tutelato allora - secondo il nuovo e poi consolidato indirizzo - diviene la libertà di autodeterminazione nel campo delle scelte sessuali, come *species* del *genus* libertà personale e in particolare libertà di autorealizzazione di sé²¹. Il mutamento di prospettiva esprime il passaggio da una accezione di dignità in senso oggettivo ad una in senso soggettivo: si intende sostenere, secondo il nuovo approccio, che non è dignitoso ciò che si il gruppo sociale di riferimento considera tale - cioè la moralità pubblica e il buon costume - ma è dignitoso ciò che il singolo considera tale secondo la propria e personale visione del mondo e i propri valori²². Se per Tizio avere rapporti omosessuali può essere offensivo della propria morale, contrario ai propri valori, per Caio può essere più che dignitoso e nessuno gli può impedire di fare ciò, almeno in un contesto di preminenza della persona, come essere unico e irripetibile, capace di sviluppare la propria personale visione del mondo, realizzarla, così autorealizzando la sua esistenza. Questa è la libertà che si pone a fondamento delle scelte libere e consapevoli di mettere a disposizione il proprio corpo per atti sessuali dietro un corrispettivo: attività che non solo è lecita, ma quale espressione di un diritto costituzionale, sarebbe quindi da riconoscere e garantire, non già da ostacolare.

Nondimeno, si è sostenuto che la prostituzione sarebbe illecita, giacché contraria alla norma del codice civile che fa divieto di disporre del proprio corpo, quando ne derivi una menomazione irreversibile della propria integrità fisica, o comunque quando ciò sia contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

²¹ Il punto di svolta è impresso da Cass., Sez. III, 8 giugno 2004, n. 35776, in *Mass. Uff.*, n. 229359; tra i primi in tale senso, PALAZZO, *op. cit.*, 704; ANTOLISEI, *op. cit.*, 543; posizione praticamente unanime in dottrina secondo CADOPPI, *Dignità, prostituzione*, cit., 6, con bibliografia ivi citata. Tra i costituzionalisti, MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di Breccia, Pizzorusso, Romboli, Pisa, 2007, 215 - 221, il quale sottolinea come esso sia il portato del passaggio storico dalla "libertà da" - di tradizione liberale ottocentesca - alla "libertà di" espressiva della libera autorealizzazione di se stessi ed espressione primaria del primato della persona, quale cifra portante l'intero impianto costituzionale.

²² Per un approfondimento dei concetti di "dignità oggettiva" e "dignità soggettiva", v. CADOPPI, *L'incostituzionalità*, cit., 181, il quale ne fa logicamente derivare la rilevanza penale della scelta effettuata, o quantomeno, del concorso di altri in una attività dignitosa e quindi tutelata, o viceversa, non dignitosa e quindi vietata. L'Autore citato riporta il seguente emblematico esempio: «Tizia, donna di venticinque anni, decide di prostituirsi attraverso un libero esercizio del suo diritto di autodeterminarsi. In base al concetto oggettivo di dignità, si può ritenere che Tizia manchi di dignità, perché la sua scelta di prostituirsi non è conforme alle norme sociali o morali diffuse nella società, in altri termini è moralmente o socialmente deviante [...] [in base ad un concetto soggettivo di dignità] ciascuno si autodefinisce il proprio concetto di dignità anche in materia sessuale. [di modo che se] per Tizia potrebbe essere del tutto dignitoso prostituirsi [...] per Caia una simile attività potrebbe essere assolutamente indegna e disgustosa». E ciò vale identicamente per la scelta di baciarsi in pubblico, di avere rapporti omosessuali, di farsi riprendere durante un atto sessuale, di praticare la pornografia.

Premesso che se pure fosse pertinente, sarebbe norma di fonte primaria e non costituzionale, alla quale quindi sarebbe subordinata, essa si riferisce - come noto storicamente²³ - a forme di commercializzazione che cagionino diminuzioni permanenti dell'integrità fisica: viceversa, la cosiddetta "vendita del corpo" a scopo sessuale non importa una disposizione irreversibile di una parte del corpo, ma una messa a disposizione di terzi del godimento temporaneo della propria sessualità²⁴, non differentemente da quanto fa un qualsiasi lavoratore, come un massaggiatore con le sue mani verso il suo cliente o un operaio con le sue braccia verso il proprio datore di lavoro. Sotto il profilo del buon costume, esso va inteso in senso penalistico come pudore sessuale²⁵: esso si trasforma - in un'ottica costituzionalmente orientata - nella libertà di non assistere, contro la propria volontà, ad atti o rappresentazioni di contenuto sessuale²⁶. Nondimeno è a tutti evidente che la prostituzione si esercita regolarmente in privato e non in luoghi pubblici o aperti al pubblico, ed è alla prima cui ci si riferisce. Sotto ulteriore profilo, la Consulta nel caso Cappato ha sostenuto che la scelta del suicidio assistito, ad alcune condizioni, «può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto», e che viceversa, con la normativa vigente «si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire»²⁷. Ebbene, se la Consulta ammette in

²³ È nota la *ratio* storica dell'art. 5 c.c.: esso mira ad evitare il ripetersi di un caso di cronaca del tempo: un giovane studente napoletano, ricoverato all'Ospedale degli Incurabili di Napoli per un'infezione intestinale, che aveva acconsentito alla cessione di un proprio testicolo a favore di un facoltoso brasiliano, dietro un compenso di £ 10.000.

²⁴ Non pare possa essere letto diversamente l'art. 3 par. 2 lett. c) della CDFUE: esso sancisce il «divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro»; nondimeno, tale disposizione va intesa, esattamente come l'art. 5 c.c., come riferita alla commercializzazione di parti del corpo quando cagionino diminuzioni permanenti dell'integrità fisica; ma va infatti evidenziato come nell'esercizio della prostituzione, la persona non "vende" il corpo - come pure si usa impropriamente affermare - ma *mette a disposizione temporanea di altri* la propria sessualità oppure concede il godimento temporaneo ad altri di parti del suo corpo dietro pagamento.

²⁵ Sono invece respinti, invece, i significati di "comune coscienza morale di un certo tempo", (*boni mores*), di "etica comune", di "morale media del popolo"; così, per tutte, Corte cost., n. 9 del 1965, in cui si conferma che «il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale».

²⁶ Così, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, IV, 2013, 125.

²⁷ Corte cost., n. 207 del 2018, §8 del *Considerato in diritto*; a parere di chi scrive, tale accezione di dignità, in senso soggettivo, si ricava anche dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219, intitolata "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento": l'art. 1 enuncia gli scopi della legge e pone al di fianco, uno dopo l'altro, i il diritto alla dignità umana e alla autodeterminazione. Ora per un verso, la *ratio* storica e la lettura sistematica della legge sul consenso informato non potrebbe che

sostanza la massima disponibilità del corpo in determinate condizioni, *a fortiori* detto potere di autodeterminazione va riconosciuto a colui che intenda non già ledere irreparabilmente il bene della vita, ma solo concedere temporaneamente sé stesso per denaro o altre utilità. Del resto, il passaggio dalla "libertà da" alla "libertà di" - massima attuazione del primato costituzionale della persona - impone un completamento della libertà sessuale, essendo invece stata ad oggi pacificamente tutelata con le norme penali in materia di violenza sessuale la sola accezione negativa.

Se libertà di autodeterminazione del singolo nel campo delle scelte sessuali presuppone la sessualità come «uno degli essenziali modi di espressione della persona»²⁸ e va intesa non solo come libertà da interferenze di terzi, ma anche come libertà di, allora essa dovrebbe implicare che sia riconosciuta e garantita libertà di scegliere non solo il se, il con chi, il quando, avere rapporti sessuali, ma anche la scelta di fare ciò per affetto, per intrattenimento, e senza compenso, ma anche quella di concedersi dietro pagamento, così come chiunque può decidere di mettersi a disposizione di un terzo a titolo oneroso, a titolo gratuito o per spirito di pura cortesia.

Come anticipato, a ragione, la Corte di cassazione per tempo ha ritenuto che il bene protetto dalle fattispecie di prostituzione fosse la libertà di autodeterminazione. La scelta non sorprende, dato che la giurisprudenza si trova spesso o addirittura nella quasi totalità dei casi a decidere di fatti di prostituzione coartata, dove alle incriminazioni di fattispecie base si aggiunge quasi sempre la circostanza aggravante della violenza minaccia o inganno²⁹. Del resto è questo il fenomeno prostitutivo *par excellence* che viene alla mente del cittadino: non, a ragione, quello delle *escort* - statisticamente marginale, almeno a livello giudiziario - ma quello del traffico di prostitute frequentemente gestito e sfruttato dal crimine organizzato, anche transnazionale.

Viceversa, nelle ipotesi in cui una persona ha liberamente e consapevolmente deciso di mettere a disposizione di altri il proprio corpo per scopi sessuali verso un corrispettivo, stipulando un vero e proprio contratto - le cc.dd. *sex*

avere come punto di riferimento la libera scelta come frutto di autodeterminazione del paziente nelle scelte concernenti la sua salute; per un altro, sarebbe contraddittorio affiancare la libertà di autodeterminazione e la dignità in senso oggettivo, posto che la seconda sarebbe la negazione della prima. Ne consegue allora che la dignità tutelata è quella soggettiva: essa quindi rafforza gli indici normativi positivi verso una valorizzazione del concetto.

²⁸ Corte cost., n. 561 del 1987, in cui si legge che «essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire».

²⁹ Cfr. art. 4 n. 1, l. 75/1958.

workers - colui che in qualsiasi modo ne favorisce la prostituzione non ne offende evidentemente la libertà di autodeterminazione.

Al contrario - paradossalmente - è proprio la norma che offende il bene protetto e non la condotta alla quale essa si riferisce, dato che è la minaccia della sanzione penale a terzi che impedisce in concreto la realizzazione di una libera scelta. Qui il paradosso: è come se l'ordinamento, punendo le condotte che gravitano intorno alla prostituzione come esplicazione delle proprie libere scelte in campo sessuale, da un lato, riconoscesse una libertà e dall'altro ne rendesse impossibile la pratica attuazione. Come se si affermasse, in altri termini, che «ognuno è libero di radersi la barba [...] ma è vietato, tuttavia, fornire rasoi di qualunque tipo, saponi, forbici, creme depilatorie e quant'altro possa servire per il taglio»: ciò a dire quindi che «la libertà riconosciuta a una condotta, a un certo comportamento, non può non implicare quelle libertà strettamente connesse e strumentalmente utili per l'estrinsecazione e l'esercizio di questa libertà»³⁰, altrimenti è vanamente proclamata, costituendo più esercizio di ipocrisia che altro.

4. La dignità umana come limite alla autodeterminazione sessuale. Critica.

Come anticipato, la prostituzione è una attività non soltanto non vietata o meramente tollerata dall'ordinamento: essa è esplicazione della libertà costituzionalmente riconosciuta e pertanto va non solo consentita, ma garantita e tutelata da arbitrarie limitazioni, anche di natura normativa.

Ciò non è affermazione apodittica, ma ampiamente verificabile se soltanto si guardi a tutto il sistema normativo, dal dato costituzionale, internazionale, comunitario fino a tutti i settori della legislazione, interpretati alla luce delle fonti a loro sovraordinate. Si ricava, in tale modo, che la giurisprudenza tributaria ha in più occasioni riconosciuto la prostituzione come attività lecita e tassabile come lavoro autonomo³¹; che la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto la libertà di circolazione nel territorio europeo di cittadine che esercita-

³⁰ Così, PADOVANI, *op. cit.*, 288, 303; sul punto, critica la scelta di politica criminale effettuata con la legge Merlin, GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *Prostituzione e diritto penale*, cit., 306, nella misura in cui la disciplina penale della prostituzione induce la persona dedita alla prostituzione in una condizione di «solitudine non solo professionale, ma esistenziale [...] la prostituta la si vuole libera, ma isolata, perché chiunque le sta vicino o la favorisca rischia di incorrere in responsabilità penale», pertanto l'effetto paradossale della legge Merlin è di «fare terra bruciata intorno alla persona che si prostituisce».

³¹ Si rinvia alla giurisprudenza citata in SALANITRO, *Attività di prostituzione, tra liceità e illiceità, abitualità ed occasionalità*, in *Corr. trib.*, 2016, 3659, in cui si legge che «non vi è dubbio alcuno che anche tali proventi [da prostituzione] debbano essere sottoposti a tassazione, dal momento che, pur essendo una attività discutibile sul piano morale, non può essere certamente ritenuta illecita».

vano il meretricio³²; che la Corte di Strasburgo ha qualificato come in contrasto con la CEDU solo la prostituzione coartata e quindi *a contrario* lecita quella libera e volontaria³³; che non osta alla liceità civilistica³⁴ né la clausola del buon costume giacché come osservato non pertinente, né tantomeno la contrarietà a legge, essendo invece diretta attuazione di una norma costituzionale, come noto direttamente applicabile ai casi concreti.

Nessun dato normativo sarebbe allora capace di sovvertire tale impostazione, se non quello della dignità umana come divieto di commercializzazione del proprio corpo, recentemente portata in auge dalla Corte di cassazione. In una recente sentenza, la Cassazione esclude con nettezza che il bene tutelato sia la libertà di autodeterminazione, «che importerebbe l'esclusione della rilevanza penale di ogni condotta del tipo astrattamente sanzionato che sia stata invece posta in essere con la adesione di chi materialmente eserciti la prostituzione [...] dovendo semmai tale interesse essere individuato nella necessaria tutela della dignità della persona esplicita anche attraverso lo svolgimento della attività sessuale, dignità non suscettibile - a tutela e garanzia della particolare rilevanza che tale aspetto della personalità umana riveste e della contrarietà ai principi di salvaguardia e rispetto della persona di ogni forma di commercializzazione e sfruttamento della medesima - di essere oggetto di contrattazioni o di atti attraverso i quali sia fatta disposizione di essa, aventi una rilevanza patrimoniale o comunque di essere fonte di vantaggi patrimonialmente valutabili in capo a chi approfitti degli atti con cui di essa si sia disposto», con la conseguente esclusione di «qualsiasi rilevanza all'atteggiamento soggettivo di chi la eserciti ritenendosi integrati i reati anche nel caso in cui essi siano collegati ad atti prostitutivi realizzati con piena adesione di chi si prostituisca»³⁵. Tale decisione è stata seguita da alcuni giudici di merito, come la Corte di appello di Milano, che richiama interamente il principio di diritto riportato e aggiunge - quale diretta conseguenza del mutamento del bene protetto - che il contratto così concluso è nullo, avendo causa illecita in quanto contraria al buon costume³⁶. Nondimeno, la virata verso un bene tanto pomposo quanto

³² CGUE, 20 novembre 2001, C-268/99, in *Quad. cost.*, 2002, 399, con nota critica di LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*: il giudice europeo riconosce la prostituzione quale attività economica svolta in qualità di lavoratore autonomo e come tale riconosce a chi la esercita la libertà di circolazione e stabilimento in tutti i Paesi membri.

³³ Corte EDU, 11 settembre 2007, Trembley c. Francia.

³⁴ Così, ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, in *Il governo del corpo*, I, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, Milano, 2011, 873 ss.; nonchè, MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in *Il governo del corpo*, cit., 889 ss.

³⁵ Cass., 17 novembre 2017 (dep. 30 marzo 2018), n. 14593, in *Mass. Uff.*, n. 272585.

³⁶ App. Milano, 16 luglio 2018, n. 3176, in *www.giurisprudenzapenale.com*.

evanescente non trova un solido fondamento: sia sufficiente evidenziare che di fronte alla espressa affermazione costituzionale della libertà di autodeterminazione, esplicitazione della propria sessualità, non esiste altrettanta affermazione solenne nella giurisprudenza costituzionale. Come ribadito da attenta dottrina³⁷, nel confronto tra la dignità e la libertà di autodeterminazione deve prevalere la seconda: ciò corrisponde al fondamento della costituzione materiale, costruita sul primato della persona, della libertà, del pluralismo, come tutela del singolo dalla prevalenza del gruppo, che sia lo Stato o un qualsiasi gruppo sociale. In tale ottica allora «ogni persona è responsabile [...] della propria vita, responsabilità che include il giudicare e scegliere che tipo di vita condurre per realizzarsi. Un individuo non deve consentire a nessun altro di dettare a lui i suoi valori personali e di imporglieli senza il suo consenso»³⁸. Viceversa, «l'accentuazione di elementi prettamente oggettivi della dignità può [...] favorire una utilizzazione che si traduce facilmente "nella surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti, a scapito del pluralismo e delle diversità"»³⁹. In altri termini, la dignità umana, se intesa come super valore costituzionale, rischia di limitare eccessivamente la libertà sessuale come autorealizzazione di sé e finisce con l'imporre al singolo scelte di vita approvate dalla maggioranza, e ciò è inammissibile in uno Stato democratico⁴⁰. È la sola dignità in senso soggettivo quindi a essere costituzionalmente riconosciuta: essa si riempie di contenuto in rapporto alla concezione personale del singolo, e si realizza nella libertà di ognuno ad assumere scelte di vita relative alla propria esistenza secondo la propria e personale visione del mondo⁴¹. Pertanto, se la scelta di prostituirsi può essere dignitosa per un cittadino, allora l'ordinamento non può legittimamente porre ostacoli alla pratica attuazione di una volontà libera e consapevole⁴².

³⁷ Sul punto, basti il richiamo a CADOPPI, *Dignità, prostituzione*, cit., 14 ss.

³⁸ DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2006, 28.

³⁹ TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso*, Bologna, 2008, 244, la quale cita testualmente RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (nota a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. it. civ.*, 2002, 6, II, 827-828.

⁴⁰ Così anche MARINO, *op. cit.*, 223.

⁴¹ Per la dignità soggettiva nel "suicidio assistito", Corte cost., n. 207 del 2018, §8.

⁴² Sotto altro profilo, se la dignità umana imponesse il divieto di commercializzare il corpo tramite la vendita di atti sessuali, sarebbe coerente punire anche tutte le condotte di intermediazione di terzi nella scelta di chi si dà al mercato della pornografia: lì, come nella prostituzione, una persona decide volontariamente e consapevolmente di compiere atti sessuali dietro corrispettivo, e come nella prostituzione, c'è chi favorisce, ricava un guadagno, organizza la produzione di materiale pornografico. Eppure nessuno ha mai pensato di reprimere con la sanzione penale dette condotte e conseguentemente di ritenere la pornografia attività non solo socialmente discutibile, ma altresì illecita o meramente tollerata.

5. La punibilità della prostituzione libera. Interpretazione sistematica.

Venendo alle conseguenze pratiche di quanto sostenuto, va osservato che le fattispecie, così come formulate, sembrano prive di riferimenti a forme di violenza, minaccia o di approfittamento di particolari condizioni psichiche, fisiche, sociali ed economiche della persona che esercita il meretricio.

Da un lato, con riferimento alle condotte costrittive o che incidono sulla corretta formazione della volontà, il legislatore ha previsto circostanze speciali *ad hoc* nella disposizione successiva a quella oggetto di censura⁴³: ciò significa evidentemente che le condotte ivi criticate non prevedono quale elemento costitutivo che la prostituta abbia subito violenza, minaccia o sia stata ingannata o che versasse in uno stato di inferiorità psichica al momento del fatto. Quindi, se non si dissente, allora logicamente si consente.

Da un altro, non paiono neanche elementi delle condotte punite dalla legge Merlin l'approfittamento di uno stato di bisogno o di difficoltà economica o l'abuso di una condizione di inferiorità mentale, dato che quando il legislatore ha voluto dare rilievo ai particolari motivi condizionanti un consenso ad attività a rischio, lo ha previsto espressamente, come nelle ipotesi esemplificative dell'usura, del caporalato, o della violenza sessuale per induzione. Pertanto le ipotesi della Merlin sembrano presupporre il consenso della prostituta sempre e comunque, cosicché esse punirebbero qualsiasi forma di intervento di terzi nella attività di sesso a pagamento esercitata da persona maggiorenne, libera, non condizionata e quindi consenziente.

Nondimeno, alcuni sostengono che la persona solo in apparenza acconsenta: il consenso sarebbe infatti non genuino, ma dettato o dal timore verso chi ne trae un beneficio oppure da necessità di garantirsi una sopravvivenza economica, ma ciò equivale a trattare la prostituta come minorenni o come un incapace⁴⁴.

Che possa essere vero che una donna non sia effettivamente consenziente, ma agisca con una sorta di riserva mentale, è un problema di natura probatoria e che quindi va verificato nel caso concreto con le forme del processo, ma che non rileva in punto di costruzione della fattispecie incriminatrice⁴⁵. Che

⁴³ Cfr. artt. 4 nn. 1, 2, l. 75/1958.

⁴⁴ Tale impostazione, recentemente, è stata riportata *in auge* in un articolo di stampa a in difesa della legge Merlin di alcune attiviste dell'associazione "Resistenza femminista", *Una strada senza ritorno: perché la legge Merlin va difesa*, *Corriere della Sera* (online), 14 febbraio 2019; tale posizione riecheggia il noto intervento in sede di approvazione della legge da parte dell'on. Tozzi Condivi, nella seduta del 24 gennaio 1958, in cui ebbe ad affermare che «la prostituta non è libera».

⁴⁵ In senso contrario, come di una presunzione infondata, come si desume da numerose *escort* intervistate, o ascoltate in sede processuale, CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, Padova, 2014, 240, la quale aggiunge che anzi la affermazione della libera scelta di prostituirsi è momento fondamentale del processo di

ella abbia deciso poi di prostituirsi, invece, non per passione o per una scelta di vita, ma per sopperire ad esigenze economiche, non rileva altrettanto, dato che conta non il processo motivazionale interno, ma che la scelta sia effettuata da una persona che sia mentalmente stabile, cioè da una persona che sia capace di agire e il cui processo di formazione della volontà non sia affetto da vizi del consenso, quindi da errore, dolo o violenza⁴⁶. Sotto tale profilo, se è ragionevole presumere che sia incapace di autodeterminarsi il minore, il portatore di handicap, il minorato mentale, il soggetto ubriaco o drogato, cioè chi è gravato da condizioni fisiche e psichiche effettivamente minoranti la capacità di agire e che come tale non può esprimere un consenso libero, consapevole e genuino, non lo è altrettanto in riferimento a una intera categoria - la prostituta - dato che una tale conclusione pare ovviamente infondata scientificamente, empiricamente ed evidentemente discriminatoria. Del resto, è orientamento ormai consolidato quello per cui «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa⁴⁷. Senza fare un censimento delle testimonianze delle *escort*, basti fare rinvio ai fatti descritti dalla ordinanza di rimessione della Corte di appello di Bari, per comprendere come una presunzione assoluta sia priva di fondamento empirico e sia invece smentita dalla realtà delle cose.

Quanto invece alle riserve mentali, occorre richiamare ancora il noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: il codice penale quando ha voluto dare rilevanza a stati di bisogno, o di particolare vulnerabilità della vittima, l'ha fatto espressamente. Esemplicando: nella violenza sessuale per induzione l'atto sessuale con persona consenziente è illecito quando il soggetto agente abbia convinto la vittima abusando di una condizione di inferiorità psichica o fisica⁴⁸; nell'usura soggettiva il tasso pattuito inferiore alla soglia è comunque

emancipazione femminile e non il contrario.

⁴⁶ Così anche CADOPPI, *Dignità, prostituzione*, cit., 36: «nel diritto penale si presuppone comunque a monte il libero arbitrio e nell'accertamento (eventualmente anche processuale) della libertà della scelta non si dovrebbero affrontare i retroterra filosofici o anche psicoanalitici dei processi attraverso cui una scelta è stata attuata».

⁴⁷ Corte cost., n. 265 del 2010.

⁴⁸ «Chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona», art. 609-bis co. 2, c.p.

usurario e illecito se l'agente abbia approfittato di uno stato di difficoltà economica e finanziaria della vittima o nella aggravante speciale di un bisogno economico della stessa⁴⁹; oppure ancora, nel caporalato lo sfruttamento penalmente rilevante del lavoratore implica l'approfittamento di uno stato di bisogno, dato in una condizione in cui la formazione del consenso della vittima è evidentemente condizionata da un motivo economico⁵⁰.

6. (segue) Le interpretazioni costituzionalmente orientate. Il ruolo del consenso nelle fattispecie.

Il valore costituzionale del primato della persona implica che si riconosca la libertà del singolo di autodeterminarsi anche nel campo delle scelte sessuali: la lettura sistematica appena esposta esclude che sia praticabile una lettura interpretativa delle norme in senso costituzionalmente conforme⁵¹.

La prima è del seguente tenore: il dissenso della prostituta è elemento implicito della condotta penalmente rilevante, di modo che il consenso esclude il fatto tipico. Ora posto che se il bene tutelato è l'autodeterminazione, il consenso farebbe venire meno, non già un elemento del fatto tipico, ma direttamente l'offensività, di modo che - ma la sostanza non cambia - il fatto non è punibile perché non perché non conforme al tipo, ma in quanto inoffensivo è atipico. Nondimeno, il dissenso non è elemento della condotta: esso presuppone una costrizione in forza della quale una persona compie un atto che se fosse libera non avrebbe fatto e la pone in essere evidentemente per effetto di violenza, di minaccia o di inganno: ma già si è visto che tali modalità di condotta paiono estranee al fatto tipico, giacché altrove considerate dalla legge e cioè in circostanze aggravanti *ad hoc*.

⁴⁹ «Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643 si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito [...] la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. *Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria* [...] le pene per i fatti di cui al primo e secondo comma sono aumentate da un terzo alla metà [...] 3) se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno [...]», art. 644 c.p.

⁵⁰ «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque 1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori [...].», art. 603-bis, co. 1, c.p.

⁵¹ Sul tentativo di operare - e semmai scartare sulla base di argomentazioni ragionevoli - ipotesi di lettura della normativa in senso costituzionalmente orientato, MADIA N., *Legge Merlin e fenomeno delle Escort: un binomio al vaglio di costituzionalità*, in *Diritti comparati*, 22 febbraio 2018, 1 ss.; BONOMI, *op. cit.*, 125-126.

Secondo altra lettura, il consenso di chi può validamente disporne esclude l'antigiuridicità del fatto tipico; nondimeno, è evidente che prestare il consenso a ledere la propria libertà di scelta pare un concetto contraddittorio in sé. Se la prostituta presta il consenso non offende la sua libertà di scelta e quindi il fatto è già a monte atipico, in quanto inoffensivo.

In conclusione, alla luce di una lettura sistematica, le fattispecie base della legge Merlin sembrano presupporre paradossalmente il consenso della prostituta, chè altrimenti sarebbero aggravate.

7. L'incostituzionalità della disciplina penale della legge Merlin.

Quanto sostenuto potrebbe essere riferito a molte delle ipotesi dettate dalla legge Merlin: e ciò si badi non solo in riferimento alle condotte censurate nelle due ordinanze di remissione alla Consulta, ossia reclutamento, tolleranza, favoreggiamento⁵².

Le medesime considerazioni svolte nel presente contributo possono logicamente essere estese a tutte quelle condotte punite che, a valle, ma anche a monte della scelta di prostituirsi, siano rivolte a persone che 1) siano capaci di intendere e di volere, 2) siano maggiorenni, 3) non siano minorate mentalmente, 3) non siano condizionate da difficoltà o bisogno economico, 4) non siano state coartate o ingannate⁵³.

Scorrendo tutte le ipotesi, il primo gruppo fa riferimento alla messa al bando delle case di tolleranza puniscono chi gestisce, controlla, dirige case in cui esercitano la prostituzione persone libere e consenzienti; il secondo gruppo alle condotte di persuasione di persone che poi liberamente decidano di esercitare il meretricio; il terzo riferito alle condotte di chiunque agevola in qualsiasi modo la libera prostituzione o ne ricavi un introito, come chiunque collabori nelle attività economiche di altri.

Esse possono avere fondamento razionale solo se il bene tutelato non sia la

⁵² La posizione assunta dalla Corti di appello di Bari e dal Tribunale di Reggio Emilia sono quelle condivise dalla dottrina quasi unanime: v., tra i tanti, senza pretesa di esaustività, CADOPPI, *L'incostituzionalità*, cit., *passim*, ID., *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, 229 ss.; MANNA, *op. cit.*, *passim*; GIUNTA, *op. cit.*, 305 ss.; PULITANO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2011, 310.

⁵³ Così anche, MAZZACUVA FR., *op. cit.*, 1338, secondo il quale «il riconoscimento del bene giuridico nella libera autodeterminazione tuttavia dovrebbe portare a circoscrivere la punibilità soltanto alle ipotesi in cui tale scelta sia condizionata da minacce e inganni (attualmente considerati nell'ipotesi aggravata dall'art. 4 n 1) o comunque da situazioni di inferiorità fisica o psichica o di necessità economica». In *ottica de iure condendo*, CADOPPI, *Una proposta di riforma della Legge Merlin*, in *Prostituzione e diritto penale*, cit. 333 ss. e spec. 338, secondo il quale devono essere punite solo le condotte di intermediazione di terzi in una attività di prostituzione non libera, cioè costretta o indotta a fronte di condizioni di inferiorità della vittima;

libertà di autodeterminazione⁵⁴: se si afferma che la prostituzione è esplicazione di una libertà costituzionalmente riconosciuta e garantita, allora gestire un locale in cui essa si esercita⁵⁵, tollerare che in locale qualcuno la eserciti, collaborarvi a fine di lucro⁵⁶, agevolare la diffusione dell'attività prostitutiva tramite annunci pubblicitari⁵⁷, trovare clienti alla prostituta o convincerla a spostarsi in una zona dove ricaverebbe maggiori introiti, non offende ma realizza quel diritto⁵⁸. L'ottica mediante la quale osservare il fenomeno è quella che - scervra da condizionamenti della morale - consideri la prostituzione come attività consentita, forse rischiosa, ma come tante altre che sono tuttavia assoggettate a regimi di diritto amministrativo o di diritto del lavoro di particolare rigore, ma non per ciò solo attratte al sistema sanzionatorio penale. Del resto, la pornografia - come le attività economiche connesse - è espressione della medesima libertà di autodeterminazione della persona: ognuno è libero di mettere a disposizione il proprio corpo per effettuare riprese di atti sessuali anche dietro pagamento. Nessuno, tuttavia, ha mai pensato, a valle, di punire coloro i quali offrono sostegno, partecipano ai guadagni derivanti dalla produzione e diffusione del materiale pornografico di un adulto consenziente, o a monte, nessuno punirebbe colui che abbia persuaso taluno a darsi al mercato della pornografia, a diventare una *star* del cinema porno o delle copertine di riviste pornografiche oppure di colui che abbia tollerato riprese di un film del genere nei propri locali.

⁵⁴ Esse, cioè, come sopra sostenuto, si giustificavano solo nella ottica paternalistica del tempo in cui furono introdotte e cioè solo essendo poste a tutela di un bene superindividuale, come la moralità pubblica e il buon costume, oppure come la - non a caso - recentemente tornata *in auge* dignità umana, che la Cassazione richiama proprio per conferire logicità alla disciplina.

⁵⁵ Critico anche MARINO, *op. cit.*, 228, quale limite ingiustificato all'art. 41 co. 2 Cost.

⁵⁶ V. MAZZACUVA FR., *op. cit.*, 1335, «nella prospettiva di tutela descritta nelle premesse [la libertà di autodeterminazione] ci si dovrebbe interrogare se davvero ai fini dell'integrazione della fattispecie di sfruttamento sia sufficiente il conseguimento di una qualsiasi utilità dell'attività di prostituzione altrui e non sia piuttosto necessaria una qualche forma di vessazione o comunque di approfittamento di tipo parassitario»; *contra* Manna, *op. cit.*, 6, che invece qualifica lo sfruttamento come condotta che presuppone una costrizione della prostituta nel versare tutti o parte degli introiti derivanti dalla sua attività al soggetto agente.

⁵⁷ PALAZZO, *op. cit.*, 706-707.

⁵⁸ Sul punto, non si disconosce che - in relazione alla condotta di induzione di persone nelle quali non è ancora sorto alcun proposito di darsi alla prostituzione - sarebbe eventualmente più agevole rinvenire la ragioni di tutela nel pericolo che la prostituta esprima sì un consenso ma invalido, giacché viziato nella fase di formazione della volontà per effetto forme più o meno subdole di convincimento, approfittando di un qualche stato di temporanea debolezza del destinatario di promesse, artifici, lusinghe. Nondimeno, MAZZACUVA FR., *op. cit.*, 1338, rileva una qualche anomalia nel punire un'induzione verso una attività penalmente irrilevante come quella prostitutiva, quando sistematicamente il legislatore la punisce se diretta ad attività penalmente rilevanti (cfr. art. 319 *quater*, c.p.) o se diretta verso una persona incapace di autodeterminarsi (cfr. art. 609 *bis* co. 2, c.p.).

In conclusione, la disciplina penalistica in materia di prostituzione pare in larga parte incostituzionale, per violazione della libertà di autodeterminazione nel campo delle scelte sessuali, intesa come limite di espressione della libertà di per effetto di fatti penalmente sanzionati che impediscono la piena esplicazione di detta attività e conseguentemente, del principio di offensività come divieto di qualificare come reato fatti che siano limitativi di libertà costituzionalmente riconosciute. Un contrasto tanto evidente pare difficilmente sanabile con interpretazioni costituzionalmente conformi⁵⁹, dato che la *littera legis* sembra insanabilmente in contraddizione con la libertà di autodeterminazione, mentre una lettura sistematica dell'ordinamento penale esclude che essa possa implicitamente presupporre requisiti di pregnanza offensiva, come la violenza, la minaccia o la presenza - quali presupposti della condotta - di condizioni di inferiorità psichica o economica della prostituta.

8. Tra giustizia costituzionale, scelte politiche e horror vacui. L'esempio Capato.

Nondimeno, se le riflessioni appena svolte sono ispirate a riflessioni di tipo meramente teorico e non guardano alle conseguenze pratiche di tenuta del sistema, occorre considerare che la Consulta non possa fare altrettanto e nella valutazione sia abitualmente condizionata dall'*horror vacui*. Se si accedesse alla conclusione sopra esposte, si espellerebbe dal sistema la o le fattispecie base di contrasto a qualsiasi forma di prostituzione, rimarrebbero in vigore soltanto le circostanze aggravanti della violenza, minaccia e inganno di cui all'art. 4 della legge Merlin, così creando di fatto così un enorme e pericoloso vuoto di tutela nelle ipotesi di prostituzione involontaria.

Tuttavia - come anticipato in premessa - la Consulta ha ritenuto che la legge Merlin sia espressione di una scelta di politica criminale legittima e non contraria alla Costituzione: in altri termini, il giudice delle leggi approva che la prostituzione possa essere un'attività in sé lecita ma che al tempo stesso possano essere punite tutte le condotte di terzi che la agevolino o la sfruttino⁶⁰.

In ottica *de iure condendo*, nondimeno, sarebbe auspicabile invece che un legislatore *liberal* costruisse la disciplina penale della prostituzione tenendo conto dei dati statistici del fenomeno: la prostituzione è lecita, mentre quella vietata è soltanto quella coartata, cioè quella non libera ed esercitata per effet-

⁵⁹ Viceversa, appare più possibilista, benché con molti dubbi in proposito, CADOPPI, *L'incostituzionalità*, cit., 155, mediante una lettura interpretativa che dia rilievo al consenso della prostituta in ottica escludente la tipicità o quantomeno la anti giuridicità del fatto.

⁶⁰ Così, Ufficio Stampa della Corte costituzionale, *La prostituzione al tempo delle escort: la Consulta "salva" la legge Merlin*, comunicato del 6 marzo 2019, cit.

to di violenza, minaccia o approfittamento di condizioni di inferiorità fisica, mentale, economica e sociale⁶¹. D'altro canto, anche l'atto sessuale è punito con lo "stupro" solo se la vittima lo ha compiuto o subito per effetto di violenza, minaccia, abuso di condizioni di inferiorità; e ciò non a caso, dato che il bene tutelato è sempre la libertà di autodeterminazione della persona. Allora non si comprende quale sia il motivo in forza del quale ognuno è libero di disporre della propria intimità e quindi di scegliere se, con chi, quando e come avere un rapporto sessuale, ma non è altrettanto libero di scegliere se concedersi per nulla o per un compenso. *Pecunia olet?*

⁶¹ Conformemente a quanto sostenuto nel presente contributo, va condivisa la proposta elaborata da CADOPPI, *Una proposta*, cit., 333 ss., nella quale - abrogata la legge Merlin - si afferma la liceità della prostituzione se liberamente esercitata e la rilevanza penale delle condotte di intermediazione nella prostituzione esercitata da persone costrette o indotte se incapaci di prestare un valido consenso.