

## ORIENTAMENTI

---

**ALBERTO CADOPPI**

### **Dignità, prostituzione e diritto penale**

#### ***Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin***

L'articolo critica alcune recentissime pronunce giurisprudenziali che, in materia di prostituzione, puntano a sostituire al bene giuridico della libertà sessuale di chi si prostituisce (bene disponibile) con la dignità umana (bene indisponibile), al fine di respingere eccezioni di incostituzionalità del reato di favoreggiamento; l'autore riafferma il bene giuridico della libertà sessuale della prostituta, con conseguente illegittimità costituzionale di alcune fattispecie in materia come il favoreggiamento (tema su cui si dovrà pronunciare a breve la Corte costituzionale).

*This article criticizes some very recent decisions that, in the field of prostitution, support a new legal interest, human dignity, aiming at rejecting doubts of constitutionality of the offence of facilitating prostitution; the author reaffirms the legal good of sexual freedom of the prostitute, and concludes that some offences such a facilitating prostitution should be declared unconstitutional (matter on which the Constitutional Court will soon decide).*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Il bene giuridico dei reati di prostituzione: dalla moralità pubblica alla libertà sessuale della persona. - 3. Le conseguenze dello spostamento dell'asse del bene giuridico: in particolare, l'incostituzionalità del favoreggiamento della prostituzione e di altre simili fattispecie in caso di prostituzione per libera scelta. - 4. Conciliare l'inconciliabile: tentativi di giustificare la repressione penale del favoreggiamento e del reclutamento di prostituzioni frutto di libera scelta partendo dalla tutela della libertà sessuale della persona. - 5. Il ricorso a un ulteriore bene giuridico: la dignità. - 6. Dignità e libertà di autodeterminazione: dignità *oggettiva* e dignità *soggettiva*, e altre tematiche collegate. - 7. Dignità, libertà sessuale e prostituzione. - 8. Conclusioni sul tema.

#### **1. Premessa.**

La tematica della prostituzione e dei suoi risvolti normativi è oggi tornata di grande attualità. La legge Merlin proprio nel 2018 ha compiuto 60 anni, e li dimostra ampiamente. Già all'indomani della sua approvazione (avvenuta il 20 febbraio 1958, con la l. n. 75) aveva ricevuto molte critiche, alcune sulle scelte di fondo, altre sul piano prettamente tecnico. I maggiori penalisti dell'epoca (Antolisei, Vassalli e altri ancora) avevano rilevato gli enormi difetti di tecnica legislativa della legge e in particolare l'incongruo raggruppamento di numerose fattispecie fra loro molto diverse per condotte e disvalore nell'ambito di un solo articolo di legge (l'art. 3), e con una sola cornice edittale comune, con conseguenti difficoltà applicative e possibili lesioni del principio di proporzionalità. Lo stesso principio di legalità era stato "maltrattato" dai compilatori della legge. Si pensi alla mancata definizione del concetto di prostituzione, e alla configurazione di fattispecie dai nebulosi contorni come il

favoreggiamento. La legge aveva sicuramente nobili finalità – almeno nei pur variegati intendimenti dei suoi fautori – ma era stata comunque mal concepita sotto il profilo della scienza e della tecnica della legislazione.

Per oltre una cinquantina d’anni la dottrina penalistica italiana (salvo qualche eccezione, e salvi i necessari commenti iniziali) si è piuttosto disinteressata alla materia, e solo recentemente il dibattito intorno ad essa si è riaperto. Il “ritorno di fiamma” è stato causato da almeno due fattori. Da un lato, da qualche tempo si sono affacciate in Parlamento, in varie legislature, numerose proposte di legge miranti a ribaltare, in un modo o nell’altro, l’assetto della legge del 1958. Dall’altro, il dibattito sulla “*criminalization*”, ovvero sulla “legittimazione del diritto penale”<sup>1</sup>, negli ultimi vent’anni si è risvegliato, anche grazie a studi incrociati fra i tradizionali criteri di legittimazione nostrani (agganciati all’offensività e al bene giuridico) e i criteri di legittimazione da tempo approfonditi nel mondo anglosassone (il c.d. *harm principle*, o “principio del danno”): questo risveglio ha portato la dottrina a occuparsi di tematiche quali la prostituzione, da sempre al centro delle discussioni in tema di “criminalizzazione”<sup>2</sup>.

Nel frattempo, anche la giurisprudenza, che per decenni aveva applicato le fattispecie in materia in modo ripetitivo e senza troppe riflessioni critiche sulle prospettive di tutela, recentemente, a partire dai primi anni del nuovo secolo, ha dato segni di risveglio: sono così cambiati pian piano alcuni paradigmi interpretativi specie relativamente alle fattispecie più discutibili della legge (favoreggiamento *in primis*), ed è progressivamente mutato l’inquadramento della tutela dei reati di prostituzione.

Sempre a partire dal nuovo Millennio, lo scenario anche internazionale delle

---

<sup>1</sup> Tra le varie opere dedicate al tema, si veda FIANDACA, FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, 2008, con scritti di vari autori italiani e stranieri; CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010.

<sup>2</sup> Nella dottrina italiana più recente si veda su questi temi in particolare CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014, frutto di una ricerca universitaria PRIN e di una serie di incontri di studio a cui hanno partecipato criminologi, giuristi di varie discipline, e studiosi stranieri, al fine di offrire un’attendibile indagine di diritto comparato. Nel volume si propongono anche riforme concrete della legislazione in materia. Da ultimo, va segnalata la monografia di PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018, particolarmente attenta alla questione della legittimazione della repressione penale della prostituzione e alle prospettive *de iure condendo*, relativamente alle opzioni dei possibili modelli normativi concepibili in materia.

Importanti anche le monografie di DI NICOLA, BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, Milano, 2015; e di PADOVANI, *La disciplina penale della prostituzione*, Pisa, 2015 (quest’ultima è la trascrizione delle lezioni universitarie del Maestro pisano in un corso dedicato alla tematica). Si tratta di due monografie maggiormente dedicate alla esegesi del *ius conditum*, ma per nulla prive di rilevanti considerazioni critiche.

leggi e del dibattito scientifico e giurisprudenziale in tema di prostituzione si è arricchito di nuove e variegata prospettive. In numerosi paesi sono state adottate nuove leggi in materia. In alcuni casi (es. Germania, Svizzera, Austria, Olanda) si è consolidato un approccio di tipo *regolamentarista*, partendo dall'idea che la prostituzione esercitata per libera scelta sarebbe "un lavoro come un altro" (non rinunciando, ovviamente, alla decisa repressione penale delle condotte abusive, violente e di sopraffazione); in altri casi (inizialmente nei paesi nordici, come Svezia e Norvegia, ma da ultimo anche in Francia e in Canada) si è imboccata la strada *neo-proibizionista*, considerando *tout court* illecita l'attività prostitutiva, con correlativa punizione del cliente al fine di scoraggiare la domanda di sesso a pagamento. Pochi restano i paesi, come l'Italia, in cui resiste una vecchia legge di stampo *abolizionista*, forse apprezzabile all'epoca della sua adozione, ma dalla contraddittoria impostazione: essa infatti, da un lato, sancisce la liceità dell'atto prostitutivo; dall'altro, vieta praticamente tutte le condotte di terzi (diversi dal cliente) collegate con esso, fino a punire persino "chiunque, in qualsiasi modo, favorisca la prostituzione altrui" (è il c.d. "favoreggiamento della prostituzione", di cui all'art. 3 n. 8 della legge). In tal modo creando una sorta di "Giano bifronte" normativo, e soprattutto costringendo persone che svolgono un lavoro definito come lecito a nascondersi, a vivere nella clandestinità, e a finire non di rado nelle mani della delinquenza più o meno organizzata.

Ma negli ultimi decenni sono intervenute anche interessanti pronunce di corti di vario genere o grado, sia in Italia che all'estero, ad occuparsi di aspetti fondamentali delle legislazioni in tema di prostituzione. Fra le tante, si possono segnalare come particolarmente rilevanti:

- a) la decisione del 20 novembre 2001, C-268/99 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con cui la prostituzione da parte di persone che scelgono liberamente tale attività, e non dipendenti o subordinate ad alcuno o ad alcuna organizzazione, è stata ritenuta "*attività economica svolta in qualità di lavoratore autonomo*", con conseguente autorizzazione di alcune prostitute provenienti da paesi dell'Est europeo a stabilire la loro attività lavorativa in Olanda;
- b) la Decisione dell'11 settembre 2007, *Tremblay v. Francia*, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha affermato che la prostituzione sarebbe incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo quando "*oggetto di costrizione*", il che significa che quando essa è frutto di libera scelta è anzi espressione di quegli stessi diritti;
- c) varie sentenze della sezione tributaria della Cassazione italiana che hanno riconosciuto la piena liceità dell'attività prostitutiva: così, Cass., sez. trib., 1°

ottobre 2010, n. 20528, che ha affermato che l'attività di prostituzione può essere “*discutibile sul piano morale*”, ma “*non può essere certamente ritenuta illecita*”. Analogamente hanno poi deciso Cass., Sez. trib., 2 marzo - 13 maggio 2011, n. 10578, e Cass. civ. Sez. V, 27 luglio 2016, n. 15596;

d) la sentenza n. 16207 del 2014 delle Sezioni unite della Cassazione Penale italiana, che, distinguendo opportunamente fra minorenni e maggiorenni, in relazione a questi ultimi ha definito attività “*del tutto libera, non sanzionabile dall'ordinamento*” “*l'esercizio del meretricio che sia frutto di una scelta non condizionata da forme di coazione o di sfruttamento*”;

e) la sentenza *Canada (Attorney General) v. Bedford* [2013 SCC 72], del 20 dicembre 2013, della Corte Suprema del Canada, con cui la più alta corte canadese ha dichiarato incostituzionali tre fattispecie in tema di prostituzione: il delitto che proibiva le case chiuse (art. 210 e 197 c.p. canadese), il delitto di sfruttamento della prostituzione (art. 212 stesso codice), e quello di adescamento (art. 213 stesso codice). Essi sono stati ritenuti contrari alla “sicurezza” delle prostitute, e non in sintonia con i principi di giustizia fondamentale di cui all'art. 7 della Canadian Charter of Rights and Freedoms. La pronuncia parte dall'assunto di fondo che “non è un reato vendere sesso per denaro”, e che quelle proibizioni (anche per la loro eccessiva ampiezza) costringerebbero le prostitute ad esercitare il loro lecito mestiere nella clandestinità, e senza poter ricorrere ad ausili di terzi anche a protezione della loro sicurezza. La Corte aveva sospeso per un anno gli effetti della sentenza, dando tempo al Parlamento di legiferare in materia, e il Parlamento canadese nel 2014 ha approvato una legge ispirata al modello nordico;

f) la sentenza n. 641 del 2016 della Corte costituzionale portoghese, con cui si è affermata la legittimità costituzionale dell'art. 169, n. 1, del codice penale portoghese, che prevede il reato di “lenocinio”, sulla base tra l'altro dell'esigenza di protezione della dignità della persona. La norma punisce con la pena da sei mesi a cinque anni di reclusione “*chiunque, professionalmente o con intento di lucro, fomenta, facilita o favorisce l'esercizio da parte di un'altra persona della prostituzione*”. Nell'ambito della decisione, presa a maggioranza, vanno peraltro segnalate due rilevanti opinioni dissenzienti, di cui una del Presidente della Corte, l'autorevole professore di diritto penale Manuel Da Costa Andrade;

g) l'ordinanza del 6 febbraio 2018 della Corte d'Appello di Bari, con cui si solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 comma primo, n. 4 prima parte (reclutamento), e n. 8 (favoreggiamento) della legge 20 febbraio 1958, n. 75, nella parte in cui configurano come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevol-

mente esercitata siccome in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2, 27 e 41 della Costituzione. La Corte costituzionale si pronuncerà a breve sulla questione.

E si potrebbe proseguire.

Tirando le somme, se ne trae un quadro quantomai variegato. Sia la dottrina, che la giurisprudenza (di vari livelli), che le legislazioni paiono in questi ultimi anni particolarmente in fermento.

Nel presente studio, mi dedicherò specialmente al tema del *bene giuridico* dei reati in materia, e dunque alle ragioni e agli obiettivi che possono giustificare una legislazione penale sulla prostituzione oggi in Italia, nel rispetto del principio di offensività e di altri principi e diritti costituzionali.

Un'ultima precisazione preliminare si impone. La più recente dottrina criminologica ha chiarito che non si può parlare della "prostituzione" come fenomeno unitario e compatto, ma piuttosto di "prostituzioni"<sup>3</sup>, come fenomeno variegato e multiforme: vi sono infatti numerose tipologie di prostitute/i<sup>4</sup> e di clienti, e vi sono diversissimi contesti in cui operano le persone che si dedicano a tale attività. Si spazia dalla prostituzione coatta frutto della tratta di esseri umani a scopo di sfruttamento, e, attraverso varie situazioni intermedie, si giunge all'estremità opposta, dove troviamo casi di persone - spesso indicate con i termini meno derogatori di escort o sex workers - che si dedicano a tale attività o lavoro del tutto volontariamente e per libera scelta, per le più varie motivazioni. Naturalmente, non si dubita che tutti i casi di prostituzione coatta e abusiva, o di vero e proprio sfruttamento sessuale di esseri umani a scopi economici, debbano essere oggetto di repressione da parte del diritto penale. La questione della "criminalizzazione" in materia si pone esclusivamente per le ipotesi di prostituzione volontaria e per libera scelta. Potrebbe anche trattarsi di una piccola fetta del mercato, ma va comunque tenuta in considerazione. È su questi casi che si incentra il dibattito, e che si pone il problema se punire ed entro quali limiti, se esistano davvero beni giuridici meritevoli di tutela, e se siano ravvisabili diritti individuali di libertà da tutelare. E se, infine, tali diritti possano eventualmente soccombere di fronte a un valore potenzialmente invincibile come la dignità umana.

Ed è a questi problemi che sarà dedicato il presente lavoro, che non mira certo a risolverli, ma a proporre soluzioni il più possibile ragionevoli.

---

<sup>3</sup> MERZAGORA, TRAVAINI, *Prostituzioni*, in *Prostituzione e diritto penale*, cit., 38-55.

<sup>4</sup> Nel testo si userà per semplicità di norma il termine "prostituta", al femminile, ma va appunto tenuto conto che le prostitute, come meglio di vedrà, non sono solo donne. Si utilizzerà peraltro anche la più neutra espressione "sex worker".

## 2. Il bene giuridico dei reati di prostituzione: dalla moralità pubblica alla libertà sessuale della persona.

La tematica del bene giuridico è stata approfondita da chi scrive in altre sedi<sup>5</sup>. Qui mi limiterò a sintetizzare il percorso dottrinale e giurisprudenziale sul tema, al fine di proseguire poi il discorso sulla questione particolarmente attuale e problematica della dignità.

In dottrina, se inizialmente - a seguito della entrata in vigore della legge Merlin - era prevalso l'inquadramento dei reati in esame come reati contro la moralità pubblica e il buon costume, pian piano si è fatta largo la considerazione del bene della persona, e in particolare della *libertà di autodeterminazione sessuale* della persona che si prostituisce. Si può citare per tutti Francesco Palazzo, che, sulle orme dello stesso Antolisei, già a metà degli anni '70 sosteneva che la legge aveva inteso "garantire la libertà sessuale della prostituta"<sup>6</sup>; ma si tratta di un'impostazione oggi praticamente unanime in dottrina<sup>7</sup>.

Si tratta di un processo che si era attuato anche nell'ambito di vari altri gruppi

<sup>5</sup> CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Dir. pen. contemp.*, 3, 2018, 153-224, ed *ivi* 164-167; e ancor prima in *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Prostituzione e diritto penale*, cit., 282 ss.

<sup>6</sup> PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 704. V. anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V, Milano, 1966, 416.

<sup>7</sup> CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Prostituzione e diritto penale*, cit., 282 ss.; ID., *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, cit., 164-167; PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2011, 309-310; GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *Prostituzione e diritto penale*, cit., 302 ss.; MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Prostituzione e diritto penale*, cit., 315 ss.; nonché BONTEMPI, in *Codice penale commentato* a cura di Dolcini, Gatta, Milano, 2015, vol. III, 1988-1989; BONFANTI, DI NICOLA, in *I reati in materia di prostituzione*, cit., *passim*; PADOVANI, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 372; e nella sostanza M. Bertolino, *Introduzione al focus*, in *Focus: prostituzione e tratta. Lo sfruttamento sessuale della persona nella globalizzazione*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2017, 627 ss., ed *ivi* 631; MAZZACUVA, *Favoreggiamento e induzione della prostituzione. Limiti e contraddizioni dei paradigmi causali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, n. 10, 1333 ss.; CARUSO, *O tempora o mores! La messa in discussione della Legge Merlin a sessant'anni dalla sua approvazione*, in *Giurisprudenza penale*, rivista online, 6, 2018, 2. Così anche da ultimo, con particolare approfondimento della tematica, PARISI, *Prostituzione*, cit., 174 ss.

Vi è poi in dottrina chi non riscontra nelle norme sulla prostituzione un obiettivo di tutela della libertà di autodeterminazione, e ritiene ancora prevalente nelle stesse un'ottica di protezione della moralità pubblica. Ma allo stesso tempo, proprio per questo motivo, ne riscontra la palese incostituzionalità: 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, 1, 330-334. Si tratta di una lettura fortemente realistica delle norme della legge così come erano state concepite nel 1958. Sottesa a questa interpretazione vi è comunque la stessa esigenza a cui si mostra sensibile la dottrina maggioritaria: quella di denunciare l'inattualità della vecchia prospettiva della moralità pubblica e di rilevare l'incostituzionalità di alcune delle norme della legge che, se si vogliono orientare alla tutela del più moderno bene giuridico della libertà della persona, non possono sussistere congegnate come sono oggi.

di reati che originariamente erano stati collocati dal legislatore fascista del 1930 nel titolo IX del codice penale: si pensi ai delitti di violenza sessuale, in rapporto ai quali lo stesso legislatore, nel 1996, ha poi provveduto allo spostamento fra i delitti contro la persona. O agli stessi delitti di osceno (artt. 527 e 528 c.p.), criticati da tempo lucidamente dalla dottrina nel loro inquadramento moralistico e pubblicistico<sup>8</sup>, e recentemente addirittura depenalizzati quasi *in toto*. In sostanza, a forza di “spallate” della dottrina, si può dire che lo stesso legislatore abbia pian piano recepito la delegittimazione del bene giuridico “moralità pubblica e buon costume”, e trasformato i reati che un tempo erano stati così etichettati in reati contro la persona. Oggi, il titolo IX del codice è stato definitivamente spopolato dei suoi reati, e con ciò si è sancita anche nella legislazione la scomparsa (sperabilmente definitiva) del bene giuridico “moralità pubblica e buon costume”.

La stessa giurisprudenza ha mostrato di recepire questo progresso della dottrina, via via in tutti i settori sopra indicati. Per i delitti di violenza sessuale, da molti decenni la Cassazione aveva spostato l’asse della tutela, nonostante la collocazione codicistica, dalla moralità pubblica alla libertà della persona. Lo stesso è avvenuto nell’ambito dei delitti di osceno, sia ad opera della corte di legittimità, sia ad opera della Consulta<sup>9</sup>.

Quanto alla prostituzione, il legislatore ha sì eliminato, con la legge del ’58, gli artt. 531-536 del codice, ma le nuove disposizioni incriminatrici non sono state ricollocate nello stesso corpo normativo, sicché la legge non ha chiarito la prospettiva di tutela delle stesse. La giurisprudenza, peraltro, per decenni ha inquadrato i reati in materia come reati contro la moralità pubblica e il buon costume, con varie conseguenze in tema di indisponibilità di ogni eventuale consenso dell’offeso; di divieto di costituzione di parte civile; e di inapplicabilità dell’attenuante di cui all’art. 61, co. 5, (concorso del fatto doloso della persona offesa).

Solo da una quindicina d’anni a questa parte si è verificata una importante svolta. Con la sentenza della Cassazione n. 35776 del 2004, che peraltro traeva spunto da altri interessanti precedenti, si è proceduto ad una ridefinizione del bene giuridico, con una deviazione dalla impostazione della stessa senten-

<sup>8</sup> FIANDACA, *Problematica dell’osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, *passim*.

<sup>9</sup> Cass., Sez. un., 1° ottobre 1991, in *Foro it.*, 1992, II, c. 183 ss. (con qualche differenza sul piano del bene giuridico, ma con risultati applicativi analoghi a quelli auspicati dal FIANDACA); Corte cost., 9-27 luglio 1992, n. 368, in *Giur. cost.*, 1992, 2935, con note di RAMACCI e di ORRÙ. V. anche successivamente Cass., Sez. un., 24 marzo 1995, in *Foro it.*, 1996, II, c. 17 ss., per ribadire l’orientamento assoluto precedente, nel frattempo messo in discussione da alcuni contrasti giurisprudenziali. La questione verteva, in particolare, sul fatto se si dovesse applicare la norma di cui all’art. 528 c.p. al rivenditore di videocassette pornografiche tenute in locale separato aperto ai soli adulti consenzienti.

za definita “moralessante” della giurisprudenza pregressa. Ad avviso della Cassazione, la legge Merlin aveva posto 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”. Il “nuovo” bene giuridico individuato dalla sentenza *de qua* è dunque quello della “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”. Questo bene giuridico deve ritenersi, per il giudice di legittimità, “preminente rispetto all’altro” (ovvero a quello “vecchio” della moralità pubblica), e le fattispecie della legge Merlin dovrebbero essere reinterpretate alla luce di questo bene giuridico, in modo “costituzionalmente orientato”. Quanto alla concezione di dignità di cui alla sentenza, vi torneremo più oltre; si può già comunque anticipare che si tratta di una dignità soggettiva, che sostanzialmente si risolve nella stessa libertà della persona.

La giurisprudenza più recente sembra sul tema sempre più incline ad accogliere questa impostazione. Va peraltro detto che non mancano isolate sentenze più “conservatrici” che mantengono il vecchio inquadramento della moralità pubblica e del buon costume, e altre “intermedie” che abbinano l’originario, vetusto interesse tutelato, a quello più “moderno” della libertà di autodeterminazione sessuale della prostituta. Ma l’impostazione della sentenza n. 35776 del 2004 viene accolta in pieno anche da una pronuncia ancor più recente dalla Corte Suprema, ovvero la n. 49643 del 2015 (ud. 22 settembre e dep. 17 dicembre), riguardante un processo milanese concernente fatti assai simili a quelli giudicati a Bari (culminati nella citata ordinanza di remissione alla Corte costituzionale), e relativi a prostituzioni a vantaggio dello stesso cliente finale. In questa sentenza si legge che il bene giuridico sarebbe *tout court* quello della “libera autodeterminazione della prostituta a svolgere le proprie attività”.

Considerando la *communis opinio* della dottrina e le menzionate importanti svolte giurisprudenziali, si deve concludere (almeno prendendo per buono lo *status quo* a tutto il 2017) che il bene giuridico dei reati in tema di prostituzione va ravvisato nella *libertà di autodeterminazione in materia sessuale*.

### **3. Le conseguenze dello spostamento dell’asse del bene giuridico: in particolare, l’incostituzionalità del favoreggiamento della prostituzione e di altre simili fattispecie in caso di prostituzione per libera scelta.**

L’abbandono del bene giuridico della moralità pubblica e l’adozione del nuo-

vo bene giuridico “libertà di autodeterminazione sessuale della persona”, come punto di riferimento delle leggi penali in materia di prostituzione comporta varie conseguenze.

In primo luogo, il *bene giuridico* da collettivo e pubblicistico diventa *individuale e privatistico*. Se prima - nell’ottica della moralità pubblica - si poteva parlare, come da tradizione, di reati “senza vittime”<sup>10</sup>, ora una vittima è chiaramente rintracciabile, ed è la persona che si prostituisce<sup>11</sup>. Con una precisazione però, che essendo tutelata la sua libertà, nei casi di prostituzione libera e consensuale il bene giuridico non dovrebbe ritenersi violato. In sostanza, il bene giuridico da indisponibile diviene *disponibile*. Questo comporta che, se la persona che si prostituisce liberamente chiede l’aiuto di un terzo per esercitare la sua attività in condizioni o con mezzi migliori, o con clienti migliori, il terzo che arreca tale ausilio col consenso della prostituta non lede alcun bene giuridico, e teoricamente il *consenso* prestato dalla prostituta dovrebbe avere efficacia *scriminante*, se non di elisione della stessa tipicità del fatto criminoso. Entrano in gioco qui soprattutto reati quali il favoreggiamento (inteso come aiuto apportato alla prostituta nella sua attività) e il reclutamento (inteso qui come intermediazione da parte di un terzo, con il reperimento di clienti per la prostituta). Ebbene: se un terzo favorisce una prostituta, accompagnandola, ad es., al luogo di lavoro, o fornendole profilattici, o locandole un appartamento, o garantendone la sicurezza personale, e la prostituta realizza la sua attività per libera scelta ed è consenziente rispetto a questi aiuti, non si vede perché dovrebbe essere punibile tale forma di favoreggiamento. Analogamente, se un terzo “recluta” una prostituta che liberamente esercita tale mestiere e che sta cercando clienti, e le reperisce un buon cliente, non lede certo la libertà della prostituta, che anzi, nella sua prospettiva, riceve un importante vantaggio dall’intermediazione del terzo.

A ciò si aggiunga che - come si è rilevato più sopra citando varie sentenze interne ed europee - la prostituzione libera è considerata dall’ordinamento attività pienamente *lecita*, e ciò non fa che confermare l’assurdità di considerare reati certi ausili da parte di terzi a realizzare attività lecite e col consenso (se non su richiesta) della persona aiutata<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Per tutti il classico SCHUR, *Crimes Without Victims: Deviant Behavior and Public Policy*, Prentice Hall, 1965.

<sup>11</sup> Non a caso sotto questa angolazione di tutela si ritiene conseguentemente che la prostituta abbia lo status di persona offesa; che possa costituirsi parte civile; e che sia in astratto applicabile laddove sussistente l’attenuante di cui all’art. 62 n. 5 del codice penale.

<sup>12</sup> Rileva giustamente PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., 288, che la prostituzione, “come tutte le attività lecite, per svolgersi ha non solo bisogno, ma in linea di principio anche il diritto di fruire di attività collaterali di ausilio”. E aggiunge (p. 303), rilevando l’assurdità di punire un’attività di

È ovvio che simili considerazioni non potrebbero estendersi a reati che implicano una forzatura della volontà della persona (es., forse, l'induzione, ma soprattutto tutti i casi di prostituzione coatta o caratterizzata da abuso), o lo sfruttamento (vero e proprio) dell'attività prostitutiva. In questi casi, a ben vedere, si deve d'altronde ritenere violata la libertà stessa della persona. Così, nessuno dovrebbe dubitare della legittimazione di vari reati della legge Merlin, e soprattutto, indiscutibilmente, delle ipotesi aggravate di cui all'art. 4 della legge.

Le predette considerazioni valgono però per reati come quelli sopra indicati. Relativamente a tali ipotesi (reclutamento e favoreggiamento) si potrebbe anche pensare ad una reinterpretazione della norma, escludendone l'applicabilità in caso di consenso libero e volontario della prostituta, oppure al riconoscimento della operatività della scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.). Una tale reinterpretazione sarebbe in sintonia col principio di offensività, e – anche considerando la valenza costituzionale della libertà sessuale – costituirebbe indubitabilmente una interpretazione “costituzionalmente orientata”<sup>13</sup>. Tuttavia, si possono nutrire forti dubbi sulla praticabilità di tali percorsi ermeneutici. In primo luogo vi sembra ostare un diritto vivente monolitico, che non pone neppure in dubbio l'estensione di dette fattispecie anche ai casi consensuali. Neppure le sentenze che hanno adottato il nuovo inquadramento di tutela ne hanno tratto conseguenze in chiave di reinterpretazione delle norme nel senso esposto. In secondo luogo, le fattispecie così come congegnate nella legge del 1958 parrebbero chiaramente escludere ogni rilevanza al consenso dell'avente diritto, sia diretta che indiretta.

Dunque, la reinterpretazione predetta di tali presupporrebbe una coraggiosa operazione ermeneutica, che comporterebbe una sorta di riscrittura interpretativa delle stesse. Forse non impossibile, ma certo abbastanza improbabile in

---

ausilio di una condotta lecita: “Sarebbe come dire che non è vietato radersi la barba [...] ma è vietato, tuttavia, fornire rasoi di qualunque tipo, saponi, forbici creme depilatorie e quant'altro possa servire per il taglio. A questo punto radersi sarà anche un'attività in sé lecita, ma in pratica è assistita da una tale messe di divieti da risultare impossibile da svolgere in condizioni di liceità, dal momento che, per svolgere la rasatura, occorre qualche strumento, un intervento esterno; occorre, in altri termini, entrare in qualche relazione col mondo per acquistare i prodotti necessari o fruire delle attività collaborative utili allo svolgimento dell'attività, in sé e per sé lecita.

In realtà, la libertà riconosciuta a una condotta, un certo tipo di comportamento, non può non implicare quelle libertà strettamente connesse e strumentalmente utili per l'estrinsecazione e l'esercizio di questa libertà”. Sarebbe interessante citare il seguito delle riflessioni di Padovani – caratterizzate dalla solita disarmante efficacia – ma quanto riportato dovrebbe essere comunque sufficiente a chiarire il limpido ragionamento dell'insigne autore.

<sup>13</sup> In questo senso si muove CARUSO, *O tempora o mores! La messa in discussione della Legge Merlin a sessant'anni dalla sua approvazione*, cit., 8-9.

questo momento.

Questo è il motivo per cui la Corte d'Appello di Bari, con la citata ordinanza del 6 febbraio 2018, ha sollevato la *questione di costituzionalità* delle due predette fattispecie (reclutamento e favoreggiamento), limitatamente ai casi di prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata, siccome in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2, 27 e 41 della Costituzione.

Senza approfondire troppo qui la questione in tutti i suoi risvolti<sup>14</sup>, si può rilevare che la incostituzionalità delle menzionate fattispecie in siffatte ipotesi è conseguenza indubitabile del riposizionamento della dottrina e della giurisprudenza relativamente al bene giuridico tutelato dalle norme in materia.

Infatti, relativamente al *principio di offensività*, una volta inseriti i delitti in esame nell'orbita della tutela della libertà sessuale della persona, ne consegue immancabilmente che, quando la persona ha deciso liberamente di prostituirsi, e quando essa ben volentieri accetta da parte di terzi aiuti e intermediazioni, funzionali all'effettivo svolgimento dell'attività prescelta, tali fatti non possono violare né porre in pericolo il bene tutelato. Dunque, nel caso di estensione della punibilità a queste innocue ipotesi, è evidente la lesione del principio di offensività, principio fondamentale nel diritto penale e da circa mezzo secolo considerato di rilevanza costituzionale dalla dottrina; e, almeno a partire dalla fondamentale Sentenza n. 364 del 1988 (con cui si dichiarava la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p.), indubbiamente costituzionalizzato anche nella giurisprudenza della Consulta.

Quanto alla lesione del *diritto all'autodeterminazione sessuale* - consacrato come diritto inviolabile della persona (ex art. 2 Cost.) a partire almeno dalla sentenza n. 561/1987 della Corte costituzionale - anch'essa si realizza chiaramente laddove si sottopongono a pena ipotesi come quelle citate, in cui un terzo pone in essere un'attività utile (se non indispensabile) all'estrinsecazione in concreto del predetto diritto di libertà. Ovvero, se una persona liberamente decide di offrire servizi sessuali a pagamento, pone in essere una libertà costituzionalmente garantita e inviolabile; e se un aiuto esterno è confacente all'esplicazione di detta libertà, ed è ben accetto, se non richiesto, dalla persona titolare della libertà, questa attività di aiuto non può essere sottoposta a pena, se non ponendo in essere una indebita limitazione del diritto inviolabile di libertà costituzionalmente garantito e protetto. Dunque, la violazione dell'art. 2 Cost. è palese.

È chiaro - lo si ribadisce - che si parla qui di casi di prostituzione per scelta,

---

<sup>14</sup> Per una più ampia riflessione sui vari principi costituzionali toccati dalla pronuncia rinvio a CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., *passim*.

che potrebbero anche essere una minoranza<sup>15</sup>, ma che debbono essere presi sul serio se implicano l'estrinsecazione di diritti costituzionalmente garantiti. Del resto, le ipotesi di cui alla citata Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale rientravano sicuramente nell'ambito di quella pur minoritaria percentuale di casi di prostituzione posta in essere con piena libertà da escort che non erano affatto costrette, abusate o sfruttate: e la stessa sentenza barese di primo grado aveva accertato accuratamente nel merito questo aspetto. Si tratterebbe in fondo di ipotesi "di scuola", relativamente alle quali è dunque possibile impostare un discorso teoricamente fondato senza timore di parlare "a tavolino" di casi inesistenti nella vita reale.

#### **4. Conciliare l'inconciliabile: tentativi di giustificare la repressione penale del favoreggiamento e del reclutamento di prostituzioni frutto di libera scelta partendo dalla tutela della libertà sessuale della persona.**

Si è detto dunque dell'immane corollario del riposizionamento del bene giuridico nella sfera della libertà sessuale della persona che si prostituisce: l'incostituzionalità di fattispecie come il reclutamento e il favoreggiamento nei casi predetti di prostituzione consensuale. E in effetti la più recente dottrina italiana, partendo da tale premessa, si è schierata quasi all'unanimità per l'incostituzionalità della legge Merlin limitatamente a queste ipotesi<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Le stime in proposito, come sempre in questi casi, sono variegate. In base a un'inchiesta in due puntate pubblicata sulle pagine del "Corriere della Sera" il 2 e il 3 novembre 2013, in Italia opererebbero circa 45.000 *sex workers*, di cui 8.000 di nazionalità italiana. Le donne costrette a prostituirsi rappresenterebbero una percentuale compresa fra il 7 e il 15% del totale, mentre l'85% sceglierebbero volontariamente di prostituirsi. I numeri erano forniti da Gruppo Abele, Padri Somaschi, Fondazione Ismu, Transcrime e Consorzio Parsec. I dati sono riferiti da CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, Venezia, 2014, 222, e nota 18. Altre fonti stimano una percentuale molto più bassa - talora solo il 10% - di prostitute che hanno liberamente scelto tale attività.

<sup>16</sup> Così CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 153-224; ID., *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 282-299; MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali*, cit., 324 ss.; MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione e i delitti collegati*, in *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I reati contro la persona*, Tomo I, a cura di Cadoppi, Veneziani, Padova, 2017, 155; ID., *Favoreggiamento e induzione della prostituzione. Limiti e contraddizioni dei paradigmi causali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, n. 10, 1333 ss.; DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, in *I reati in materia di prostituzione*, cit., 50-51; PARISI, *Prostituzione*, cit., 155; DE LIA, *"Nessun aiuto a Bocca di Rosa"*, cit., 333-335.

Sembra così orientato da ultimo anche LASALVIA, *Reclutamento e favoreggiamento delle escort alla Consulta: prove di diritto penale liberal*, in *Il Quotidiano Giuridico*. Si possono interpretare in questo senso altresì le considerazioni di GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., 305 ss.; nonché di PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 310: tutte volte a dar rilievo al rispetto delle libere scelte dei "sex workers".

Si tratta comunque di una tesi che trova un autorevole precedente già nelle considerazioni espresse oltre quarant'anni fa da PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 705, che indicava la prostituzione "esercitata autonomamente ed indipendentemente

Tuttavia in giurisprudenza, almeno in un paio di occasioni, si è tentato di rintuzzare questa pur lineare argomentazione. In primo luogo, ci si riferisce alla già citata Cass., Sez. III, n. 49643 del 2015, che pure, come abbiamo visto, ha adottato come bene giuridico la libertà di autodeterminazione della persona. La sentenza, soprattutto relativamente alla questione dell'offensività, rileva in primo luogo che la giurisprudenza, il "diritto vivente" insomma, avrebbe già operato una riconversione delle fattispecie incriminate, specie del favoreggiamento, in attuazione del principio di offensività. La decisione fa riferimento alla distinzione fra favoreggiamento *della prostituta* e favoreggiamento *della prostituzione*, in base alla quale le ipotesi meno offensive sarebbero state di fatto espunte dal perimetro applicativo della norma. In realtà, da un lato, la distinzione in esame, pur adottata per risolvere alcuni casi in cui una condanna sarebbe stata patentemente contro il buon senso (es. il cliente che riaccompagna la prostituta al suo posto di lavoro), non ha alcun valore euristico, dal momento che nella stragrande maggioranza dei casi chi aiuta una prostituta ne agevola anche l'attività, e viceversa<sup>17</sup>. A rigore, la distinzione non funzionerebbe neppure nella paradigmatica ipotesi appena fatta (del riaccompagnamento), visto che anche in questi casi l'attività della prostituta viene comunque agevolata<sup>18</sup>. In ogni caso, la distinzione non coglierebbe comunque nel segno, visto che l'estrinsecazione del diritto costituzionalmente garantito di libertà di autodeterminazione sessuale presuppone anche, come si è detto, il diritto di ottenere da terzi aiuti alla pratica esplicazione dell'attività oggetto di quella libera scelta, ovvero dell'attività di prostituzione. Ed è dunque proprio nei casi di favoreggiamento dell'attività prostitutiva - ancor più rispetto ai casi di favoreggiamento della persona prostituta - che tale diritto entra in gioco, con correlativa inoffensività delle condotte che la agevolano. Sotto altro profilo, la Corte si arrampica letteralmente sugli specchi, allo scopo di dimostrare che, in casi di favoreggiamento quali quelli a processo (lo si

---

come conseguenza di libera scelta" come attività "giuridicamente del tutto lecita", e configurabile "come esercizio del diritto alla libera disponibilità del proprio corpo".

Fra i costituzionalisti, in questo senso, per tutti, MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di Romboli, Pisa, 2007, 211-229.

<sup>17</sup> La distinzione è stata decisamente criticata dalla dottrina: PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., 301, e ad CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 174-180. Si vedano ancor più di recente le considerazioni critiche di PARISI, *Prostituzione*, cit., 131-133 e passim; e di MAZZACUVA, *Favoreggiamento e induzione*, cit., 1334 e nota 5.

<sup>18</sup> Si consideri che recentemente la Cassazione ha condannato un tassista (benché abusivo) che accompagnava regolarmente delle prostitute al lavoro: Cass, Sez. III, 7 luglio 2016, n. 28212. Una delle tante conferme della inidoneità della distinzione di cui al testo per selezionare i fatti realmente offensivi del bene giuridico.

ricorda, nell'ambito di fatti prostitutivi con il medesimo fruitore finale), vi sarebbe comunque offensività anche in rapporto al bene della libertà sessuale, poiché tali episodi costituirebbero "il primo passo verso lo sfruttamento economico del corpo della prostituta". In realtà, qui abbiamo solamente una escort (o prostituta) che decide liberamente di prostituirsi, magari anche in un'occasione isolata e con un cliente a lei adeguato. Si tratta di una libera scelta, frutto dell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito qual è la libertà sessuale. Come si può dire che una condotta che semplicemente agevola la prostituta o escort nell'esercitare quel suo diritto di libertà costituzionalmente garantito costituisca "il primo passo verso lo sfruttamento economico del corpo" della stessa? Se si vuol dire che una volta intrapreso il mestiere di prostituta o di escort può essere che in un remoto futuro qualcuno sfrutterà economicamente il lavoro della prostituta stessa, questa è un'illusione priva di riscontri che non può giustificare addirittura la repressione penale di una condotta che ha il solo fine di favorire l'attività libera e lecita della prostituta. Si dovrebbe individuare un reale pericolo per il bene giuridico "libertà sessuale" della prostituta. Ma questo pericolo è solo molto remoto e potenziale, e non in linea con i requisiti del principio di offensività.

I ragionamenti della Suprema Corte vengono ripresi anche dal Tribunale di Bari nella sentenza di primo grado (31 novembre 2015), sfociata poi, in appello, nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del febbraio 2018. Gli stessi rilievi critici già mossi alla sentenza della Corte possono dunque riproporsi anche in rapporto alla sentenza barese di primo grado.

In realtà, una volta inquadrato il bene giuridico nella libertà sessuale della persona, ogni tentativo di legittimare costituzionalmente reati come il favoreggiamento o il reclutamento (in ipotesi di prostituzione libera e consensuale) incapperebbe in argomentazioni contraddittorie<sup>19</sup>.

Queste contraddizioni sono state messe in luce in modo disarmante e difficilmente controvertibile proprio dall'ordinanza della Corte d'Appello di Bari, che in effetti non ha potuto che rimettere la questione alla Corte costituzionale<sup>20</sup>.

##### **5. Il ricorso a un ulteriore bene giuridico: la dignità.**

La giurisprudenza più recente – forse anche per il cambiamento di passo impresso dall'ordinanza di rimessione barese – si è sicuramente resa conto che

<sup>19</sup> In dottrina, sul punto specifico, si rinvia ad CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 189-190; e ancor più di recente a PARISI, *Prostituzione*, cit., 224.

<sup>20</sup> Ordinanza, cit., par. 11.

accogliendo come bene giuridico la libertà sessuale della persona, non avrebbe più potuto confermare la tradizionale esegesi delle fattispecie di favoreggiamento e reclutamento (nei casi di prostituzione libera e consensuale), e, nel caso l'avesse voluta ribadire, ciò avrebbe implicato necessariamente l'accoglimento di un'eccezione di incostituzionalità di tali norme. E d'altra parte, l'ordinanza barese ha spinto molti avvocati, davanti a varie corti italiane, a proporre eccezioni di incostituzionalità in processi relativi a fatti assimilabili, dunque diventava urgente far fronte con decisione alla marea montante.

A questo punto è spuntato "l'asso nella manica" del bene/valore "dignità". Non che la dignità non fosse mai stata evocata nei sessant'anni di vigenza della legge Merlin. La si ritrova richiamata anche nei dibattiti che avevano portato alla legge, anche per il fatto che la situazione delle prostitute nei postriboli di stato, nella prima metà del Novecento, non era probabilmente conforme a canoni di dignità (ma sull'indole di questi interventi torneremo più avanti). La si incontra poi in svariate pronunce giurisprudenziali, ma di solito accompagnata alla menzione di altri beni giuridici, nei confronti dei quali aveva in realtà funzione servente se non "ornamentale". Così, non è impossibile trovare riferimenti alla dignità quando il bene giuridico in materia era individuato nella moralità pubblica.

E' vero anche che la stessa sentenza n. 35776 del 2004, apripista del mutamento di rotta verso la tutela della libertà sessuale della persona, aveva inserito a fianco di tale libertà il riferimento alla dignità della persona stessa. Ma in tal caso, come si accennava più sopra, non si trattava certo di una dignità di tipo oggettivo, ma piuttosto *soggettivo*, ovvero (sul punto si tornerà più ampiamente fra poco) di una dignità propria della persona che si prostituisce, legata a doppio filo e servente alla libertà sessuale della persona stessa. Che questa fosse l'impostazione della sentenza lo si desume dai passi dalla stessa già citati più sopra, e da un'ulteriore chiara indicazione reperibile in motivazione, laddove l'estensore sottolinea che - come affermato da "una nota scrittrice" - "la prostituzione è un mestiere come un altro". La sentenza, invero, non stigmatizza certo la prostituzione come attività di per sé oggettivamente indegna, ma anzi rimprovera quelle pronunce che, parlando della prostituzione, cadono in impostazioni moraleggianti, descrivendola come "mestiere turpe, degradante, triste o riprovevole".

Dunque, la dignità (oggettiva) restava comunque ben lontana dal ruolo di protagonista fino alla svolta da parte di una sentenza della Cassazione, depositata il 30 marzo 2018, ovvero quasi due mesi dopo l'ordinanza barese di rimessione alla Consulta, ordinanza che tra l'altro aveva espressamente scartato concezioni oggettive della dignità come oggetto di tutela in materia di prosti-

tuzione.

La predetta sentenza (Sez. III, n. 14593 del 2018, ud. 17 novembre 2017, dep. 30 marzo 2018), si trovava a dover rintuzzare una tesi difensiva volta a limitare interpretativamente la rilevanza penale del favoreggiamento ai casi di soggezione della persona offesa, in base all'inquadramento del bene giuridico nella libertà sessuale della persona<sup>21</sup>. Il Supremo Collegio partiva criticando tale prospettiva di tutela: "Una tale ricostruzione del bene tutelato, fonte di possibili fraintendimenti, appare da respingersi; essa, infatti, presupporrebbe, ai fini della integrazione dei reati previsti dalla normativa sopra richiamata, che vi sia stata la coartazione della condotta di chi eserciti la prostituzione, dovendo, per converso, escludersi la 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.

Deve viceversa rilevarsi che oggetto dell'interesse tutelato dalla normativa in tema di prostituzione non è la libertà sessuale intesa in senso stretto, intesa come facoltà di determinarsi in tale ambito - la quale, peraltro, ove fosse conculcata attraverso il compimento di atti sessuali contro la volontà di chi li abbia dovuti compiere o subire, darebbe luogo a ben altre violazioni della normativa penale - né lo è la salute pubblica [...], dovendo tale interesse essere individuato, semmai, 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 o 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 [...].

Nessuna valenza, pertanto, è da attribuirsi, in relazione alla commissione dei reati connessi alla prostituzione, all'atteggiamento soggettivo di chi la eserciti, essendo integrati i reati di cui alla legge n. 75 del 1958 anche nel caso in cui essi siano collegati ad atti prostitutivi realizzati con piena adesione di chi si prostituisca".

La *dignità*, dunque, irrompe sulla scena giurisprudenziale<sup>22</sup>, per mettere a ta-

---

<sup>21</sup> La tesi ricalcava in fondo argomenti già sostenuti, come abbiamo già visto, fin dal 1974 da Francesco Palazzo.

<sup>22</sup> È interessante notare che il 22 marzo 2018 (e dunque otto giorni prima del deposito della sentenza n. 14593 del 2018) era stato pubblicato in una rivista online un commento alla ordinanza della Corte d'Appello di Bari, in cui si ravvisava la come possibile bene giuridico delle fattispecie in materia proprio

cere ogni tentativo di dar rilevanza alla libera scelta della persona che si prostituisce o anche al suo genuino consenso nei confronti di attività di ausilio da parte di terzi. Inquadrati sotto l'angolo di visuale di una simile dignità, oggettiva e "incontrastabile", i reati di prostituzione sussisterebbero sempre, e la libertà di autodeterminazione sessuale, in materia, verrebbe completamente spodestata.

Le argomentazioni della sentenza citata vengono poi riprese pari pari dalla Corte d'Appello di Milano, nella sentenza n. 3176/18 depositata il 16 luglio 2018 (ud. 7 maggio 2018), concernente il processo c.d. "Ruby bis". La Corte d'Appello aggiunge alle parole della Cassazione che neppure sarebbe rilevante (di fronte all'ostacolo della dignità) la scelta della prostituta "di fare del compimento di atti sessuali dietro corresponsione di un prezzo o di una utilità una attività professionale o comunque una scelta di vita.

Da ciò discende che l'attività di contrattualizzazione dell'attività sessuale - propria dell'attività delle c.d. escort - ancorché scelta deliberatamente e liberamente, risulta proprio porsi in contrasto con la tutela della dignità della persona umana che è il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice che punisce - per quanto qui interessa - la condotta di agevolazione della prostituzione.

Conseguentemente, in quanto si pone in contrasto con la tutela della dignità della persona umana, l'attività delle c.d. escort - si ribadisce, ancorché liberamente scelta - non può essere ritenuta, una forma di espressione della libertà della persona oggetto di tutela costituzionale né sotto il profilo degli artt. 2 e 13 della Cost., né sotto il profilo dell'art. 41 della Cost.

Infatti, sotto questo secondo profilo, ai sensi dell'art. 41 secondo co. Cost., l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da arrecare danno alla dignità umana.

Oltre a quanto sopra esposto è sufficiente ricordare che il contratto con la prostituta è nullo avendo causa illecita in quanto contraria al buon costume e quindi nessuna tutela offre già l'ordinamento giuridico a questa attività economica che neppure, *a fortiori*, sotto tale profilo può trovare tutela nella Costituzione".

---

la *dignità*, al fine di contrastare la soluzione della illegittimità costituzionale di quelle norme per violazione del principio di offensività: BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 1, 2018, 132. Va detto peraltro che l'autore in esame, nell'ambito del suo accurato scritto, conclude lasciando aperta la risposta al quesito fondamentale (su cui torneremo nel testo) se fra il diritto all'autonomia personale della prostituta e il valore della dignità oggettiva debba prevalere l'uno o l'altro, così significativamente concludendo: "Agli studiosi e agli operatori, ma *in primis* alla Corte costituzionale, l'ardua sentenza" (137).

Così individuato il bene giuridico, dunque, la Corte d'Appello di Milano ha buon gioco a negare rilevanza costituzionale alla libertà sessuale della prostituta, rigettando la tesi della difesa che puntava al risultato ottenuto dagli avvocati baresi presso la Corte d'Appello pugliese relativamente alla violazione dell'art. 2 della Costituzione.

Ma anche sotto il profilo dell'offensività, una volta evocata la dignità oggettiva della prostituta, non restano grandi spazi d'azione alla difesa. Così prosegue la Corte milanese: "Così individuato il bene giuridico oggetto di tutela delle norme incriminatrici di tutte le condotte in materia di prostituzione e, nel caso che qui interessa, della condotta di favoreggiamento della stessa, non sussiste alcuna lesione neppure del principio di offensività in astratto inteso come 'precepto 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' (Corte cost., n. 265 del 2005).

Infatti la condotta agevolatrice dell'altrui prostituzione - ancorché posta in essere nei confronti di donne che scelgono liberamente di operare uno scambio contrattualistico fra le loro prestazioni sessuali e i vantaggi patrimoniali che ne conseguono - è di per sé funzionale alla protezione del bene giuridico della tutela della dignità della persona che risulta leso anche da tali condotte, pur liberamente scelte da chi le pone in essere.

Infatti la norma penale prevede la punizione di una condotta lesiva di un bene protetto - individuato nella tutela della dignità della persona - che risulta tale anche se posta in essere nei confronti di chi scelga liberamente di commercializzare il proprio corpo per il compimento di atti sessuali.

Quindi anche la condotta agevolatrice di questa scelta è idonea a ledere la tutela della dignità della persona. Ciò ne giustifica la punibilità"<sup>23</sup>.

Anche la tesi della violazione del principio di offensività, dunque, viene spazzata via dal ricorso alla dignità umana.

A partire dalle pronunce menzionate, il *topos* della dignità sta rapidamente guadagnando terreno, anche perché rappresenta una vera e propria "ultima spiaggia" per chi vuole mantenere l'assetto pan-repressivo della legge Merlin intatto, e preservarlo da erosioni interpretative o da possibili dichiarazioni di illegittimità costituzionale. Non a caso, le associazioni femministe e (per la Presidenza del Consiglio) l'Avvocatura dello Stato, nei loro interventi nel giudizio pendente presso la Consulta, puntano in particolar modo sulla dignità

---

<sup>23</sup> La tesi della Corte d'Appello di Milano è stata ripresa *in toto* ancor più di recente dal Tribunale di Parma, 12 settembre 2018, n. 4798/10 RGNR.

per contrastare le tesi dell'ordinanza barese di rimessione<sup>24</sup>.

**6. Dignità e libertà di autodeterminazione: dignità oggettiva e dignità soggettiva, e altre tematiche collegate.**

La dignità: un concetto importante, che ispira riverenza e soggezione. Un valore riconosciuto come centrale dalla gran parte delle costituzioni e da varie carte dei diritti fondamentali dell'uomo. Ma anche, allo stesso tempo, un'idea difficilmente definibile, sfuggente nei suoi contorni ma persino, forse, nei suoi stessi connotati tipici<sup>25</sup>.

Proprio per questo non è ben chiara la possibilità di un suo utilizzo diretto in materia penale come bene giuridico, considerando anche, che per dottrina e giurisprudenza consolidate, *in criminalibus* i beni protetti debbono avere il carattere della c.d. "afferrabilità". Non mi addentrerò qui in dettaglio (non sarebbe la sede opportuna) nello spinoso tema di una definizione di dignità e in quello altrettanto complesso dei rapporti fra dignità e diritto penale. Riferirò solo, in estrema sintesi, alcune opinioni particolarmente autorevoli emerse nella dottrina penalistica in tema di dignità, e in particolare del suo possibile impiego come bene giuridico.

Mi paiono di particolare importanza sul tema le parole di Winfried Hassemer, a lungo vice-presidente della Corte costituzionale federale tedesca. L'insigne penalista, da pochi anni scomparso, dopo aver sottolineato che "non vi è alcun concetto fondamentale del nostro ordinamento morale e giuridico i cui confini siano così variabili come quello della dignità umana"<sup>26</sup>, stigmatizza chi abusa di tale *topos* allo scopo di risolvere sbrigativamente complessi problemi giuridici: "La strategia di rafforzare argomenti con il soffio vitale di un principio qual è quello della dignità umana potrebbe spiegare la tendenza altrettanto diffusa a non lavorare argomentativamente con tale principio compiendo un passo alla volta, quanto piuttosto a metterlo sul campo di battaglia, e poi lasciarlo là a lavorare da solo. Meglio stare a guardare in tranquillità come questo principio forte e insuperabile sgomini gli avversari. Qualora si riesca anche solo a rappresentare una decisione come conseguen-

---

<sup>24</sup> La notizia è stata diffusa dalla stampa. V. ad es. *Processo escort, femministe e governo contro giudici Bari: «Legge Merlin costituzionale»*, in *La Gazzetta del Mezzogiorno.it*, redazione online, 29 settembre 2018.

<sup>25</sup> La difficoltà di trovare una definizione, e in particolare una definizione unitaria, al concetto di dignità, è questione ampiamente condivisa. Basti qui rinviare all'accurata recente indagine di SERENO, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma, 2016, 413-417 e *passim*.

<sup>26</sup> HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, n. 12, 2007, 57 ss., ed *ivi* 62.

za indubitabile/chiera/indiscutibile del principio di dignità umana, si crede di potersi risparmiare tutto il resto.

Questo è il senso del rimprovero secondo il quale si utilizzerebbe qui un argomento ‘che uccide la discussione’. In effetti: viene colpita a morte la concezione argomentativa del ritrovamento del valore e del diritto. Lo sguardo attento alle circostanze del caso, alla costellazione casistica che deve essere valutata, è poi in senso stretto superfluo; il principio della dignità umana ha già parlato e sistemato tutto. Il risultato è un’argomentazione che non fa progressi in rapporto a un problema giuridico, perché sostituisce l’attenzione per il problema con la violenza<sup>27</sup>. Hassemer invita dunque i giuristi ad usare con parsimonia questo principio, e ad approfondire le singole questioni analizzandole nel loro contesto particolare, e agganciando l’argomentazione giuridica ad ulteriori valori e principi più specifici e afferrabili di volta in volta rilevanti<sup>28</sup>.

L’autorevole monito di Hassemer è stato recepito e fatto proprio tra gli altri, nella dottrina italiana, da Giovanni Fiandaca. Ecco le sue parole, dedicate in particolare al rapporto fra dignità e diritto penale: “il diffuso consenso tributato alla dignità umana quale bene meritevole di tutela si spiega, verosimilmente, col fatto che essa rispecchia un valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile – per dir così – a fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico”. Riprende poi gli argomenti di Hassemer sull’abuso del ricorso alla dignità come “asso di briscola” volto ad interrompere ogni approfondimento di una questione giuridica. In conclusione, “lungi dall’utilizzare il *topos* della dignità come *passé-partout* buono per risolvere quasi ogni situazione applicativa, appare più corretto e produttivo un lungo e paziente lavoro argomentativo orientato secondo le particolarità delle diverse situazioni concrete: non esiste in questo senso un concetto di dignità ‘predato’ all’interprete che valuta; il suo contenuto si determina e specifica a diretto contatto con le singole fattispecie, come del resto insegna la migliore tradizione ermeneutica”<sup>29</sup>.

La dignità umana, dunque, esce da queste indagini come un principio di grande importanza, ma anche da maneggiare con estrema cautela. Quando si pensa all’origine del principio (una reazione alle terribili violazioni dei diritti

<sup>27</sup> HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali*, cit., 61-62.

<sup>28</sup> HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali*, cit., 68-69 e *passim*.

<sup>29</sup> FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546 ss., ed *ivi* 558-559.

umani commesse ai tempi del Nazismo), e alle ipotesi più classiche in cui esso trova indiscutibile applicazione (es., nei casi di torture, di trattamenti inumani e degradanti di indiziati o detenuti, ecc.), si tende a scorgerne gli aspetti “buoni”, ovvero quelli di protezione dei diritti umani fondamentali da insopportabili crudeltà e oltraggi. Si tende dunque a simpatizzare verso un simile concetto, che anzi conquista i cuori e parla direttamente all’inconscio e alla sfera emotiva delle persone. Ma quando si estende l’utilizzo di tale amplissima nozione agli ambiti più variegati, si rischia di sfruttarne le nobili origini e gli indubbi richiami emozionali per giustificare, senza l’ausilio di ulteriori argomenti razionali, soluzioni normative addirittura potenzialmente lesive di diritti umani; quegli stessi diritti di cui la dignità doveva essere la più autorevole e inflessibile protettrice.

In particolare, un problema di tal genere si pone quando la *dignità umana* si scontra con la *libertà di autodeterminazione dell’individuo*. Vi sono ipotesi in cui, ad es., una persona, esercitando una sua libertà di autodeterminazione, vorrebbe porre in essere una condotta, ma quella condotta viene ritenuta lesiva della dignità umana. Entra in gioco qui la contrapposizione fra dignità intesa *in senso oggettivo* e dignità intesa *in senso soggettivo*<sup>30</sup>.

La *dignità oggettiva* (o “impersonale”) è un qualcosa di esterno alla volontà del soggetto da proteggere, e derivante da parametri di tipo sociale, morale di riferimento. Facciamo un 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. Se fosse giusto utilizzare il diritto penale per tutelare la dignità in senso oggettivo, nel caso or ora prospettato sarebbe giusto castigare penalmente Tizia, per la sua scelta lesiva della sua stessa dignità. Oppure, se non si volesse punire Tizia, ritenendola comunque un soggetto incapace di una libera scelta per aver effettuato una scelta così poco ortodossa, si potrebbe giustamente procedere a punire Caio, cliente di Tizia, solo per il fatto che ne è stato cliente, ledendo così la dignità della prostituta Tizia in senso oggettivo; o ancora Sempronio, che ha agevolato il meretricio di Tizia, procurandole il predetto cliente.

Per *dignità soggettiva*, (o “personale”<sup>31</sup>) si intende quella che consegue alle

<sup>30</sup> Le considerazioni qui riproposte su questo tema specifico ricalcano quelle già svolte in CADOPPI, *L’illegittimità costituzionale di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 181-182.

<sup>31</sup> Usa questa terminologia TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna, 2008, 241 ss., a cui si rinvia per un’attenta analisi della tematica.

libere scelte di un soggetto capace di autodeterminarsi. In questa prospettiva, *ciascuno ha una propria dignità* e un proprio tipo di dignità, e ogni dignità è diversa da soggetto a soggetto. In materia sessuale, ad esempio, ciò che è dignitoso per qualcuno può essere ripugnante per qualcun altro. E se si riconosce libertà di autodeterminazione in materia sessuale, occorre anche riconoscere che ciascuno *si autodefinisce il proprio concetto di dignità* anche in materia sessuale. Forse per qualcuno può essere poco dignitoso essere omosessuale o avere rapporti omosessuali; ma per altri essere omosessuale o avere rapporti omosessuali non è affatto poco dignitoso. La stessa cosa potrebbe valere per la prostituzione: per Tizia potrebbe essere del tutto dignitoso prostituirsi, mentre per Caia una simile attività potrebbe essere assolutamente indegna e disgustosa.

Se il diritto penale tutelasse la dignità, inquadrandola sotto un profilo soggettivo e non sotto un profilo oggettivo, le prospettive cambierebbero drasticamente: non si potrebbe ad esempio legittimamente sottoporre a pena un comportamento solo perché è poco dignitoso per una maggioranza della popolazione (o per la “morale di Stato”). Si potrebbero peraltro giustamente castigare quelle condotte lesive della dignità soggettiva, ovvero quelle condotte che costringono, in un modo o nell’altro, un soggetto ad agire diversamente rispetto a ciò che lui considera dignitoso.

La questione è oggetto di ampia discussione fra i giuristi. In ambito penalistico, pare prevalere in dottrina la preminenza della libertà di autodeterminazione sulla dignità (se non agganciata a particolari ulteriori e determinanti valori di valenza costituzionale). Si può citare ancora una volta Fiandaca: “Il modello di moralità politica, che dovrebbe idealtipicamente prevalere in un’autentica democrazia costituzionale, dovrebbe anteporre al principio maggioritario il principio della responsabilità personale di ciascun individuo: cioè il principio secondo cui, nella scelta dei valori etici, ciascun individuo deve poter affidarsi al proprio giudizio e alla propria coscienza; non è tollerabile, è contrario alla nostra dignità di esseri responsabili, che decidano altri o decida una legge statale, sia pure sostenuta dal consenso di una maggioranza di cittadini. Si tratta — secondo una recente prospettazione di Ronald Dworkin — del secondo principio della dignità umana (o principio — appunto — della responsabilità personale): ‘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’<sup>32</sup>. Mi piacerebbe

---

<sup>32</sup> DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, trad. it., Milano, 2006,

che un principio simile venisse interiorizzato sempre più come stella polare di un'autentica democrazia"<sup>33</sup>.

In una simile prospettiva, si è giustamente rilevato che "l'accentuazione di elementi prettamente oggettivi [della dignità] può [...] favorirne una utilizzazione che si traduce facilmente 'nella surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti, a scapito del pluralismo e delle diversità'"<sup>34</sup>.

Pare interpretabile in un senso analogo anche quanto scritto autorevolmente, fra i costituzionalisti, da Franco Modugno: "Il rispetto della persona umana si sostanzia dunque nel rispetto delle opinioni, delle credenze, dei convincimenti dei singoli, che, più di ogni altro valore - pur nella loro storica mutevolezza e proprio anzi al precipuo fine di rendere possibile il movimento e lo sviluppo nell'attuazione della personalità (art. 3 cpv. Cost.) - rappresentano il patrimonio più geloso e più autentico del singolo e il contenuto della sua dignità"<sup>35</sup>.

La questione del conflitto fra libertà di autodeterminazione dell'individuo e dignità (oggettiva) si è posta talvolta nella giurisprudenza straniera, e sono paradigmatici in argomento il caso del "lancio dei nani" e quello del *peep-show*. Nel 1995, il Consiglio di Stato francese dovette decidere sulla questione della legittimità della sospensione da parte di alcuni sindaci di spettacoli pubblici in cui gli spettatori lanciavano persone affette da nanismo il più lontano possibile, ma in un ambiente protetto con misure apposite a prevenire rischi per l'incolumità dei nani. Essi erano perfettamente consenzienti, e anzi ritenevano che quegli spettacoli avessero offerto loro un'opportunità di lavoro, dal loro punto di vista, assolutamente "dignitosa". I giudici ritennero però di svincolare il principio del rispetto della dignità della persona dalla volontà e dal giudizio della persona interessata, connotandolo così come principio imposto

---

28.

<sup>33</sup> FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, cc. 227-237, ed *ivi* c. 237.

<sup>34</sup> Così TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso*, cit., 244, che cita testualmente RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (nota a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, n. 6, II, 801-848, ed *ivi* 827-828. Decisamente orientato per una nozione soggettiva della dignità è MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*, cit., 319-321; così anche FALCINELLI, *Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano"*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 3-4, 2014, 295-296.

Anche nella dottrina costituzionalistica non manca chi si schiera apertamente per la prevalenza dei diritti di libertà di autodeterminazione nei confronti di un concetto oggettivo di dignità: fra gli altri G. Gemma, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2008, 379 ss.; MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. Romboli, Pisa, 2007, 226 ss.

<sup>35</sup> Così MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, 314.

alla persona in funzione di una protezione assoluta anche da sé stessa: la dignità viene così sottratta alla sfera di disponibilità del soggetto a cui si riferisce. Il Consiglio di Stato, attraverso questo stratagemma argomentativo, confermò il divieto imposto dai sindaci, collegando la lesione della dignità oggettiva alla clausola del rispetto dell'*ordine pubblico* contenuta nella legge rilevante in materia di pubblici spettacoli<sup>36</sup>. Va considerato che uno dei nani in questione ha fatto pure ricorso alla Commissione Europea dei diritti dell'Uomo, allegando la violazione della sua "dignità" di lavoratore ingiustamente privato dell'occupazione<sup>37</sup>. Analogamente hanno deciso alcuni giudici amministrativi tedeschi in casi simili sempre riguardanti spettacoli di lanci di nani, in questo caso con riferimento alla clausola normativa del *buon costume*.

Interessante anche il caso tedesco dei c.d. "*peep-show*", risalente al 1981. Si trattava qui di esibizioni di spogliarelliste visibili da cabine individuali, oscurate da pannelli che i clienti del locale potevano aprire inserendo dei gettoni. Anche in questo caso, il *Bundesverwaltungsgericht* riconnette il concetto di "buon costume", richiamato dalla legge, alla clausola dell'intangibilità della dignità umana (di cui all'art. 1 della Costituzione tedesca): e conclude nel senso che tali fatti offendono la dignità specifica delle stesse spogliarelliste che, pur volontariamente e liberamente, mediante un contratto, decidono di esibirsi. Il Tribunale, dopo aver motivato sull'idoneità di un siffatto tipo di spettacolo ad offendere la dignità della donna, ritiene irrilevante il consenso dalla stessa prestato, affermando il dovere dello stato di assicurare, comunque, il rispetto della sua dignità anche contro la volontà della stessa; la dignità è definita quale "valore obbiettivo da imporre indipendentemente da divergenti posizioni soggettive".

Va detto che quest'ultima decisione in esame oggi assai probabilmente non potrebbe più reggere, vista l'adozione nel 2001 della c.d. "*ProstitutionGesetz*", che ha regolamentato la prostituzione in Germania, e, sotto il profilo civilistico, ha eliminato esplicitamente la contrarietà al buon costume del contratto sessuale (al contempo depenalizzando il favoreggiamento della prostituzione)<sup>38</sup>. Ma in ogni caso la pronuncia ha suscitato comprensibilmente,

<sup>36</sup> Ho tratto la descrizione dei casi dei nani e del peep-show sintetizzando la puntuale ricostruzione di TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso*, cit., 249 ss. Su questi casi si veda anche l'ampia discussione di RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, cit., 839 ss.

<sup>37</sup> Il ricorso, n. 29961 del 1996, è stato dichiarato inammissibile il 16 ottobre 1996.

<sup>38</sup> Sulla legge, fra i tanti, MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in *Trattato di biodiritto*, Tomo I, *Il Governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà e Zatti, 887-914, ed *ivi* 906 ss.; si veda anche CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità*, in *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di Romboli, cit., 197 ss., ed *ivi spec.* 201 ss.

all'epoca, numerose critiche nella dottrina d'oltralpe, che vi ha visto calpestati fondamentali diritti di autonomia personale.

La partita fra dignità e libertà di autodeterminazione si potrebbe facilmente risolvere, riprendendo la distinzione sopra affacciata, se si respingesse, come tendenzialmente *autoritaria*, una nozione di dignità oggettiva o impersonale, e si optasse per un *più liberale concetto dignità soggettiva* o personale. Se devo esprimere una mia opinione personale, prediligo certamente quest'ultima declinazione della dignità, maggiormente rispettosa dei diritti di libertà degli individui, e questa, come accennavo, dovrebbe essere l'opinione maggioritaria almeno fra i penalisti. Tuttavia, mi rendo conto che adottare una simile concezione è molto facile, se non "automatico", partendo da un'impostazione laica e fondata sul liberalismo giuridico. Chi invece partisse da altri credi o presupposti ideologici - ad esempio il cattolico fervente (per non parlare di chi professasse religioni maggiormente rigide nei loro precetti morali) o un convinto conservatore/moralista - potrebbe far più fatica ad abbandonare una nozione etero-imposta e oggettiva di dignità<sup>39</sup>.

Dunque, vale la pena approfondire ulteriormente il tema, per verificare se, anche a prescindere da particolari inclinazioni filosofiche o ideologiche, si possa pervenire ad alcune acquisizioni condivisibili da una più vasta platea di interessati all'argomento.

A tal fine va innanzitutto rilevato, tornando alle predette decisioni, che esse concernevano divieti di pubblici spettacoli imposti da autorità amministrative locali. Insomma, la materia non era certo - quantomeno in prima battuta - il diritto penale, ma il *diritto pubblico-amministrativo*. E questa branca del diritto è sicuramente meno pesante e meno terribile del *diritto penale*, che rappresenta il ramo dell'ordinamento più severo e maggiormente invasivo dei diritti di libertà dei singoli. In definitiva, una limitazione delle libertà di autodeterminazione del singolo in nome della tutela della dignità, nel campo del diritto amministrativo, se anche non la si condividesse, potrebbe essere comunque maggiormente tollerabile. Il diritto penale invece, per la gravità delle sue sanzioni - normalmente limitative della stessa libertà personale - deve rispettare principi stringenti come l'offensività, ma anche, e soprattutto, un principio come l'*extrema ratio*, che si fonda anche sul *favor libertatis* e, sotto il profilo dei diritti costituzionali, sull'art. 13. Ma nel diritto penale vigono anche altri principi costituzionali, quali il principio di legalità e di determinatez-

---

<sup>39</sup> Ricollega l'idea di dignità oggettiva ad una visione cattolica e la nozione di dignità oggettiva ad una concezione laica TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso*, cit., 255, specie con riferimento alle tematiche della bioetica.

za (per non parlare di quello di colpevolezza e della finalità delle pene alla rieducazione del condannato), collegati a quelli precedentemente citati. Ciò implica (come già accennato) che ogni bene giuridico rilevante per il diritto penale debba essere caratterizzato dalla massima definizione e “afferrabilità”. Più un bene è indeterminato e manipolabile, più appare inadatto a fungere da supporto ad un’incriminazione penale. Dunque, per quanto sopra rilevato, la limitazione dei diritti di autonomia personale in favore di un concetto molto fumoso come quello di dignità (c.d. “oggettiva”<sup>40</sup>) appare assai meno plausibile nel diritto penale rispetto alle altre branche del diritto. Forse è questo il motivo per cui la maggioranza dei penalisti, oggi, sembra propendere decisamente per il meno ingombrante concetto di dignità soggettiva.

In secondo luogo, si deve rilevare che nei due casi sopra esaminati (del lancio dei nani e del *peep-show*) ci si trova di fronte a *spettacoli pubblici* o aperti al pubblico. Dunque, il profilo dei diritti di libertà individuali deve fare i conti con la *pubblicità delle condotte*. Ora, è evidente che in simili ipotesi possono entrare in gioco limiti quali l’ordine pubblico o il buon costume – pur nella criticabilità dell’eccessiva estensione di tali concetti – e infatti le corti che hanno fatto ricorso in tali casi al *topos* della dignità umana lo hanno fatto collegando tale principio, a seconda di quanto previsto dalla legge rilevante, o all’ordine pubblico (così nei casi francesi), o al buon costume (in quelli tedeschi). E se è vero – come hanno autorevolmente rilevato, fra gli altri, Hassemer e Fiandaca – che la dignità va parametrata di volta in volta ad altri diritti e interessi da soppesarsi rispetto alle singole costellazioni di casi e rispetto alle singole questioni giuridicamente rilevanti, si può dire che in quei casi aveva comunque senso (benché si possa anche dissentire con le soluzioni adottate) raccordare la dignità, rispettivamente, al buon costume e all’ordine pubblico. Concetti – il buon costume e l’ordine pubblico – che non hanno viceversa alcun senso relativamente a condotte private e fra privati.

Va poi evidenziato un altro aspetto sulla questione più generale dei conflitti fra dignità (oggettiva) e libertà di autodeterminazione. In un lavoro monografico piuttosto recente sulla “dignità” considerata nella prospettiva costituzional-comparatistica<sup>41</sup>, si è analizzata la tematica, offrendo una interessante lettura delle ipotesi in cui una dignità oggettiva potrebbe prevalere anche sulla stessa autonomia dell’individuo. Si tratterebbe di *due gruppi di casi*. Il primo

<sup>40</sup> Giustamente, vi è chi ha rilevato che la nozione “oggettiva” di dignità, in realtà “non è meno soggettiva di quella propria del soggetto interessato”: così Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso*, cit., 250. L’unica differenza è che non è *propria* del soggetto stesso, e anzi gli viene imposta dall’esterno.

<sup>41</sup> PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione della condizione umana*, Padova, 2013, 166-170.

gruppo sarebbe costituito da quei casi in cui il soggetto la cui libertà di autodeterminazione viene limitata appartiene ad un *gruppo svantaggiato*. Il nano che appartiene ad un gruppo di persone affette da handicap fisico, e che esercita la sua libertà di autodeterminazione spingendola fino al punto di farsi pagare per essere lanciato in un pubblico spettacolo, ed essere esposto così alla derisione degli spettatori, finisce per mettere in ridicolo l'intero gruppo dei nani. Con quel comportamento, quel nano alimenta la stigmatizzazione della categoria di appartenenza, che viene dunque protetta attraverso una concezione oggettiva della dignità, anche se contrastante con la sua nozione individuale della stessa. L'altro gruppo di casi sarebbe riconducibile invece a quelle ipotesi in cui *non si crede possibile che la persona che pare esprimere una scelta autonoma goda di reale libertà di scelta*. Si pensi a casi francesi come quello della donna che indossa il burka, o ad altri casi-limite in cui si ritiene che la scelta del soggetto non sia espressione di reale autonomia.

Non è detto che queste due situazioni debbano necessariamente giustificare la prevalenza della dignità oggettiva sull'autonomia (specie in materia penale), ma il contesto con cui esse si trovano ad interagire può comunque contribuire a spiegare le reali motivazioni di alcune decisioni in tal senso.

#### **7. Dignità, libertà sessuale e prostituzione.**

Quanto osservato finora può agevolarci nella considerazione del tema dei rapporti fra prostituzione e dignità.

Abbiamo visto che la più recente giurisprudenza - parliamo di una svolta che si è realizzata da pochi mesi, in reazione all'ordinanza barese di rimessione della questione di costituzionalità alla Corte - ha spostato l'asse del bene giuridico dalla libertà sessuale della persona che si prostituisce alla dignità oggettiva della persona. E ha sostenuto conseguentemente la prevalenza di questa dignità sull'autonomia personale della persona che si dedica al meretricio. Si tratterebbe infatti di un bene indisponibile, e il consenso o la libera scelta della prostituta non avrebbe alcun rilievo giuridico. Di conseguenza, sarebbe perfettamente legittimo punire condotte come il favoreggiamento della prostituzione, anche nei casi di pieno consenso o di richiesta da parte della prostituta nei confronti del favoreggiatore. Va precisato che un tale orientamento non può ancora dirsi consolidato, visto che fino ad ora trova adesione in una sola sentenza della Cassazione, e in poche pronunce di merito. Si tratta però di un orientamento particolarmente insidioso nei confronti chi vuol sostenere - come ha fatto l'ordinanza barese - l'illegittimità costituzionale di reati come il favoreggiamento attuati nei confronti di prostitute che hanno scelto tale mestiere, e che richiedono o acconsentono a tale ausilio esterno.

Si può concordare con un tale orientamento? A questo fine ripercorriamo le principali acquisizioni in tema di dignità di cui al paragrafo precedente, e verificiamole in rapporto al tema specifico della prostituzione.

Si è visto che autorevole dottrina diffida fortemente dell'impiego della dignità, spesso utilizzata come "asso di briscola" per tagliar corto su di uno spinoso argomento, ed evitare di affrontarne gli aspetti più scomodi o complicati. Ebbene: la giurisprudenza che, in tema di prostituzione, ha spostato l'asse della tutela verso la dignità oggettiva pare sia caduta proprio nella predetta tentazione. Non sembra possibile rintracciare, nella motivazione di quelle sentenze (v. *supra*, par. 5), alcuna argomentazione convincente relativamente al motivo in base al quale la libertà di scelta della prostituta dovrebbe soccombere nei confronti di una insuperabile dignità oggettiva. Ci si limita infatti, sostanzialmente, ad invocare un divieto di ogni forma di commercializzazione della persona, e dell'attività sessuale della stessa. E tutt'al più, come aggancio normativo, si richiama la nullità del contratto con la prostituta per causa illecita in quanto contraria al buon costume.

Quanto al primo punto, va detto che non si capisce da dove la giurisprudenza in questione possa aver derivato il divieto assoluto di far commercio della propria sessualità. Questo discorso della mercificazione<sup>42</sup>, o *cosificación* (alla spagnola)<sup>43</sup>, o *commodification* (all'inglese)<sup>44</sup> non trova in realtà seri appigli normativi. Esso pretende di scardinare *diritti inviolabili come la libertà di autodeterminazione della persona in ambito sessuale*, riconosciuta con chiarezza dalla nostra giurisprudenza costituzionale: si allude alla sentenza n. 561 del 1987 della Corte costituzionale, dove viene detto che "[e]ssendo 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

<sup>42</sup> Si veda ad es. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2002, 401, in quale scrive che "qui, non c'è alcuna libertà meritevole di tutela e che sui piatti della bilancia stanno soltanto gli interessi della collettività (la salute e la morale) e la dignità di esseri umani che sono usati come oggetti", e afferma che "chi vende sesso si degrada".

<sup>43</sup> Riferisce di simili opinioni (per lo più appannaggio delle femministe radicali) Quintero Olivares, Quintero Olivares, *Los delitos relativos a la prostitución*, in *Delitos contra la libertad sexual: situación actual y perspectivas de futuro. Centro de Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, 2013, 5, che critica tale impostazione nell'ambito di una visione laica e liberale della tematica. Sul pensiero in materia di Gonzalo Quintero, illustre penalista spagnolo, rinvio al mio *Moralismo penale e prostituzione*, in *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, 2018, 787 ss.

<sup>44</sup> Analizzano, criticandolo, tale *topos*, in particolare, ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, in *Trattato di biodiritto*, Tomo I, *Il Governo del corpo*, cit., 878 ss.; MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., 888 ss. e *passim*.

ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire". Si consideri che, tramite il riconoscimento della libertà sessuale quale fondamentale diritto dell'uomo, si sono ad esempio eliminate - anche tramite una serie di pronunce di varie corti supreme<sup>45</sup> e della stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo<sup>46</sup> - anacronistiche e moralistiche disposizioni che vietavano penalmente, in diversi paesi anche "progrediti", l'omosessualità fra adulti consenzienti anche se attuata in privato. Insomma, si tratta del riconoscimento di un diritto intimamente connesso con la personalità umana e con il modo di essere di una persona. Più di recente, la stessa Corte EDU ha elaborato il concetto di autonomia personale, di cui la libertà sessuale sarebbe parte integrante: su questa base è stata affermata l'illegittimità dell'interferenza statale, e, segnatamente, dell'intervento del diritto penale, anche rispetto a pratiche sadomasochistiche estreme e particolarmente cruente, purché poste in essere in privato e con il consenso della "vittima"<sup>47</sup>.

E il fatto che questa sessualità venga offerta ad altri da chi ne può validamente disporre in cambio di una qualche utilità economica non può elidere un simile fondamentale diritto. A conforto di ciò, si potrebbe citare un'ampia letteratura, italiana e straniera<sup>48</sup>. Ma soprattutto, abbiamo visto più sopra (par. 1) che la giurisprudenza italiana ed anche europea è fin troppo chiara sul punto: così la prostituzione è stata ritenuta attività perfettamente "lecita per tutti i rami dell'ordinamento" (es. Cass., Sez. un., n. 16207 del 2014); e, se frutto di libera scelta, "attività economica svolta in qualità di lavoratore autonomo" (Corte di Giustizia europea nel 2001). E mentre la sezione tributaria della Cassazione italiana è pacificamente orientata a ritenere la prostituzione "discutibile sul piano morale", ma "certamente non illecita", la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato nel 2007 che la prostituzione sarebbe incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo quando "oggetto di costrizione".

Neppure argomentando dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea si potrebbe giustificare una simile limitazione ad un simile intangibile diritto di libertà<sup>49</sup>. In effetti, tale importante documento dedica alla dignità il

---

<sup>45</sup> Fondamentale la decisione della Corte Suprema federale degli USA *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), e la magistrale motivazione del giudice Anthony Kennedy, che si fonda sul riconoscimento della libertà sessuale degli omosessuali.

<sup>46</sup> *Dudgeon v. United Kingdom*, application no. 7525/76, 22 Ottobre 1981 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

<sup>47</sup> Corte Edu, 17 febbraio 2005, K.A. e A.D. c. Belgio.

<sup>48</sup> Rinvio per tutti, anche per gli ampi riferimenti alla letteratura straniera, alla recente documentata monografia di V. Zeno Zencovich, *Sex and the Contract. From Infamous Commerce to the Market for Sexual Goods and Services*, II ed., Roma, 2015.

<sup>49</sup> Il riferimento poi alla anacronistica Convenzione ONU del 1949 (Convenzione per la repressione

Titolo Primo, e, all'art. 3, par. 2, lett. c), sancisce "il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro". Tuttavia, da un lato questo limite si inserisce "nell'ambito della medicina e della biologia". E, dall'altro, esso concerne il vero e proprio commercio di parti del corpo umano, e non l'offerta di *servizi sessuali*, che implica l'utilizzo del corpo o di sue parti ma non la loro messa in vendita in senso materiale<sup>50</sup>. Questa distinzione è molto importante. Si usa dire che la prostituta "vende il suo corpo", ma questo trasfigura la natura di quell'attività, che è viceversa incardinata sulla offerta di "servizi sessuali"<sup>51</sup>. L'utilizzo del corpo per fini commerciali, laddove si estrinseca in servizi e non in vere e proprie cessioni, è del resto pratica diffusa e non implica necessariamente un'attività prostitutiva: si pensi a chi fa massaggi. Nessuno dubita della liceità di questi comportamenti. In base a questa distinzione - fra offerta di servizi sessuali e vendita del proprio corpo<sup>52</sup>

---

della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione), che aveva lanciato il modello "abolizionista" adottato dalla legge Merlin in Italia, convenzione che pure sembrerebbe, in alcune delle sue norme, vietare tout court la prostituzione le condotte parallele alla stessa, non sarebbe calzante. In realtà la predetta Convenzione mirava a reprimere soprattutto la prostituzione coatta e frutto di tratta di esseri umani. Non va presa dunque alla lettera e comunque appare superata da vari strumenti internazionali, come ad esempio la Decisione Quadro del Consiglio europeo del 19 luglio 2002 sulla Lotta alla Tratta degli esseri umani, dove si chiarisce che il consenso delle persone che si prostituiscono è sì invalido, ma solo in particolari ipotesi, non configuranti libere scelte degli individui (v. art. 1, par. 2, in rapporto ai mezzi indicati nel par. 1, ove si fa riferimento a violenze, rapimenti, minacce, frodi, abusi di vulnerabilità senza possibilità di scelta da parte della vittima, e varie forme di sfruttamento). E in effetti vari stati europei hanno adottato modelli di regolamentazione della prostituzione che, a stretto rigore, contrasterebbero con la Convenzione predetta; e altri stati, pur nella sostanza abolizionisti, non hanno peraltro esteso la repressione penale a condotte quali il reclutamento (nella sua mera modalità di "intermediazione") e il favoreggiamento semplice (si pensi fra gli altri alla Spagna e al Portogallo). Non è dotato di efficacia alcuna, poi, il voto del Parlamento Europeo del 23 gennaio 2014 che approva a maggioranza il *Reporto on Sexual exploitation and prostitution and its impact on gender equality*, redatto da Mary Honeyball, con cui si raccomanda agli Stati europei di adottare il modello neo-proibizionista svedese. Per una severa critica (anche sul piano dell'attendibilità scientifica) a tale documento si veda comunque *A Critique of the "Report on Prostitution and Sexual Exploitation and its Impact on Gender Equality" by Mary Honeyball*, firmato da 86 professori universitari ed esperti della materia, in [www.uswp.org](http://www.uswp.org).

<sup>50</sup> Per un commento a tale Carta in rapporto alla tematica del rapporto fra dignità e autonomia della persona, si veda soprattutto RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, cit., *passim*.

<sup>51</sup> È l'ottica accolta in Germania, e non nella proibizionistica Svezia, dove si enfatizza viceversa il fatto che la donna nel meretricio venderebbe il proprio corpo: per riferimenti, CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo*, cit., 205. Così scrive autorevolmente, nell'ambito della dottrina inglese, HONORÉ, *Sex Law in England*, Hamden, 1978, 111: "A prostitute is sometimes said to sell herself or her body, but this is inaccurate. She makes with her client a *contract for services*, like that between a dentist, repairer or cinema owner and their customers" (corsivi aggiunti).

<sup>52</sup> Sul diritto all'autodeterminazione con riferimento al proprio corpo si veda comunque, nella giurisprudenza costituzionale, la Sentenza n. 471 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 2818 ss. con nota adesiva di MUSUMECI, *Dal "potere" alla "libertà" di disporre del proprio corpo*, ivi, 1991, 626 ss., che evidenzia

- si può ben comprendere, anche, come non sia applicabile in materia di prostituzione l'art. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando sono contrari, fra l'altro, al buon costume. Tale divieto (comunque oggi assai criticato in dottrina) non riguarda la prostituzione, perché essa non implica atti di disposizione del proprio corpo. Tanto è vero che chi tratta dell'art. 5 discute di tematiche quali la vendita di organi, le operazioni chirurgiche e i trapianti, i trattamenti sanitari obbligatori, le parti staccate del corpo, la donazione del sangue, le mutilazioni genitali, il cadavere, ed altro; ma mai della prostituzione<sup>53</sup>.

Men che meno potrebbe essere utilizzata per dimostrare la pretesa insussistenza di un diritto costituzionalmente garantito di libertà sessuale comprendente anche la libertà di prostituirsi, con ogni correlativa conseguenza, la oggi contrastata "illiceità della causa" del contratto di prostituzione sotto il profilo civilistico, per contrarietà al "buon costume". A parte il fatto che, anche laddove una simile illiceità dovesse essere ritenuta ancora sussistente, essa non produrrebbe necessariamente un mancato riconoscimento della libertà costituzionalmente garantita di prostituirsi (per la diversità delle due prospettive), va rilevato che oggi questa illiceità viene contestata radicalmente dalla dottrina più moderna almeno rispetto ai contratti relativi a ipotesi di libere scelte<sup>54</sup>, e da qualche innovativa sentenza di merito<sup>55</sup>.

Ancora, nelle più recenti sentenze sopra citate, relative alla conversione del bene giuridico dei reati di prostituzione nella dignità umana, si fa riferimento all'art. 41 della Costituzione, in base al quale "L'iniziativa economica privata è

---

come la sentenza 471/1990 abbia incentrato la propria motivazione sul valore della persona e della libertà, con conseguente implicito ridimensionamento della portata dell'art. 5 c.c. Si veda anche G. Campanelli, *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, a cura di D'Aloia, Torino, 2005, 195 ss.

<sup>53</sup> Si vedano fra gli altri DOGLIOTTI, *Persone fisiche, capacità, status, diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, Torino, 2014, 364 ss.; CIAN, TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Complemento giurisprudenziale, Padova, 2015, 70 ss.; ALPA, ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1996, 247 ss.

<sup>54</sup> Fra gli altri si possono menzionare ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., 873 ss.; MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., 889 ss.; TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 2009, n. 1, 629 ss.; si veda anche CARUSO, *O tempora o mores! La messa in discussione della Legge Merlin a sessant'anni dalla sua approvazione*, cit., 4-5.

In questo senso anche, con particolare riferimento alla prostituzione, DI NICOLA, *La rilevanza giuridica dell'accordo tra la persona che si prostituisce e il cliente: questioni problematiche*, in *I reati in materia di prostituzione*, cit., 147 ss.

<sup>55</sup> Trib. Roma, Sez. VIII, 7 maggio 2014, 159 ss., in DI NICOLA, BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, cit., 159 ss.

libera”, ma (secondo comma) “Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. Se ne deriverebbe che la dignità umana (oggettiva) richiamata come bene giuridico protetto osterebbe all'esercizio di un'iniziativa economica come quella di chi si prostituisce. Ebbene, tale parametro è invocato anche dall'ordinanza barese, con opposte finalità, ovvero per indicare che i divieti di condotte parallele alla prostituzione consentanee alla libera scelta della prostituta andrebbero a limitare indebitamente la sua libertà di iniziativa economica. Pur in estrema sintesi, sul punto va osservato che la dignità è sì richiamata dalla norma costituzionale, ma mira in realtà ad impedire che una persona svolga un'attività economica sfruttando *l'altrui lavoro* e violandone in tal modo la dignità<sup>56</sup>. Se una persona intende prostituirsi e attua in libertà tale “iniziativa” non lede la dignità di alcuno, perché non sfrutta l'altrui lavoro né obbliga altri a svolgere attività degradanti. Diversa potrebbe essere la soluzione relativamente a chi mettesse in piedi una casa di prostituzione e ivi sfruttasse l'attività sessuale delle prostitute. In quel caso, vi sarebbe un'evidente violazione della clausola di cui all'art. 41, secondo comma, Cost., e non a caso tale reato rappresenta una delle fattispecie centrali di cui alla legge Merlin, e della cui legittimità costituzionale, allo stato, nessuno dubita<sup>57</sup>.

In ogni caso, la dignità di cui parla l'art. 41 Cost. non è meglio specificata, sicché può essere riempita di vari contenuti. E non è affatto detto che una lesione della stessa debba essere necessariamente integrata dalla mercificazione dei propri servizi sessuali. Torniamo, insomma, alla difficoltà di una definizione di dignità, e agli amplissimi confini della stessa. E, comunque, l'art. 41 Cost. accosta alla dignità la sicurezza e la libertà, sicché la dignità stessa va letta in rapporto a questi due altri interessi da tutelare. In relazione all'attività prostitutiva, si può dire che la repressione penale del favoreggiamento e del reclutamento (in casi come quello di cui all'ordinanza barese), se limita indebitamente la libertà (sessuale) della prostituta, costituisce in realtà un pericoloso *vulnus* alla *sicurezza* della prostituta stessa. Infatti, ad essa viene impedito il ricorso a terze persone che potrebbero tutelarla da rischi sia per l'incolumità che per la salute. Non va dimenticato che (come si accennava al par. 1, *supra*)

<sup>56</sup> Sulla tematica cfr. BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 853.

<sup>57</sup> Si veda sul punto BONTEMPI, in *Codice penale commentato*, cit., 1988; nonché MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, cit., 228.

Naturalmente, diversa sarebbe la prospettiva di una nuova legge che regolamentasse la prostituzione, ma in quel caso, sempre ammesso che una tale legge approvasse la prostituzione organizzata in forma di impresa (e non si limitasse a legalizzare la prostituzione autonoma o in forma cooperativa), verrebbero previste apposite tutele del sex worker.

la Corte Suprema del Canada, nel 2013, ha dichiarato incostituzionali alcune delle norme di quel codice penale in materia di prostituzione, proprio facendo riferimento, in particolare, al diritto alla sicurezza nel lavoro delle prostitute; sicurezza che a causa di tutti quei divieti veniva messa a repentaglio<sup>58</sup>.

Un ultimo punto va considerato. Si è visto *supra* (par. 6) che, anche non volendo accedere a quelle pur diffuse opinioni che nel conflitto fra dignità e autonomia danno precedenza sempre e comunque all'autonomia personale, le situazioni in cui potrebbe giustificarsi, a certe condizioni, una prevalenza della dignità sarebbero individuabili in due ipotesi. La prima sarebbe quella dell'appartenente ad un gruppo ristretto di persone svantaggiate (ad es. per qualche handicap) che nell'esercizio della sua autonomia personale esercitasse attività degradanti, alimentando la stigmatizzazione e l'emarginazione del gruppo di appartenenza. Così farebbe – secondo quelle tesi – il nano, negli spettacoli oggetto delle pronunce dei tribunali amministrativi francese e tedesco. Ebbene, si potrebbe fare un paragone fra tali episodi e l'attività prostituitiva di una donna? Si potrebbe sostenere che la donna che si prostituisce alimenta una concezione del gruppo a cui appartiene (le donne) così perpetuando la stigmatizzazione e l'emarginazione sociale dello stesso? In effetti, simili argomentazioni sono quelle di solito utilizzate dalle femministe radicali che, a partire da Catherine MacKinnon<sup>59</sup>, hanno sostenuto che la prostituzione va combattuta perché, degradando la condizione delle singole donne che la esercitano, degrada in realtà la condizione di tutte le donne, riproponendo, rafforzando, perpetuando il loro stato di inferiorità all'interno di una società maschilista. In questa prospettiva, anche la pornografia dovrebbe essere totalmente messa al bando, ivi compresa quella concernente adulti consenzienti<sup>60</sup>. Non mi diffonderò qui sul tema, ma è chiaro che vi è una bella differenza fra il gruppo delle persone affette da un handicap come il nanismo, e il gruppo rappresentato da tutte le donne. È vero che per secoli le donne sono state in un modo o nell'altro assoggettate all'uomo e hanno storicamente goduto di

---

<sup>58</sup> *Canada (Attorney General) v. Bedford* [2013 SCC 72], del 20 dicembre 2013. La Corte canadese ha anche rigettato la tesi degli Avvocati generali del Canada e dell'Ontario, secondo cui le disposizioni sottoposte a scrutinio di legittimità costituzionale avevano l'obiettivo di promuovere i valori della dignità e dell'uguaglianza (*ivi*, 138).

<sup>59</sup> MACKINNON, *Feminism Unmodified*, Cambridge (Ma), 1987, spec. 54-55. Una serie di scritti di “gender legal studies” vanno nella stessa direzione, ma non è questa la sede per dilungarsi in citazioni.

<sup>60</sup> Per una convincente critica a queste prospettive, si vedano fra gli altri ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., 873 ss.; MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., 889 ss., a cui si rinvia per numerose citazioni di dottrina straniera, specialmente di lingua inglese. Fra i penalisti, per una confutazione di simili teorie proibizioniste, si veda ora PARISI, *Prostituzione*, cit., 193 ss., e *passim*.

minori diritti dell'uomo. Ma non si può certo dire che si tratti di un ristretto gruppo di persone svantaggiate e esposte alla derisione, né è così chiaro che l'offerta di sesso a pagamento da parte di alcune di loro (tra l'altro a seguito di libera scelta) comprometta in modo così determinante il processo di affermazione della donna nell'ambito della società, che sempre più si sta attuando nei paesi più progrediti. In effetti, vanno registrate in direzione opposta le tante (se non maggioritarie) voci dissenzienti di donne e studiose (anche femministe) che ritengono preminente la libertà sessuale delle donne stesse, e che considerano la prostituzione libera una forma di esercizio di tale libertà, e di una loro dignità personale<sup>61</sup>, nell'ottica opposta di una maggiore emancipazione femminile<sup>62</sup>. E poi, occorre considerare che la prostituzione (come si ricorderà oggi è più corretto parlare di "prostituzioni") è in realtà attualmente esercitata da una percentuale non trascurabile di "transgender", e da una pur minor percentuale di uomini. Sicché il ragionamento della denigrazione delle sole donne non potrebbe reggere di fronte all'attuale realtà sociale della prostituzione.

In ogni caso, ai fini dell'emancipazione femminile, sono sicuramente necessarie politiche sociali, azioni positive, ecc., mentre è completamente fuori luogo l'impiego del più rozzo e terribile dei diritti, il diritto penale, poco adatto - come insegna unanime dottrina - a realizzare delicati compiti di ingegneria sociale.

In aggiunta, come riferivamo più sopra, nel caso dei nani ci si trovava di fronte ad uno spettacolo *pubblico*, e dunque ad una pubblica derisione di una persona affetta da handicap, e questo aspetto non può essere trascurato. Se il nano - o altra persona appartenente ad una categoria svantaggiata - avesse realizzato comportamenti poco rispettosi del suo stesso gruppo in privato,

---

<sup>61</sup> Significativi i pareri delle tre sex workers che nel 2013 portarono fino alla Corte Suprema del Canada la loro lotta contro la normativa penale canadese, Terri Jean Bedford, Valerie Scott, e Amy Lebovitch. Nel 2007, quando la loro causa fu ammessa alla Corte Suprema dell'Ontario, la Bedford disse: "It's a great day for Canada and even more so a great day for Canadian women everywhere"; e la Lebovitch: "We must be treated equally. We are entitled to *dignity and respect*" (corsivi aggiunti); si veda l'articolo *Charter Challenge on Prostitution Filed*, in *The Star* (online).

Si consideri anche che, a seguito della presentazione a Bellinzona di una legge del Canton Ticino del 2013 che regolamentava in modo più compiuto la prostituzione, diverse prostitute hanno commentato che tale normativa tutelerebbe finalmente la loro "dignità": "*Forse così noi prostitute recupereremo la dignità*", in *Ticinonline*. Ma si tratta solo di due tra i numerosissimi esempi che si potrebbero citare.

<sup>62</sup> Molto interessante sotto questi profili è la lettura di MAQUEDA ABREU, *La prostitución: el "pecado" de las mujeres*, 64-89, in *Quadernos Electronicos de Filosofía del Derecho*, spec. 77, particolarmente efficace nel contrastare quelle opinioni secondo cui l'attività prostitutiva sarebbe di per sé - e senza possibili eccezioni - contrastante con la dignità della donna. La studiosa spagnola rivendica per le donne il diritto di libertà di scegliere di prostituirsi. Per una rivendicazione della libertà di prostituirsi cfr. anche CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim*, con abbondanti citazioni a cui si rinvia.

sarebbe stata cosa ben diversa. In quel caso avrebbe dovuto sicuramente prevalere l'autonomia personale del nano, per le scarse o nulle ripercussioni sul gruppo; e del resto non sarebbe entrato certamente in azione il problema di un permesso della pubblica autorità, e mai il caso sarebbe approdato davanti a un tribunale amministrativo. Nel caso della prostituzione, la condotta prostitutiva è di per sé privata, e non realizza dunque l'offesa al gruppo con correlativa lesione della dignità (del gruppo stesso). Certo, le cose potrebbero cambiare nel caso di prostituzione offerta e consumata in locali pubblici. Ma qui si ricadrebbe nel divieto delle case chiuse, su cui certamente non pesano in questo momento dubbi di legittimità costituzionale. Peraltro, anche in questo caso, non è tanto la prospettiva della dignità che risolve il problema, ma il riferimento al buon costume. Esso è previsto talora come limite nell'ambito di pubblici spettacoli, come avveniva in Germania con riferimento al lancio dei nani o al *peep-show*. È infatti una nozione che interviene per contenere l'indesiderata licenziosità di spettacoli pubblici o di altri comportamenti che abbiano comunque un impatto diretto col pubblico. In questo senso potrebbe entrare in gioco il buon costume anche come limite alla prostituzione in pubblici locali, ma non certo relativamente a comportamenti che si svolgono in privato<sup>63</sup>.

Una seconda eccezione alla prevalenza dell'autonomia personale sulla dignità (oggettiva) (indicata più sopra al par. 5) potrebbe essere data da quelle ipotesi in cui non si crede possibile che la persona che pare esprimere una scelta autonoma goda di reale libertà di scelta. E in effetti anche questo argomento viene quasi sempre evocato dagli alfieri della proibizione della prostituzione o della sua stigmatizzazione come una attività contraria alla dignità. Si suole sostenere che le prostitute non sono mai libere di scegliere la loro attività, anche nei casi in cui così potrebbe apparire. In realtà (come si è visto più sopra, al par. 1) la letteratura criminologica ha messo in evidenza che esistono numerosi diversi tipi di "prostituzioni", e che una percentuale (seppur presumibilmente non elevata) delle persone che si dedicano, più o meno continuativamente, a tale attività lo fanno effettivamente *in base ad una libera scelta*. Del resto, numerosissime prostitute hanno riferito nell'ambito di procedimenti penali, o anche in altri contesti più o meno pubblici, che fanno quel mestiere

---

<sup>63</sup> Sulla questione rinvio alle chiare argomentazioni di MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, cit., 224-225. Si veda anche BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali*, cit., 133; nonché MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2115. In tal senso anche la Sentenza n. 368 del 1992 della Corte costituzionale.

per loro autonoma scelta e non sono affatto pentite di esercitarlo<sup>64</sup>. Se non fosse così, non esisterebbero, in Italia e nel mondo, numerosi comitati, sindacati, ed altre associazioni di sex workers che rivendicano la loro libertà di offrire servizi sessuali a pagamento senza interferenze di sorta da parte dello Stato; e che rivendicano di potersi avvalere anche dell'opera di terzi (non di sfruttatori, si intende) per esercitare il loro lavoro con maggiore sicurezza e in modo più professionale. E che al medesimo tempo condannano ogni stigmatizzazione del loro lavoro da parte di chi, per qualche motivo, lo ritiene indegno o degradante<sup>65</sup>.

A chi, infine, volesse sostenere ad oltranza che, in ogni caso, la decisione di prostituirsi sarebbe comunque condizionata da vari fattori, anche nei casi di prostituzione c.d. "per scelta", si risponde che nel diritto penale si presuppone comunque, a monte, il libero arbitrio, e che nell'accertamento (eventualmente anche processuale) della libertà della scelta non si dovrebbero affrontare i retroterra filosofici o anche psicanalitici dei processi attraverso cui una scelta è stata attuata, essendo sufficiente verificare, pur con rigore, la reale volontarietà della stessa, e l'assenza di abusi, sfruttamenti o coazioni da parte di

---

<sup>64</sup> Si può qui citare come esempio concreto il caso della transessuale turca Efe Bal, la quale più volte ha dichiarato di essere pienamente convinta e soddisfatta della propria scelta di prostituirsi, e ciò nell'ambito in trasmissioni televisive, e persino nella sala convegni "Aldo Moro" di Montecitorio, nell'occasione della presentazione - nell'aprile 2015 - di due proposte di legge in materia di regolamentazione della prostituzione (a firma una della senatrice Spilabotte ed altri; e l'altra dell'onorevole Vargiu ed altri), e della contemporanea presentazione del volume da me curato *Prostituzione e diritto penale*, cit.; *ivi* (ed in altre simili successive occasioni di presentazione delle leggi e del volume in altre città) erano presenti anche altri esponenti del mondo della prostituzione, come Pia Covre, anch'essa convinta sostenitrice dei diritti delle prostitute e della libera scelta di prostituirsi. Si noti che Efe Bal ha cercato in ogni modo di regolarizzare la sua posizione lavorativa negli uffici competenti, senza mai riuscirci (per il mancato espresso riconoscimento nel nostro sistema del lavoro di prostituzione), per poi vedersi perseguitata dal Fisco per ingenti evasioni fiscali! La stessa ha lamentato pubblicamente in vari contesti questa situazione paradossale, derivante dall'ipocrisia delle leggi italiane in materia. Definisce il legislatore italiano "ipocrita fino al midollo" CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., 240 (a questo volume si rinvia anche per una dimostrazione, anche attraverso testimonianze dirette e indirette, della diffusione della prostituzione come scelta libera e autonoma di donne e uomini).

<sup>65</sup> Si veda a titolo di esempio, nel sito internet [www.nswp.org](http://www.nswp.org), il *Global Network of Sex Work Projects*, che raccoglie 160 organizzazioni di sex workers nel mondo, con un'immane mole di materiali sulla rivendicazione dei diritti delle prostitute. Si noti che di solito coloro che enfatizzano l'autonomia personale di chi si prostituisce per scelta usano il termine "sex worker", mentre chi vuole stigmatizzare tale attività come indegna, o sottolinearne la natura di attività frutto dell'oppressione o della violenza altrui, di solito usa il termine "prostituta" (*prostitute* in inglese). Si veda sul punto, per quest'ultima idea, BINDEL, *The Pimping of Prostitution: Abolishing the Sex Work Myth*, London, 2017, che infatti descrive il "sex work" come un "mito". Va del resto riferito che non mancano organizzazioni che sostengono la causa proibizionista e insistono sulla natura degradante del lavoro sessuale, che porterebbe a violare la dignità delle donne. Addirittura, esiste una rivista dal significativo titolo: *Dignity: A Journal on Sexual Exploitation and Violence*, pubblicato online, emanazione della University of Rhode Island.

terzi<sup>66</sup>.

## 8. Conclusioni sul tema.

Proprio gli ultimi argomenti trattati ci portano a considerare la problematica qui esaminata sotto un'ulteriore e forse ancor più proficua angolazione. Abbiamo finora parlato di dignità, e abbiamo visto che da alcuni la prostituzione viene ritenuta attività comunque contrastante con la dignità umana, a prescindere da ogni modalità del suo esercizio e dalla eventuale piena adesione del soggetto che la svolge.

Ebbene, si deve evidenziare che, come accade in altri casi in cui un'attività viene tacciata di "indegnità" anche contro la volontà del soggetto stesso, e laddove tale attività non provoca danno ad altri, in realtà si vuole imporre a tale soggetto, paternalisticamente, un diverso modo di vita o di essere. Entra quindi in scena la tematica del *paternalismo*, che nello specifico caso della prostituzione indubabilmente gioca un ruolo rilevante. In particolare, si allude al fatto che chi stigmatizza la prostituzione come qualcosa di contrastante con la dignità umana, e aggiunge che la persona che si prostituisce non può disporre di tale bene, a ben vedere interviene paternalisticamente sul fenomeno ritenendo che la prostituta arrechi con tale attività un male a se stessa. Non è certo questa la sede per affrontare approfonditamente la problematica

---

<sup>66</sup> Sul punto sono illuminanti le considerazioni di G. Quintero Olivares, *Delitos contra la libertad sexual: situación actual y perspectivas de futuro*, Centro de Estudios Jurídicos, 17 y 18 de octubre de 2013, *Los delitos relativos a la prostitución*, 10-11.

Si consideri ad es. una fattispecie come quella di cui all'art. 609-*bis*, secondo co., n. 1, c.p., in cui occorre accertare se l'agente ha "abusato delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto"; o un'altra come quella di cui all'art. 603-*bis*, primo co. n. 1 c.p., ove occorre accertare che l'agente "recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori". Anche le successive ipotesi previste dalla norma, e le aggravanti, sono interessanti, come pure la definizione di cosa può rappresentare "indice di sfruttamento", di cui al terzo co. Tutti casi - non criticati normalmente dalla dottrina - in cui si richiedono al giudice accertamenti che non sarebbero troppo diversi da quello che dovrebbe attuare nell'accertare la sussistenza o meno di una prostituzione per libera scelta. Valorizza i criteri di cui alla norma da ultimo citata, al fine (peraltro condivisibile) di reinterpretare o riformulare la fattispecie di sfruttamento della prostituzione, PARISI, *Prostituzione*, cit., 254.

Si può qui aggiungere il riferimento alla già citata Decisione Quadro del Consiglio europeo del 19 luglio 2002 sulla "Lotta alla Tratta degli esseri umani", dove si chiarisce che il consenso delle persone che si prostituiscono è sì invalido, ma solo in particolari ipotesi, non configuranti libere scelte degli individui, ovvero quando (art. 1, par. 1) sia fatto uso di coercizione, violenza o minacce, compreso il rapimento; oppure b) sia fatto uso di inganno o frode; oppure c) vi sia abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità tale che la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima; oppure d) siano offerti o ricevuti pagamenti o benefici per ottenere il consenso di una persona che abbia il potere di disporre di un'altra persona".

del paternalismo e dei suoi rapporti col diritto penale<sup>67</sup>, ma si può dire che chi accoglie il liberalismo giuridico non ammette normalmente il paternalismo come una buona ragione per la restrizione di una libertà, in particolare se attuata tramite il duro strumento del diritto penale. Infatti, le sole buone ragioni per limitare attraverso il diritto penale le libertà umane sarebbero quelle del *danno o dell'offesa ad altri*. I fatti che arrecano danno (o pericolo) o offesa (grave molestia) ad altri potrebbero legittimamente essere puniti. Non quelli che arrecano solo un *danno a se stessi*, a meno che non si versi in ipotesi in cui il soggetto che arreca un danno a se stesso lo faccia senza una vera volontà, ovvero senza cognizione di causa<sup>68</sup>. In sostanza, sarebbe ammissibile solo quello che viene definito “*soft paternalism*”. La formula varrebbe anche di fronte a condotte attuate da terzi, ma a cui il soggetto che arreca un danno a se stesso acconsente deliberatamente e consapevolmente. E' abbastanza facile notare che lo schema si attaglia perfettamente a quello del favoreggiamento della prostituzione. Tale condotta è voluta e acconsentita dalla prostituta, e magari, secondo una nozione di dignità oggettiva, potrebbe arrecare danno alla prostituta stessa, ma se si vuole rispettare l'autonomia personale della prostituta stessa, non le si può negare di ottenere aiuti da terzi tramite “favoreggiamenti”.

Tra l'altro, in questo caso, si tratterebbe di *paternalismo morale*. E il paternalismo morale è - fra i vari paternalismi giuridici - quello che più coralmemente viene condannato dagli studiosi. Invero, ammettendo un intervento paternalistico di tipo morale nell'ambito del diritto penale, si finirebbe a tutelare col più terribile dei diritti *la pura morale*, cosa che confliggerebbe addirittura con il principio di laicità dello Stato e con altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Si punirebbe il “modo di essere” delle persone, e nel caso di specie addirittura un esercizio di una libertà di autodeterminazione in materia sessuale<sup>69</sup>. Simili rilievi si ritrovano, con specifico riferimento alla prostituzione e

<sup>67</sup> Sul tema rinvio fra i tanti al mio *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di Canestrari, Stortoni, Bologna, 2009, 283-326 (il lavoro è uscito anche in *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit.), ed ivi a ulteriori citazioni, che non potrebbero trovare spazio in questa sede.

<sup>68</sup> Su questi concetti, per tutti, rinvio alle fondamentali pagine di FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 voll., Oxford, 1984-1988

<sup>69</sup> Per simili considerazioni rinvio ancora, tra gli altri, a ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., 873 ss.; MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., 889 ss.; nonché ad CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim* (ad es. 220 ss., 227, e 241).

Fra i penalisti, si tratta di un'opinione comune nell'ambito di chi si è occupato negli ultimi anni della materia: fra gli altri v. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., 291 ss.; GIUNTA, *Prostituzioni tra fatto e diritto*, cit., 303-307; MANNA, *La legge Merlin e i diritti*, cit., 319 ss.; DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., 48 ss.; PARISI, *Prostituzione*, cit., *passim*.

al reato di favoreggiamento, in una importante opinione dissenziente pronunciata dal presidente della Corte costituzionale portoghese Manuel Da Costa Andrade nell'ambito della citata (*supra* par. 1) pronuncia di quella corte del 2016, dove l'insigne penalista ha rilevato che in questi casi non si reprimono fatti lesivi di beni giuridici ma, in un "esercizio di moralismo atavico", il "peccato"<sup>70</sup>.

Si consideri che negli anni '60, in Inghilterra, si ebbe una famosa disputa fra chi riteneva ammissibile il paternalismo morale, e chi lo avversava fortemente. Il dibattito fu scatenato da una sentenza della House of Lords, che nel 1962 aveva creato dal nulla il nuovo reato di "*conspiracy to corrupt public morals*". Si trattava della redazione di un "catalogo di prostitute" a cui i clienti avrebbero potuto attingere per sceglierle. Nel diritto inglese, scritto o non scritto, tale condotta non rientrava in alcuna fattispecie di reato esistente. L'Alta Corte di Westminster si fece prendere dal "moralismo giuridico" e creò un nuovo reato *ad hoc* pur di rendere punibile quella condotta<sup>71</sup>. Si pensi a che ne è di tutto questo oggi, al tempo delle centinaia di siti internet attivi in tutto il mondo che propagandano impunemente sesso a pagamento<sup>72</sup>... Comunque sia, Lord Devlin, un anziano giudice portavoce del conservatorismo giuridico, sostenne a spada tratta la legittimità di questo intervento<sup>73</sup>; il più grande oppositore di questa virata moralistica della giurisprudenza inglese fu il grande filosofo del diritto Herbert Hart, il quale contrastò efficacemente le argomentazioni di Devlin a favore del paternalismo morale. Hart arrivò ad ammettere qualche forma marginale di paternalismo *fisico* (si pensi alla discussa tematica dell'eutanasia), ma negò recisamente ogni legittimità al *pater-*

---

<sup>70</sup> Da Costa Andrade, nella Sentenza n. 641 del 2016: "*Assim, o afastamento da liberdade sexual da área de proteção da norma deixa apenas em campo a prevenção ou repressão do pecado, um exercício de moralismo atávico, com que o direito penal do Estado de Direito da sociedade secularizada e democrática dos nossos dias nada pode ter a ver*".

Come si è visto più sopra (par. 1), fra l'altro, la fattispecie portoghese ritaglia le condotte di favoreggiamento, o lenocinio, con maggiore precisione rispetto a quella italiana, limitandone la rilevanza ai casi in cui il favoreggiatore lo faccia in modo professionale, o con intento di lucro. In tal modo, la fattispecie guadagna qualcosa sul piano dell'offensività. Sotto questo profilo, non è detto che la Corte portoghese avrebbe deciso allo stesso modo di fronte ad una norma come quella italiana.

<sup>71</sup> *Shaw v. DPP*[1962] AC 220.

<sup>72</sup> A dire il vero, anche il web è oggi bersagliato dai più conservatori: si pensi alla legge approvata da Donald Trump nell'aprile 2018 (*Fight Online Sex Trafficking Act*, detto *FOSTA*), che vieta ogni sito internet che facilita la prostituzione. Si preannunciano battaglie legali, visto che sia i sex workers che gli operatori del web, negli USA, si sono schierati frontalmente contro questa legge: *EFF sues to kill FOSTA, calling it "unconstitutional internet censorship law"*. *Sex work law prohibits speech that's protected by First Amendment, lawsuit says*, in [www.arstechnica.com](http://www.arstechnica.com). Se è giusto tutelare i minori, ad es., dalle insidie del web, la legge americana pare andare ingiustificatamente molto più in là.

<sup>73</sup> DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, New York, 1965.

*nalismo morale*<sup>74</sup>.

Del resto, non a caso uno dei punti su cui si sviluppò il dibattito riguardava la repressione penale dell'omosessualità. Devlin sosteneva la legittimità di tale repressione, anche per il “ribrezzo morale” suscitato dall'omosessualità sui benpensanti come lui. Hart ribatteva che il “ribrezzo morale” per una certa condotta non può mai essere un buon motivo per punirla col diritto penale, a meno che questa condotta non cagioni un danno ad altri.

Torniamo ora alle prostitute, quelle “per scelta”. Chi ritiene che svolgano un'attività contraria alla dignità, alla fin fine, non fa che usare parole altisonanti e apparentemente inattaccabili per tacciare di “immoralità” le attività che tali persone svolgono, oltretutto esercitando una loro libertà costituzionalmente garantita. Usa “l'asso di briscola” della dignità, ma in fondo vuole *stigmatizzare moralmente* il lavoro del sex worker come un mestiere turpe, degradante, immorale. Illuminanti in proposito sono le parole del senatore Boggiano Pico, relatore del progetto della legge Merlin ai tempi della sua discussione. Il parlamentare condannava aspramente il sesso come piacere: “prendere la *libido coeundi* come finalità significa ridiscendere alla pura animalità, rinnegando la dignità umana”. Sottolineava poi l'illiceità e l'immoralità del rapporto di prostituzione, dove oltre alla libertà veniva lesa la dignità umana<sup>75</sup>. Ancor più marcatamente eticizzante l'impronta del discorso del deputato Renato Tozzi Condivi alla Camera. L'onorevole democristiano più volte si soffermava sul rispetto della morale nel suo discorso: il progetto di legge segnava “le premesse necessarie per giungere ad una più completa elevazione della morale pubblica”<sup>76</sup>. Tornava poi sulla questione della dignità umana, e, in linea con le prescrizioni cattoliche, invitava all'utilizzo dell'istinto sessuale solo per finalità di procreazione, in quanto ogni deviazione da queste finalità avrebbe portato ad una “degradazione della dignità della persona umana”.

Non si nega a nessuno di giudicare con il proprio metro morale le attività altrui, ma da qui a trasformare un fatto giudicato (anche magari dalla maggio-

<sup>74</sup> HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, California, 1963. Sul dibattito Devlin-Hart rinvio a quanto ho scritto nella voce *Moralità pubblica e buon costume (reati in materia di) (diritto anglo-americano)*, in *Digesto delle Discipline penali*, vol. VIII, 1994, 190 ss.

<sup>75</sup> Il discorso di Boggiano Pico fu pubblicato in GUSTAPANE, *Casa di prostituzione e lenocinio*, Lecce-Galatina, 1959, 223 ss.

<sup>76</sup> Anche il discorso dell'onorevole Tozzi Condivi si trova pubblicato in GUSTAPANE, *Casa di prostituzione*, cit., 257 ss. Va aggiunto che era diffusa all'epoca l'idea che la donna prostituta fosse persona deviante e immorale, ed anche socialmente pericolosa (l'eco della concezione lombrosiana della prostituta come “donna delinquente” non si era probabilmente ancora spento): si veda sul punto, con citazioni dai lavori preparatori della legge del '58, DAMASO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, in *Studi sulla Questione Criminale*, XI, n. 2, 2016, 9-41, ed *ivi* 23.

ranza) immorale in un reato ce ne passa. La separazione fra diritto (penale) e morale, per fortuna, da secoli dovrebbe far parte del bagaglio culturale e anche scientifico di ogni giurista.

Considerando anche che la stigmatizzazione morale delle prostitute (comprese quelle libere), specie se accompagnata dalla penalizzazione delle condotte di chi le aiuta, non fa che emarginare tali soggetti e portarli alla clandestinità nelle mani della criminalità. Non è un caso che, con un lungo ed approfondito documento, Amnesty International si sia schierata nel 2015 a favore dei diritti dei sex workers. Fra l'altro, nel documento si sottolinea che "leggi arbitrariamente ampie che proibiscono aspetti organizzativi del sex work spesso impediscono ai sex workers di lavorare insieme, di prendere in affitto locali sicuri, o di impiegare staff per la loro sicurezza o per un supporto alla loro attività [...]. Proibendo attività che permettono ai sex workers di lavorare in sicurezza, la criminalizzazione nega ai sex workers il loro diritto alla sicurezza della persona"<sup>77</sup>.

Il ricorso alla nozione *passe-partout* di "dignità oggettiva" oscura tutti questi argomenti, di fatto limitando arbitrariamente e autoritariamente la libertà di autodeterminazione di persone che, appunto, andrebbero all'opposto rispettate nelle loro scelte<sup>78</sup>.

La Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi recentemente della questione della dignità nel "caso Cappato", relativo ad un'ipotesi quantomai toccante di aiuto al suicidio. Nella esemplare motivazione dell'Ordinanza, ha mostrato di preferire ad un concetto oggettivo ed impersonale di dignità un *concetto soggettivo e personale* della stessa, facendo riferimento ad esempio al "*proprio concetto di dignità della persona*", o ancora "*alla propria visione della dignità nel morire*"<sup>79</sup>. La Corte ha discusso la spinosa questione dell'aiuto al suicidio, considerando attentamente i valori costituzionali in gioco, senza farsi irretire dall'asso pigliatutto della dignità oggettiva, o da istanze

<sup>77</sup> *Resolution 2.3. International Board - Policy Calling for the Decriminalisation of Sex Work*, 9. Il documento (reperibile sul sito internet di Amnesty International) andrebbe citato più ampiamente, ma anche per ragioni di spazio mi limito a rinviarvi. È stato preceduto da accurate indagini sul campo in vari paesi.

<sup>78</sup> A giudizio di qualche autore, meglio sarebbe ricorrere alla nozione di *dignità sociale*, in base alla quale anche persone che si dedicano alla prostituzione potrebbero goderne, esigendo il rispetto e la non discriminazione, sociale e normativa, anche in ossequio al principio di uguaglianza: in questo senso CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo*, cit., 208-209, che aderisce all'opinione di MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2007, 67-103 ed *ivi* 78 e 103.

<sup>79</sup> Corte cost., n. 207 del 2018, §§ 8 e 9 delle Considerazioni in diritto. Conferma questa lettura della decisione, fra gli altri, CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), spec. par. 8.1.

paternalistiche che avrebbero condotto a negare a d.j. Fabo il diritto a decidere in quale momento e come morire<sup>80</sup>. Una dignità soggettiva che già ad esempio nel difficilissimo caso Englaro, deciso della Cassazione civile nel 2012, aveva portato i giudici a rifiutare ogni forma di paternalismo<sup>81</sup>.

Eppure, in quei casi - che pure riguardavano situazioni sicuramente molto diverse da quelle in gioco in materia di prostituzione<sup>82</sup> - si sarebbe trattato di *paternalismo fisico*, una forma di paternalismo che persino molti giuristi *liberal* (uno per tutti Herbert Hart) entro certi limiti giustificano, in particolare rispetto alla tutela del bene vita. Qui, pur con riferimento non alla morte, non al fine vita, ma al piacere e alla libertà sessuale, ci si trova di fronte a ipotesi in cui, se si vuol proibire al sex worker di offrire servizi sessuali, si deve ricorrere al *paternalismo morale*, che non è altro che una forma - forse la più odiosa - di *moralismo giuridico*. E, per di più, col mezzo del più terribile dei diritti, il diritto penale, che, per il principio di *extrema ratio*, dovrebbe essere impiegato solo per regolare le condizioni minime della vita comune, e per reprimere i fatti più offensivi dei beni giuridici più rilevanti della collettività<sup>83</sup>. Fra l'altro, andando a colpire una condotta come il favoreggiamento, che, nei casi di prostituzione per libera scelta, rappresenta il fatto più innocuo che si possa immaginare, procurando addirittura vantaggi alla prostituta stessa.

Se le argomentazioni fin qui svolte sono sufficientemente convincenti per negare legittimazione all'impiego della dignità oggettiva e del paternalismo morale in materia di prostituzione e dei suoi rapporti col diritto penale, allora si deve concludere, con la quasi unanime dottrina e con la giurisprudenza do-

<sup>80</sup> Ha comunque rinviato di un anno la decisione, affidando al legislatore il compito di approvare una normativa articolata sul tema, in ciò seguendo l'esempio della Corte Suprema canadese, nel caso, *Carter contro Canada*, 2015, CSC 5 (del 6 febbraio 2015). Si noti che la medesima Corte canadese usò lo stesso metodo nel caso *Bedford*, già più volte citato, dando tempo un anno al Parlamento per legiferare in materia di prostituzione.

<sup>81</sup> Cass., Sez. civ. I, 16 ottobre 2007, n. 21748), dove si dà la possibilità di autorizzare l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale di una persona in stato di coma vegetativo irreversibile, quando sia "univocamente accertato, sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni, che questi, se cosciente, non avrebbe prestatato il suo consenso alla continuazione del trattamento". In un passo della motivazione di tale sentenza si parla - relativamente alla persona in coma - della sua personalità e del "suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive" (corsivi aggiunti).

<sup>82</sup> Le questioni di fondo sono comunque fra loro, per certi versi, assimilabili: così MANNA, GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*, in *La parola alla difesa*, a cura di Manna, nn. 3-4, 2018, 219 ss.; MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), che pone vari problemi sul tappeto senza troppo sbilanciarsi.

<sup>83</sup> Si veda in particolare la fondamentale Sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale.

minante fino a pochi mesi fa, che il bene giuridico protetto dai reati di prostituzione è (o deve essere) la *libertà sessuale della persona* che si prostituisce. Nella motivazione della Sentenza n. 14593 del 2018 già citata, si legge che, laddove si partisse dal predetto bene giuridico, si dovrebbe richiedere, ai fini della integrazione dei reati stessi, l'accertamento "che vi sia stata la coartazione della condotta di chi eserciti la prostituzione, dovendo, per converso, escludersi la 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". Una simile conclusione è in effetti sostanzialmente coincidente con quella già proposta nel 1974 da Francesco Palazzo, quando analizzò perspicuamente le fattispecie della legge Merlin, rilevando come «là dove non vi è prostituzione esercitata in uno stato di soggezione, non vi è neppure un fenomeno di prostituzione giuridicamente rilevante»<sup>84</sup>. Se una tale reinterpretazione delle fattispecie della legge - e in particolare del favoreggiamento e del reclutamento (in quanto mera attività di intermediazione) - sia possibile, è questione tutta da risolvere. Ma certamente, se una simile operazione di chirurgia ortopedica della normativa in questione non fosse percorribile (e in difetto di una nuova legge che ridisciplinasse l'intera materia), l'unica soluzione sarebbe quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale del favoreggiamento e del reclutamento, almeno con riferimento alle ipotesi di attività prostitutiva per libera scelta e nei casi di consenso o richiesta all'ausilio da parte del terzo.

L'eliminazione dalla scena penale di siffatte ipotesi di favoreggiamento e reclutamento non creerebbe vuoti incolmabili. La maggior parte delle norme penali della legge Merlin resterebbe operativa, e sarebbe ampiamente sufficiente a reprimere penalmente i fatti realmente degni di punizione. Le prostitute coatte, ingannate, sfruttate, e abusate non correrebbero rischio alcuno di veder impuniti i loro aguzzini, ma nello stesso tempo si rispetterebbe la libertà di autodeterminazione di chi, senza far del male a nessuno, decide liberamente di offrire servizi sessuali a pagamento.

---

<sup>84</sup> Cfr. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 704 ss. Così anche, fra gli altri, MAZZACUVA, *Favoreggiamento e induzione della prostituzione. Limiti e contraddizioni dei paradigmi causali*, cit., 1333 ss.