

**La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale.
Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale ***

di Marta Picchi **
(8 settembre 2019)

Sommario: 1. Premessa. – 2. L’ordinanza di rimessione della Corte d’Appello di Bari. – 3. La posizione della Corte costituzionale. – 3.1. La prostituzione volontaria non partecipa della natura di diritto inviolabile: costituisce soltanto una particolare forma di attività economica. – 3.2. La scelta del legislatore di inibire la possibilità che l’esercizio della prostituzione formi oggetto di attività imprenditoriale. – 3.2.1. Perplessità sul ragionamento della Corte. – 3.3. L’offensività del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione. – 3.3.1. Ombre nella ricostruzione della Corte costituzionale. – 3.4. Determinatezza e tassatività del reato di favoreggiamento. – 3.4.1. Ancora un’argomentazione sommaria da parte della Corte costituzionale. – 4. Alcune riflessioni per concludere.

1. *Premessa.* – Sono trascorsi più di sessant’anni dall’entrata in vigore della l. n. 75/1958 (*Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*), mediante la quale sono state abrogate le norme in tema di autorizzazione delle case di tolleranza e introdotte previsioni finalizzate alla repressione di una pluralità di condotte connesse con la prostituzione. La cosiddetta legge Merlin ha confermato la non punibilità della prostituzione e, aspirando a un mutamento culturale, si è proposta di colpire i terzi che intendono trarre benefici dall’esercizio di questa attività¹. In sostanza, il legislatore ha concepito la prostituta come una vittima necessitante di protezione perché priva della piena capacità di scelta: di conseguenza, per contrastare il fenomeno, è stato scelto di sanzionare penalmente i comportamenti finalizzati all’organizzazione o allo sfruttamento della prostituzione come anche, attraverso formule di chiusura più generiche, il reclutamento e il favoreggiamento. Queste ultime condotte, soprattutto nel tempo, hanno evidenziato la contraddittorietà della disciplina introdotta, dovuta non solo alla difficoltà di definire i contorni delle condotte stesse, ma anche al fatto che queste si riferiscono ad attività di base non illecita².

Alcuni studi criminologici hanno evidenziato come non si possa più parlare di “prostituzione” al singolare poiché il fenomeno è tutt’altro che unitario³: infatti, vi sono differenti categorie di persone che si prostituiscono. Semplificando, quest’attività – che vede coinvolti i differenti generi – è praticata da persone, prevalentemente di genere femminile ed extracomunitario, introdotte in Italia e costrette a prostituirsi con violenze e

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Cfr. A. SIMONE, *La prostituta nata. Lombroso, la sociologia giuridico-penale e la produzione della devianza femminile*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2/2017, p. 383 ss. (spec. 395 ss.). Considerazioni sulla genericità di alcune fattispecie contemplate nella legge Merlin sono state espresse, da subito, da F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale nella lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 452 ss., che non ha mancato di rilevare anche la pessima qualità della disciplina da un punto di vista sistematico, formale e sostanziale.

2 Cfr. F. MAZZACUVA, *Favoreggiamento e induzione della prostituzione: limiti e contraddizioni dei paradigmi causali*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2018, p. 1328 ss.

3 Cfr. I. MERZAGORA, G. TRAVAINI, *Prostituzioni*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014, p. 37 ss. In tal senso, si era già espresso F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *Giust. pen.*, 7/2013, p. 473 ss. Sul tema, si veda anche il contributo di P. DEGANI, L. PERINI, *The Italian Public Policies Frame on Prostitution and the Practical Overlapping with Trafficking: an Inevitable Condition?*, in *PHRG*, 1/2019, p. 35 ss.

minacce nei loro confronti o verso i loro cari rimasti solitamente nei Paesi di origine. Accanto a questa prostituzione imposta in maniera coattiva, vi è quella necessitata, di coloro cioè che per estremo bisogno o per altri motivi (ad esempio, la tossicodipendenza) vendono il proprio corpo. Vi sono poi le/gli *escort* (anche se il termine viene solitamente declinato al femminile): accompagnatrici/tori di persone ricche e richiedenti compagnia, che decidono in maniera volontaria di concedere favori sessuali a pagamento scegliendo il/la cliente.

Nel caso della prostituzione coattiva o per necessità è chiaro che vi sono delle vittime che hanno bisogno di protezione nei confronti di coloro che sfruttano la loro situazione traendone profitto. Per quanto riguarda la prostituzione realmente volontaria, invece, il termine vittima non è appropriato perché si tratta di una libera scelta di vita. Solitamente le *escort* frequentano persone benestanti e non sono affiancate da sfruttatori poiché svolgono la loro attività per lo più in piena autonomia sebbene, talvolta, vi possa essere l'ausilio di mediatori, cioè di reclutatori o favoreggiatori che agevolano il contatto con il cliente o la stessa attività. In altre parole, si tratta di un'attività economica e coloro che la agevolano non intendono recare un danno a nessuno, di sicuro non a chi esercita volontariamente quel mestiere⁴. Tuttavia, come è stato osservato⁵, la disciplina vigente, punendo l'altrui condotta collaborativa, spinge la persona dedita alla prostituzione a una condizione di solitudine professionale e soprattutto esistenziale anche in caso di prostituzione come scelta libero-professionale.

Ecco perché, a maggior ragione in quest'ultimo caso, sorge l'interrogativo – che la Corte costituzionale ha dovuto affrontare nella pronuncia in commento – se la rilevanza penale delle condotte dei reclutatori e favoreggiatori sia compatibile con i principi espressi in Costituzione. La soluzione del quesito richiede, anzitutto, l'individuazione del bene giuridico protetto dalle fattispecie penali. Dopodiché, occorre verificare il rispetto dei principi di offensività e legalità, nell'accezione di tassatività e determinatezza della fattispecie astratta. Questo contributo si propone di analizzare le risposte date dalla Corte costituzionale evidenziando le lacune e le incongruenze delle motivazioni e, di conseguenza, gli interrogativi e i problemi che rimangono aperti, ai quali dovranno ovviare i giudici comuni nell'immediato e il legislatore *de iure condendo*.

2. *L'ordinanza di rimessione della Corte d'Appello di Bari*. – La questione di costituzionalità rimessa⁶ alla Corte costituzionale aveva ad oggetto l'art. 3, comma 1, n. 4)

4 Cfr. A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *DPC*, 3/2018, p. 153 ss. (spec. 157 ss.). In passato, F.C. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 704 ss., già aveva sostenuto la necessità di circoscrivere le logiche di vittimizzazione soltanto ad alcune tipologie di prostitute dovendo riconoscere, negli altri casi, la libera autodeterminazione quale espressione della libertà sessuale.

5 Cfr. F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 473 ss.

6 Corte d'Appello di Bari, sez. pen. III, ord. del 6 febbraio 2018. Al riguardo, si veda N. MADIA, *Legge Merlin e fenomeno delle Escort: un binomio al vaglio di costituzionalità*, in *Dir. comp.*, 22 febbraio 2018. L'ordinanza di rimessione è stata criticata da C.P. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata «protetta» dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Oss. AIC*, 4/2019, p. 175 ss. (spec. 178 ss.). S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, in D. DANNA, S. NICCOLAI, L. TAVERNINI, G. VILLA, *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, Milano, VandA.ePublishing, 2019, pos. 1122 ss., ha di recente analizzato i contenuti della legge Merlin evidenziando come, solitamente, ne venga compiuta una lettura (anche dei comportamenti di intermediazione della prostituzione) che non corrisponde alla cornice costituzionale e neppure alla sua stessa *ratio*: la disciplina è volta a proteggere la prostituta dal biasimo per l'attività che svolge affermandone la pari dignità sociale e, dunque, persegue non già la libertà di prostituirsi bensì «la libertà dalla prostituzione» (pos. 1662).

prima parte e n. 8), della l. n. 75/1958, nella parte in cui configura come illeciti penali il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25, comma 2, 27 e 41 della Costituzione.

I giudici baresi hanno sostenuto che la prostituzione sarebbe un'espressione della libertà sessuale tutelata dalla Costituzione: il diritto di disporre della sessualità, ossia di erogare prestazioni sessuali a fronte di un corrispettivo, sarebbe costituzionalmente garantito secondo quanto affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁷. In particolare, la Corte d'Appello ha richiamato la sentenza n. 561/1987, nella quale la Corte costituzionale ha affermato come la sessualità sia «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»: perciò, «il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le situazioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire»⁸.

Di conseguenza, secondo il giudice rimettente, punire chi svolge un'attività d'intermediazione tra prostituta e cliente o di favoreggiamento della prostituzione equivale a compromettere l'esercizio della libertà sessuale e della libertà d'iniziativa economica della prostituta, colpendo condotte di terzi non lesive di alcun bene giuridico⁹. Inoltre, la Corte d'Appello ha ritenuto che non sarebbe ipotizzabile neppure l'offesa alla moralità pubblica e al buon costume perché la tutela di questi valori, nella misura in cui comporta l'inibizione penale delle condotte di reclutamento delle *escort*, determina l'espansione attuativa della presupposta libertà autodeterminativa sessuale offendendo il carattere inviolabile del relativo diritto¹⁰.

Perciò, secondo il giudice *a quo*, le condotte oggetto d'esame sarebbero prive di penale offensività: difatti, la condotta reclutativa e quella favoreggiatrice non arrecherebbero alcuna lesione alla libertà autodeterminativa, ma addirittura ne costituirebbero un ausilio facilitandone la piena attuazione e arrecando vantaggi ai soggetti che ne sono destinatari. In altre parole, le condotte che non condizionano la volontà della prostituta al libero esercizio della prostituzione sarebbero prive di penale offensività mentre, laddove vi sia un condizionamento, nel senso di determinazione o rafforzamento dell'intendimento prostitutivo, si ricadrà nella fattispecie dell'induzione alla prostituzione¹¹.

Relativamente alla lesione dei principi di determinatezza e tassatività, la Corte d'Appello ha riferito i propri dubbi non già alla fattispecie del reclutamento, suscettibile di una forma di attualizzazione interpretativa¹², quanto all'ipotesi del favoreggiamento perché si tratterebbe per definizione di un reato a forma libera, volto a punire chiunque in qualsiasi modo favorisca la prostituzione altrui. Pertanto, il problema della costituzionalità si porrebbe non tanto riguardo alla descrittività della condotta costitutiva del «favorire la prostituzione altrui», quanto alla correlazione di tale generica condotta con un'accentuata indeterminatezza dovuta all'utilizzo dell'espressione «in qualunque modo», cosicché la sanzione penale finirebbe col non conoscere limiti al suo spazio operativo¹³.

7 Ord. 6 febbraio 2018, § 7, p. 11.

8 Corte cost., sent. n. 561/1987, cons. dir. p.to 2. A questo proposito, si veda L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2113 ss.

9 Ord. 6 febbraio 2018, § 7, p. 12 e § 10, p. 16 ss.

10 Ord. 6 febbraio 2018, § 8, p. 13 ss.

11 Ord. 6 febbraio 2018, § 9, p. 15 ss., e § 11, p. 20 ss. (spec. p. 22).

12 Ord. 6 febbraio 2018, § 13, p. 24.

13 Ord. 6 febbraio 2018, § 13, p. 25.

Secondo i giudici baresi, non sarebbe possibile delimitare concettualmente il favoreggiamento della prostituzione neppure utilizzando la distinzione fra favoreggiamento della prostituta e favoreggiamento della prostituzione, poiché sarebbe concettualmente impossibile che una qualsiasi forma di agevolazione alla prostituta non si risolva anche in conseguenze positive per l'attività di prostituzione dalla medesima praticata¹⁴. Inoltre, questa opzione interpretativa produrrebbe un'inaccettabile violazione del principio di uguaglianza poiché condotte di pacifica idoneità ausiliativa verrebbero arbitrariamente sottratte alla sanzione penale, diversamente da altre di pari efficacia¹⁵.

3. *La posizione della Corte costituzionale.* – La Corte, prima di affrontare nel merito le questioni sollevate, definisce il fenomeno oggetto del suo giudizio per poi compiere un *excursus* storico-comparatistico sul tema¹⁶.

Anzitutto, la Corte precisa che con l'espressione "prostituzione" si deve intendere l'effettuazione di prestazioni sessuali dietro corrispettivo, solitamente in modo abituale e senza una previa limitazione a specifici *partner* ed osserva che – al di fuori dei casi di prostituzione "forzata" o della tratta a fini di sfruttamento sessuale, per i quali è evidente l'esigenza di tutela della persona e, di conseguenza, anche la necessità dell'intervento punitivo – la prostituzione volontaria può essere oggetto di differenti strategie normative da parte del legislatore¹⁷.

Per quanto riguarda l'evoluzione della normativa italiana, la Corte richiama la precedente disciplina delle *maisons de tolérance* costruita sull'idea di fondo che la prostituzione è un fenomeno ineliminabile ma suscettibile e meritevole di essere regolato ai fini della tutela dell'ordine pubblico e della salute. Tuttavia, con il tempo, siffatto regime si è dimostrato incapace di tutelare le donne dedite a questa attività perché la disciplina ha finito coll'emarginare queste persone e soprattutto col favorire forme di sfruttamento e di sottomissione ai tenutari delle case di tolleranza¹⁸.

L'adeguamento ai principi abolizionisti è avvenuto, appunto, con la l. n. 75/1958 che ha mutato radicalmente la prospettiva rispetto al modello precedente. Aldilà delle motivazioni di ordine etico e morale, la tesi di fondo è che la scelta di esercitare la prostituzione trovi normalmente la sua matrice in una condizione di vulnerabilità legata a cause individuali e sociali: la persona che vende prestazioni sessuali è potenzialmente una vittima e l'aggressore è la società nel suo complesso. Da qui nasce la necessità che lo Stato si astenga dal rendersi complice di questo fenomeno e, al tempo stesso, occorre anche che si adoperi per salvaguardare la dignità umana.

Il legislatore ha così vietato l'esercizio delle case di prostituzione disponendo la

14 Ord. 6 febbraio 2018, § 12, p. 23 ss., e § 13, p. 25 ss. La distinzione, ai fini della punibilità, tra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta è emersa nella giurisprudenza di legittimità (richiamata dalla stessa Corte costituzionale), sebbene parte della dottrina l'abbia criticata e ritenuta priva di un solido fondamento: F. MAZZACUVA, *Favoreggiamento e induzione della prostituzione*, cit., p. 1328 ss. Invece, F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 479 ss., parla di intuizione felice della giurisprudenza che, però, non avrebbe saputo trarre le dovute conseguenze. A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Arch. pen.*, 3/2013, p. 1 ss., e A. 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.*, 1/2018, p. 326 ss., danno conto degli orientamenti ondivaghi della Corte di cassazione, talvolta caratterizzati da inflessibilità e, in altri casi, dalla volontà di mitigare gli effetti della disciplina anche in ragione della pessima tecnica legislativa che la contraddistingue.

15 Ord. 6 febbraio 2018, § 13, p. 26.

16 Per una ricognizione delle politiche sulla prostituzione, si veda D. DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, in *Né sesso né lavoro*, cit., pos. 229 ss.

chiusura di quelle esistenti e prevedendo misure di rieducazione e reinserimento sociale per le donne uscite dalle “case chiuse”. Inoltre, ha fatto divieto di qualsiasi forma di registrazione delle donne che esercitano la prostituzione, escludendo che queste possano essere obbligate a presentarsi periodicamente alle autorità di pubblica sicurezza o alle autorità sanitarie. Dal punto di vista penalistico, rimane ferma la non punibilità del soggetto che si prostituisce e del cliente che fruisce della prestazione sessuale, a meno che non si tratti di prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.)¹⁹, mentre sono sanzionate tutte le condotte parallele al fenomeno, di modo che la prostituzione è considerata un’attività attorno alla quale viene fatta «“terra bruciata” [...], vietando, sotto minaccia di sanzione penale, qualsiasi interazione di terzi con essa, sia sul piano materiale (in termini di promozione, agevolazione o sfruttamento), sia sul piano morale (in termini di induzione)»²⁰.

La Corte osserva come nella lista dei comportamenti incriminati figurino anche il reclutamento e favoreggiamento, oggetto dei quesiti di costituzionalità, e ne spiega i

17 La Corte distingue le due visioni alternative alla base delle soluzioni normative: considerare la prostituzione una scelta attinente all’autodeterminazione in materia sessuale della persona che dà luogo a un’attività economica legale (modello regolamentarista) oppure un fenomeno da contrastare, anche penalmente, in ragione delle sue ricadute negative sul piano individuale e sociale. Nell’ambito di questa seconda prospettiva, le relative discipline di sfavore sono variamente calibrate: il cosiddetto modello proibizionista punisce le due parti (prostituta e cliente) del mercimonio sessuale; quello neo-proibizionista punisce il solo cliente; il modello abolizionista, invece, persegue soltanto le condotte parallele alla prostituzione e, quindi, i comportamenti dei terzi che inducano la persona a esercitare tale attività, la favoriscano o ne traggano utili (cfr. cons. dir. p.to 4.1). Dopodiché, il Giudice costituzionale fornisce delle indicazioni in merito alle più recenti tendenze nel panorama europeo (cfr. cons. dir. p.to 4.4) che muovono dalle criticità manifestate dal modello abolizionista rispetto agli obiettivi prefissati: ossia, per un verso, la mancata flessione del fenomeno e, per un altro verso, il fatto di aver perpetuato la condizione di debolezza sociale della persona che si prostituisce esponendola a maggiori rischi sul piano dell’incolumità personale e della salute. Le soluzioni prospettate muovono in due direzioni contrapposte: da un lato, la prostituzione volontaria è intesa come un’attività economica lecita a tutti gli effetti e, quindi, il legislatore dovrebbe rivolgere la propria attenzione a limitare le conseguenze negative che la vendita di prestazioni sessuali può comportare; dall’altro lato e in senso opposto, si ritiene di dover fare di più per tutelare la persona che si prostituisce, vista la condizione di vulnerabilità rispetto alla condotta vessatoria degli altri soggetti, compreso il cliente. Nell’ambito di questo secondo filone rientrano le recenti politiche neo-proibizioniste che hanno ricevuto appoggio anche da parte delle istituzioni dell’Unione europea. In particolare, la Corte richiama la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, concernente *la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, la quale invita gli Stati membri a impegnarsi per scoraggiare la domanda che è alla base del traffico di esseri umani, valutando anche la possibilità di prevedere come reato l’utilizzo dei servizi che sono oggetto di sfruttamento nel caso in cui l’agente sia a conoscenza del fatto che la persona è vittima di tratta. Richiama altresì la risoluzione del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014 su *sfruttamento sessuale e prostituzione, e sulle loro conseguenze per la parità di genere (2013/2103(INI))*, nella quale viene vista con favore anche la soluzione più radicale di punire il cliente in ogni caso. Inoltre, la Corte, in una prospettiva comparatistica, osserva come sia le soluzioni legislative ispirate al modello abolizionista sia quelle ispirate al modello neo-proibizionista nella versione più radicale siano state ritenute costituzionalmente compatibili – rispettivamente dal Tribunale costituzionale del Portogallo e dal Consiglio costituzionale francese – in relazione a censure paragonabili a quelle sottoposte alla propria attenzione (cfr. cons. dir. p.to 4.5).

18 Cfr. cons. dir. p.to 4.2.

19 Tale previsione è stata inserita nel codice penale dall’art. 2, comma 1, della l. 3 agosto 1998, n. 269, è stata modificata dall’art. 1, comma 1, della l. 6 febbraio 2006, n. 38 e ha assunto la configurazione attuale per effetto dell’art. 4 della l. 1 ottobre 2012.

20 Cons. dir. p.to 4.3. La Corte riprende un’espressione e le considerazioni di F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 476, non tenendo però conto dell’ulteriore riflessione dell’Autore, secondo la quale l’incriminazione di tutte le attività serventi rispetto all’atto prostitutivo implica che sia lo stesso legislatore a «spargere intorno alla persona che si prostituisce un alone emarginante di disdoro e di implicita disapprovazione paternalistica» determinandone l’isolamento.

contenuti – quasi a voler anticipare l'esito del giudizio – ricorrendo all'ausilio della giurisprudenza di legittimità. Secondo la Corte, per reclutamento deve intendersi l'ingaggio per l'esercizio della prostituzione, indipendentemente dal fatto che la persona interessata sia o meno già dedita a tale attività: per l'integrazione del reato occorre che l'agente si attivi al fine di collocare la persona nella disponibilità del soggetto che intende trarre vantaggio dall'attività di meretricio e, quindi, è sufficiente un'attività di ricerca della persona da ingaggiare e di persuasione della medesima, rappresentando i vantaggi realizzabili recandosi in un determinato luogo e rimanendovi per un certo tempo allo scopo di soddisfare le richieste di prestazioni sessuali dei clienti. Il favoreggiamento, invece, è una fattispecie residuale e di chiusura, finalizzata a reprimere tutti quei comportamenti atti a creare condizioni favorevoli per l'esercizio della prostituzione che sarebbero potuti sfuggire altrimenti all'incriminazione in ragione della casistica utilizzata per descrivere le altre fattispecie di reato. La lata formulazione consentirebbe, così, di reprimere le più svariate attività che valgono a rendere più facile, comodo, sicuro o lucroso l'esercizio della prostituzione altrui.

Sulla base di queste premesse, la Corte passa ad esaminare le censure mosse dal giudice *a quo*.

3.1. *La prostituzione volontaria non partecipa della natura di diritto inviolabile: costituisce soltanto una particolare forma di attività economica.* – La Corte esclude che la scelta libera e volontaria di prostituirsi rappresenti una modalità di espressione della libertà di autodeterminazione sessuale, qualificabile come diritto inviolabile della persona umana, ex art. 2 della Costituzione. Detta previsione costituzionale, da leggere congiuntamente all'art. 3, comma 2, Cost., collega i diritti inviolabili al valore della persona e al principio di solidarietà. Ciò significa che i diritti di libertà sono riconosciuti dalla Costituzione in relazione alla tutela e allo sviluppo del valore della persona: valore che fa riferimento non all'individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita all'interno di relazioni sociali.

La Corte conferma che fra i diritti inviolabili evocati dall'art. 2 Cost. rientra anche la libertà sessuale e, dunque, ciascun individuo può fare libero uso della sessualità come mezzo di esplicazione della propria personalità nel limite del rispetto dei diritti e delle libertà altrui. Tuttavia, poiché è il collegamento con lo sviluppo della persona a qualificare la garanzia offerta dall'art. 2 Cost., alla prostituzione volontaria non può essere riconosciuta la natura di diritto inviolabile. «L'offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma costituisce [...] una particolare forma di attività economica»²¹: la sessualità dell'individuo diviene un mezzo per conseguire un profitto e si ha, perciò, una prestazione di servizio inserita nel quadro di uno scambio sinallagmatico. Infatti, la prostituzione è stata qualificata, sia dalla Corte di giustizia²² sia dalla Corte di cassazione²³, come prestazione di servizi retribuita, rientrante nel novero delle attività economiche svolte in qualità di lavoro

21 Cons. dir. p.to 5.2.

22 Cfr. Corte di giustizia, sent. 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Jany e altri*. In particolare, in questa occasione, la Corte ha qualificato la prostituzione come attività economica svolta in qualità di lavoratore autonomo solo allo scopo di escludere che l'esercizio di tale attività possa essere considerato un comportamento tale da legittimare restrizioni all'accesso o al soggiorno, nel territorio di uno Stato membro, di un cittadino di altro Stato membro, qualora il primo Stato non abbia adottato misure repressive per il caso in cui il medesimo comportamento sia posto in essere da un proprio cittadino. Secondo M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2/2002, p. 398 ss., la soluzione della Corte di giustizia è da imputare al fatto che, all'epoca, la dignità della persona non era un parametro presente nel diritto comunitario anche perché la Carta dei diritti non aveva ancora la valenza e la forza di vera e propria fonte del diritto dell'Unione.

autonomo; né cambierebbe la sostanza delle cose il fatto che vi siano persone che considerano personalmente gratificante esercitare la prostituzione. Infatti, la Corte ritiene che la libertà sessuale sia un diritto inviolabile solo se ha per contenuto l'esplicazione positiva di un proprio desiderio o la protezione negativa rispetto a una coazione esterna: perciò, il richiamo alla sentenza n. 561/1987 non è reputato pertinente e, di conseguenza, l'art. 2 Cost. è valutato un parametro non conferente rispetto all'intromissione di terzi nell'esercizio di questa attività²⁴. Altrimenti, osserva la Corte, l'esercizio della prostituzione dovrebbe essere non solo non ostacolato, ma addirittura agevolato dalla Repubblica.

In sostanza, la Corte costituzionale adotta una prospettiva opposta a quella del giudice *a quo* ritenendo che la prostituzione non possa essere intesa come una modalità autoaffermativa della persona umana perché la scelta compiuta non concorrerebbe a un ampliamento del fascio di opportunità della persona coinvolta che verrebbe relegata, al contrario, a una condizione di marginalità²⁵.

3.2. La scelta del legislatore di inibire la possibilità che l'esercizio della prostituzione formi oggetto di attività imprenditoriale. – Viceversa, la Corte ritiene pertinente il richiamo all'art. 41 Cost., sebbene poi concluda per l'infondatezza della questione. La Corte focalizza la propria attenzione proprio su questo parametro dandovi un maggior risalto anche rispetto ai principi di offensività e legalità che, invece, sono affrontati in maniera meno attenta, apparentemente come se le considerazioni in merito fossero tutte scontate perché da collocare nel solco di una giurisprudenza oramai consolidata.

La libertà d'iniziativa economica è tutelata purché non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti, quali l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana: le limitazioni poste dalla disciplina vigente alle possibilità di sviluppo dell'attività di prostituzione rispondono proprio a detti obiettivi, ossia alla tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana. Secondo la Corte, anche la prostituzione non forzata sarebbe indotta, nella larghissima maggioranza dei casi, da fattori – di natura economica, ma anche dovuti a disagi sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso la decisione di offrire prestazioni sessuali dietro corrispettivo – che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo il ventaglio delle sue opzioni esistenziali.

La Corte giustifica così la scelta del legislatore italiano di inibire, attraverso le norme oggetto di impugnazione, la possibilità che l'esercizio della prostituzione formi oggetto di attività imprenditoriale per superare l'obiezione secondo la quale dette previsioni finiscono col vietare ogni cooperazione anche con quelle persone che si prostituiscono volontariamente.

Difatti, la Corte ritiene che la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono non è netta ma fluida e, dunque, difficilmente traducibile, normativamente parlando, in formule astratte e di problematica verifica in sede di accertamento nel giudizio penale. Inoltre, anche nel caso in cui la scelta iniziale sia stata realmente libera, rimane l'esigenza di tutelare le persone che si prostituiscono, in considerazione dei pericoli cui esse si espongono nell'esercizio della loro attività: ad esempio, la difficoltà di uscire volontariamente dagli ambienti frequentati poiché possono divenire oggetto di indebite pressioni e ricatti, oppure i rischi per l'integrità fisica e la salute

23 Cfr. Corte cass., sez. V, sentenze 4 novembre 2016, n. 22413, 27 luglio 2016, n. 15596, 13 maggio 2011, n. 10578, e 1° ottobre 2010, n. 20528.

24 Cfr. cons. dir. p.to 5.2.

25 Cfr. A. DI MARTINO, *È sfruttamento economico e non autodeterminazione sessuale: la Consulta salva la legge Merlin*, in *Dir. comp.*, 20 giugno 2019.

cui vanno incontro nel momento in cui si trovano isolate e a contatto con il cliente. A ciò si aggiunga, sempre secondo la Corte, che la dignità umana, nella cornice della previsione dell'art. 41 Cost., deve essere intesa in senso oggettivo²⁶, «non si tratta, di certo, della “dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore» poiché è «il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente»²⁷.

La Corte – richiamando anche la giurisprudenza del Tribunale costituzionale portoghese – spiega che non è neppure ravvisabile una contraddizione nel fatto che la condotta della prostituta non sia punibile a differenza dei terzi che interagiscono con la prostituzione altrui perché è nella prima che il legislatore ravvisa il soggetto debole da dover tutelare. Del resto, vi sono altri esempi nel nostro ordinamento in cui è riscontrabile una dissociazione di trattamento verso chi pone in essere una condotta-base e chi, invece, l'agevola: basti pensare al consumatore di sostanze stupefacenti, immune da pena, e il fornitore della sostanza che, invece, incorrerà in severe sanzioni penali.

26 La Corte rigetta, perciò, la tesi degli imputati secondo la quale il diritto penale, oggi, potrebbe tutelare la dignità solo in senso soggettivo. La soluzione è condivisa da A. DI MARTINO, *È sfruttamento economico*, cit., la quale osserva come, nelle democrazie pluraliste, occorre pur sempre individuare «un fondamento di etica condivisa, eventualmente raggiunta “per sovrapposizione”» per ovviare «alla secca alternativa tra stato etico e relativismo indifferente ai valori». L'Autrice osserva che la Corte, opportunamente, avrebbe potuto leggere l'art. 41, comma 2, assieme all'art. 3 Cost., evidenziando la dimensione sociale del principio di dignità, alla quale si ispira la stessa legge Merlin, per arginare così i timori di quanti ritengono che il limite della dignità oggettiva possa essere strumento per introdurre visioni morali maggioritarie. Di diverso avviso è A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum quad. cost. – Rass.*, 6/2019, che accusa la Corte costituzionale di paternalismo penale e di spinta moraleggiante.

27 Cons. dir. p.to 6.1. In dottrina, vi sono posizioni ben differenti. Una parte ritiene che la dignità tutelata dalle fattispecie di reato contemplate nella legge Merlin sia quella oggettiva poiché «chi vende sesso si degrada»: così si esprime M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, cit., secondo il quale non vi sarebbe perciò alcuna libertà da tutelare ma, accanto alla dignità di esseri umani che sono usati come oggetti, vi sarebbero gli interessi della collettività e, cioè, la tutela della salute e della morale. Secondo G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2002, p. 840 ss., l'attribuzione di una valenza oggettiva alla dignità implica il fatto che debba essere considerata un valore inderogabile e indisponibile anche da parte dell'individuo che ne è portatore: la dignità non sarebbe un bene del singolo individuo ma un *droit de l'humanité*. Di conseguenza, il consenso prestato liberamente da una persona che esercitata la prostituzione si rifletterebbe negativamente su tutte le persone che la esercitano in maniera non volontaria e su tutto il genere umano: in altri termini, ciascun soggetto avrebbe non solo il diritto ma anche il dovere verso la collettività di rispettare la propria dignità. Questa soluzione è criticata da G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in U. BRECCIA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, PLUS, 2007, p. 226 ss., perché una siffatta ricostruzione sarebbe in contrasto con lo stesso principio di laicità dello Stato: secondo l'Autore, lo strumento penale costituisce l'*extrema ratio* alla quale ricorrere per assicurare le condizioni minime del vivere democratico e, di conseguenza, in uno Stato pluralista non sarebbe ammissibile un uso della sanzione penale strumentale alla realizzazione di fini etici o trascendenti: la prostituzione, quando sia libera e volontaria, avrebbe un fondamento costituzionale nella libertà sessuale. Dello stesso avviso è A. MANNA, *La legge Merlin*, cit., p. 11. Il diritto penale, secondo G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2/2008, p. 379 ss., può tutelare la dignità sotto un profilo non oggettivo ma soltanto soggettivo poiché la dignità dell'individuo non può mai essere protetta coercitivamente contro la volontà del medesimo, altrimenti vi sarebbe una contraddizione insanabile con il principio di autodeterminazione: anzi, sul piano giuridico, vi sarebbe il diritto a vivere una vita poco dignitosa, se ciò rappresenta l'esito di una scelta assolutamente volontaria. Nello stesso senso è anche F.P. LASALVIA, *“Liberò sì, ma non a pagamento”*. *Legge Merlin, sesso e diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1/2019, p. 13. Di conseguenza, non potrebbero essere puniti neppure il favoreggiamento o il reclutamento della prostituzione quando chi esercita quest'ultima attività lo fa in maniera realmente libera e volontaria: cfr. A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi*, cit., p. 153 ss.

La Corte – a sostegno del fatto che l’offerta di sesso a pagamento non può essere concepita quale espressione di un diritto costituzionalmente tutelato – sottolinea come il patto avente ad oggetto lo scambio tra prestazioni sessuali e utilità economica sia considerato tradizionalmente un contratto nullo per illiceità della causa in quanto contrario ai *boni mores* determinando, quale unico effetto giuridicamente rilevante, la *soluti retentio*: la persona che si prostituisce ha cioè diritto a trattenere le somme ricevute dal cliente anche se, di contro, non può agire giudizialmente nel caso di mancato pagamento spontaneo²⁸.

3.2.1. *Perplessità sul ragionamento della Corte.* – La semplificazione operata dal Giudice costituzionale e cioè la sostanziale negazione che vi possa comunque essere una prostituzione totalmente libera e volontaria è dettata da complesse ragioni. Infatti, l’ammissione di questa possibilità avrebbe reso più difficile la motivazione con la quale salvare interamente l’impianto normativo introdotto nel 1958: la Corte ha voluto evitare, vista la delicatezza del tema, una pronuncia di accoglimento che avrebbe potuto consentire aperture verso una liberalizzazione priva di regolamentazione²⁹.

Tuttavia, attraverso questa approssimazione, la Corte mostra una certa debolezza perché, per supportare la propria ricostruzione, dipinge l’intero fenomeno della prostituzione con tinte fosche, sebbene vi siano nuove forme che sfuggono al controllo della criminalità e che seguono nuovi strumenti di intermediazione, in particolare a mezzo *web*, nonché prostitute che lavorano in contesti diversi dalla “strada” e che si rivolgono a fruitori “selezionati”³⁰.

Ecco perché la Corte, per rafforzare le proprie argomentazioni, invoca la condizione di vulnerabilità delle persone che si prostituiscono³¹: fra l’altro, tale condizione è intesa in un’accezione particolarmente ampia poiché può derivare da qualsiasi esperienza, anche recondita, che possa comunque aver avuto un’influenza negativa nelle scelte dell’individuo, tanto che la Corte ritiene arduo distinguere o individuare casi in cui la scelta di esercitare la prostituzione sia effettivamente volontaria e libera da qualsiasi condizionamento.

28 Inoltre, sempre secondo la Corte, la circostanza che la giurisprudenza di legittimità consideri ormai tassabili i proventi della prostituzione non sarebbe significativa poiché, al momento, l’ordinamento tributario assoggetta, in via generale, a imposizione anche i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, amministrativo o penale, quando non siano sottoposti a sequestro o confisca penale. In altri termini, non vi sarebbero contraddizioni fra l’assoggettamento a imposta dei proventi dell’attività in questione e il fatto che la legge adotti misure indirette di natura penale, per arginarne lo sviluppo, andando a colpire i terzi che vi cooperano.

29 Cfr. S. BERNARDI, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l’esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?*, in *DPC*, 8 luglio 2019.

30 Cfr. A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento*, cit., p. 4 ss., che richiama una ricerca sul tema del Codacons del 23 gennaio 2018. Al riguardo, si veda anche di R. TATAFIORE, *Sesso al lavoro. La prostituzione al tempo della crisi*, Milano, il Saggiatore, 2012, e *Uomini di piacere e donne che li comprano*, Milano, Frontiera, 1998.

31 Il ragionamento della Corte è criticato in dottrina (cfr. A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi*, cit., p. 219 ss.) perché l’attività esercitata dalle prostitute non è molto differente da quella svolta da attrici o attori di film pornografici: i rischi legati alla vulnerabilità dei diritti fondamentali di questi ultimi e i danni prodotti alle persone coinvolte, sotto il profilo della dignità ma anche della salute, non sono minori rispetto a quelli che discendono dalla prostituzione. Nondimeno, i produttori, i registi e tutti gli operatori che concorrono alla realizzazione della pellicola pornografica (purché gli attori siano consenzienti e pienamente capaci) non corrono il rischio di essere incriminati per induzione, reclutamento o favoreggiamento della prostituzione, sebbene i loro vantaggi economici siano spesso anche cospicui.

3.3. *L'offensività del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione.* – La Corte ricorda come, per costante giurisprudenza, l'individuazione dei fatti punibili e la determinazione delle pene rientrano nella discrezionalità del legislatore poiché i relativi apprezzamenti hanno natura tipicamente politica: di conseguenza, le scelte legislative in materia sono censurabili solo ove si presentino come manifestamente irragionevoli o arbitrarie. Queste considerazioni valgono, a maggior ragione, per la prostituzione poiché è un fenomeno che è suscettibile di differenti valutazioni e strategie di intervento.

La Corte, per quanto concerne la limitazione della discrezionalità del legislatore in ragione dell'esigenza di rispettare il principio di offensività³², ricorda di avere avuto già modo di precisare come detto principio rilevi su due piani distinti³³. Anzitutto, il legislatore è tenuto a limitare la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, presentino un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione (cd offensività in astratto). In secondo luogo, il principio di offensività rileva come criterio interpretativo-applicativo per il giudice comune che, nella verifica della riconducibilità della singola fattispecie concreta al paradigma punitivo astratto, deve evitare che ricadano in quest'ultimo comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva (cd offensività in concreto). Inoltre, sottolinea la Corte, il principio di offensività in astratto non impone che l'unico modo di intervento costituzionalmente legittimo sia quello del reato di danno, potendo il legislatore, nella sua discrezionalità, optare per forme di tutela anticipata, ad esempio attraverso ipotesi di reato di pericolo presunto.

Il Giudice costituzionale – guardando all'evoluzione della giurisprudenza di legittimità – osserva come vi siano state delle oscillazioni nell'individuazione del bene giuridico protetto dalla cosiddetta legge Merlin. Inizialmente, si è fatto riferimento al buon costume e alla moralità pubblica³⁴; dal 2004, è stata invocata la salvaguardia della dignità e della libertà di determinazione della persona che si prostituisce; negli ultimi anni, invece, la tutela si è focalizzata solamente «sulla dignità della persona esplicita attraverso lo svolgimento dell'attività sessuale, che non potrebbe costituire materia di contrattazioni»³⁵.

Quest'ultimo approdo è però criticato dalle parti costituite perché maschererebbe una riesumazione della vecchia prospettiva della tutela della morale dominante: difatti, tale valore sarebbe insuscettibile di assurgere a oggetto della tutela penale perché vi osterebbe il principio di laicità dello Stato, che impedirebbe di assoggettare a pena determinate condotte solo perché considerate eticamente scorrette dai più.

La Corte, però, non intende affrontare questo tema e, quindi, non chiarisce quale sia il bene protetto dalle due fattispecie di reato ritenendo, invece, che la soluzione sia da rintracciare nel fatto che le norme oggetto di impugnazione si conciliano con il principio di offensività in astratto se considerate nell'ottica della protezione dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta.

32 V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *DPC*, 1/2012, p. 99 ss., ha evidenziato come siano scarsi i casi in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di una qualche norma per violazione del principio di offensività e, comunque, quando ha utilizzato tale principio, ha di solito associato un parametro più consolidato come quello di ragionevolezza o di legalità oppure la funzione rieducativa della pena.

33 Cfr. cons. dir. p.to 7.1.

34 Secondo M. BERTOLINO, *L. 20 febbraio 1958, n. 75*, in G. FORTI, S. SEMINARA, G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, Cedam, 2017, p. 1745, per quanto attiene al profilo sessuale, l'oggetto specifico della tutela penale dovrebbe ancora essere identificato nella garanzia della moralità pubblica e del buon costume contro il fenomeno socialmente dannoso della prostituzione.

35 Cons. dir. p.to 7.2.

Precisa subito, però, che questo non significa che l'incriminazione delle condotte parallele alla prostituzione rappresenti una soluzione costituzionalmente imposta e che il legislatore non possa, nella sua discrezionalità, decidere di fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno della prostituzione con una strategia diversa³⁶. Inoltre, altrettanto fermo rimane il poterdovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva³⁷.

3.3.1. *Ombre nella ricostruzione della Corte costituzionale.* – Nella pronuncia in commento, la Corte sfugge a una chiara ricostruzione del bene giuridico tutelato dalle due fattispecie di reato (o, comunque, lo dà per implicito richiamando l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità) e indugia sulla distinzione fra offensività in astratto e offensività in concreto per evitare considerazioni che la portino ad essere più esplicita in termini di potenziale lesione del bene giuridico che il legislatore ha inteso proteggere attraverso le condotte astrattamente definite. In questa maniera, la Corte non considera il fatto che, comunemente, il concetto di offensività è inteso in un'accezione relazionale: cioè, la sua definizione presuppone «il collegamento con un'altra entità, rappresentata dal bene giuridico»³⁸.

Nel caso di attività volte a strumentalizzare e indurre alla prostituzione si comprende come queste possano offendere il bene della dignità ma, nel caso del reclutamento e del favoreggiamento, la spiegazione non è così evidente. Tuttavia, la Corte non fornisce alcuna indicazione e invoca, ancora una volta, la condizione di vulnerabilità di coloro che esercitano, anche volontariamente, tale attività³⁹.

Forse la stessa Corte si accorge della fragilità della ricostruzione e, a mo' di chiusura, ricorda al giudice comune l'operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta: il poterdovere cioè di escludere la configurabilità del reato quando le peculiari circostanze del caso concreto siano effettivamente prive di ogni potenzialità lesiva. Ferma restando la difficoltà di distinguere i casi in cui la prostituzione è effettivamente libera e volontaria, sembrerebbe che, se è possibile accertare senza margini di incertezza che l'attività è svolta dalla prostituta in piena libertà e consapevolezza, non ricevendo alcuna forma di influenza neppure recondita e in condizioni tali da poter escludere qualsiasi rischio per la sicurezza e la salute della persona, allora il giudice potrà ritenere che la condotta (di reclutamento o favoreggiamento) posta in essere dal terzo è concretamente inoffensiva e, dunque, da non sanzionare.

Rimane il fatto, però, che questa apertura rischia di lasciare spazio a soluzioni ben differenti da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità incrementando ulteriormente l'incertezza giuridica sul tema⁴⁰.

A tutto ciò si aggiunga un'ulteriore elemento di vaghezza nella ricostruzione della Corte costituzionale. Quest'ultima, come abbiamo visto, ha chiarito che il limite della dignità che impedisce alla prostituzione di acquisire il carattere di attività imprenditoriale è da

36 Secondo A. DI MARTINO, *È sfruttamento economico*, cit., questa precisazione può essere spiegata, in parte, in ragione dei differenti punti di vista all'interno del collegio e, in parte, per lasciare un'apertura in vista di possibili nuovi interventi del legislatore.

37 Cfr. cons. dir. p.to 7.3.

38 A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento*, cit., p. 5. Sul tema, si veda diffusamente V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005.

39 Cfr. S. BERNARDI, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti*, cit.

40 Cfr. S. BERNARDI, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti*, cit.

intendere in senso oggettivo, ma non ha spiegato come tale valore debba essere bilanciato con la libertà di autodeterminazione individuale⁴¹: cioè, se costituisce – vista, appunto, la valenza oggettiva – un limite interno a tale libertà. Implicitamente, nel passaggio appena esaminato, pare recepire la soluzione negativa proprio quando ricorda ai giudici comuni di dover verificare la concreta offensività delle condotte poste in essere: in questa maniera, però, la valenza oggettiva del principio di dignità subisce un notevole ridimensionamento⁴².

3.4. *Determinatezza e tassatività del reato di favoreggiamento.* – Infine, la Corte conferma – nel solco della sentenza n. 44/1964 e dell’ordinanza n. 98/1964 – la non fondatezza della questione sollevata per violazione dei principi di determinatezza e tassatività poiché «la descrizione del fatto incriminato, nella sua “asciuttezza” [...] fa perno, comunque sia, su un concetto, quale quello di favoreggiamento, di ampio e sperimentato uso nell’ambito del diritto penale»⁴³ e l’esistenza di possibili dubbi o contrasti nell’applicazione non dimostra di per sé il difetto di precisione del precetto, trattandosi di evenienza che rientra nella fisiologia dell’ermeneutica giudiziale.

In particolare, la Corte ritiene che, a sostegno della tesi dell’indeterminatezza del precetto, non sia possibile trarre argomenti dall’indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, ai fini della punibilità, la condotta di favoreggiamento deve essersi risolta in un aiuto alla prostituzione e non alla persona dedita a questa attività perché la norma censurata esige, per l’appunto, che la condotta incriminata favorisca l’attività e non la persona che la esercita e mira proprio ad evitare indebite dilatazioni della sfera applicativa della fattispecie criminosa⁴⁴.

3.4.1. *Ancora un’argomentazione sommaria da parte della Corte costituzionale.* – All’atto pratico, però, la distinzione fra condotta che agevola la prostituzione anziché la prostituta non è così netta (e la giurisprudenza lo dimostra) anche perché è suscettibile di apprezzamenti puramente soggettivi, tanto che una parte della dottrina⁴⁵ ritiene che, in questa decisione, vi sia uno scostamento rispetto alle pronunce più recenti della Corte costituzionale.

41 Cfr., per una ricostruzione d’insieme, F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, Giappichelli, 2018.

42 Inoltre, in base a questa interpretazione, la Corte sembra non accogliere neppure la tesi di A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 3/1991, p. 343 ss. (spec. 347), secondo la quale il principio di dignità umana assumerebbe la valenza di principio fondamentale, cioè di valore supercostituzionale nei confronti delle stesse libertà e dei diritti inviolabili dell’uomo costituendo il margine delle libertà costituzionalmente protette, ossia l’unico fine che esse possono e devono perseguire. Più di recente, A. RUGGERI, *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, 2/2018, p. 392 ss. (spec. 410), ha ribadito che la dignità non ha misura ed «è di tutta evidenza che essa non può soggiacere a bilanciamento, che equivarrebbe nei fatti o a parziale tutela, all’incontro con altri beni della vita ugualmente meritevoli di protezione, o, addirittura, in talune esperienze, al suo pur momentaneo accantonamento per far posto a questi ultimi coi quali si trovi occasionalmente in conflitto». Secondo N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2017, p. 11 ss., invece, è improprio domandarsi se la dignità umana sia una supercategoria dalla quale discendono i diritti fondamentali oppure un criterio riassuntivo con il quale indicare il panorama di questi perché la «dignità è specchio e insieme fondamento dei diritti della persona»: essa preesiste alla sua enunciazione e al contempo emerge da quella enunciazione.

43 Cons. dir. p.to 8.

44 La Corte ritiene che cada, così, anche la censura riferita alla violazione dell’art. 3 della Costituzione.

45 Cfr. A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento*, cit., p. 7 ss.

Infatti, quest'ultima ha ripetutamente chiarito che per riscontrare il rispetto del principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost., occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina entro la quale s'inserisce. Come la stessa Corte ricorda nella pronuncia in commento, la presenza nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi o di clausole generali o concetti elastici, non determina la violazione del principio di legalità quando, però, la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta al giudice di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: cioè, quando la descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile e permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo⁴⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha altresì precisato che il requisito di determinatezza della fattispecie criminosa non è leso se sulla disposizione legislativa formulata in maniera generica si è comunque formato un orientamento interpretativo consolidato della giurisprudenza, tale da fugare ogni preoccupazione di incertezza circa le conseguenze penali della violazione della norma impugnata⁴⁷.

Nel caso del favoreggiamento della prostituzione, guardando alla giurisprudenza di legittimità, vi sono però soluzioni interpretative non omogenee e molto differenti. Nondimeno, la Corte, di fronte alle conseguenze legate alla creazione di un vuoto normativo⁴⁸, preferisce salvare tale fattispecie rimettendo alla giurisprudenza il compito di sopperire alle carenze descrittive.

4. *Alcune riflessioni per concludere.* – Nella nostra Costituzione, a differenza di altre (ad esempio, quella tedesca), il principio di dignità umana non è riconosciuto come principio pre-positivo, assoluto e incondizionato, ma come valore sociale e relazionale, con potenzialità evolutive in ragione dello sviluppo economico, culturale e politico legato al progresso della società⁴⁹. Nei tre articoli (3, comma 1, 36, comma 1, e 41, comma 2) della Costituzione ove è enunciato, sebbene con formule differenti, viene riferito sempre al lavoratore. Anche nell'art. 3, comma 1, Cost. può essere individuata questa associazione poiché è il lavoro che consente di realizzare la pari dignità sociale: contribuire attraverso l'esplicazione di un'attività produttiva al progresso della società è l'unico titolo di dignità perché concretizza il valore sul quale è fondata la stessa Repubblica. Questo significa che ogni individuo è meritevole di considerazione da parte della società⁵⁰ e che la dignità, quale preconditione del principio di eguaglianza e delle stesse libertà⁵¹, «non è un bene naturale da difendere, ma qualcosa da promuovere e costruire rimuovendo tutti gli ostacoli

46 Cfr. Corte cost., sent. n. 282/2010 (cons. dir. p.to 2.1) e, più di recente, sentt. nn. 24 e 25 del 2019.

47 Cfr. Corte cost., sent. n. 122/1993 (cons. dir. p.to 3) e, più di recente, sentt. nn. 24 e 25 del 2019.

48 Sui pericoli di un *horror vacui* accedendo ad una concezione soggettiva della dignità e della libertà di autodeterminazione, si veda F.P. LASALVIA, *“Libero sì, ma non a pagamento”*, cit., p. 19 ss.

49 Cfr. G. FERRARA, *La pari dignità sociale. (Appunti per una ricostruzione)*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, Giuffrè, 1974, vol. II, p. 1089 ss. Secondo F. SCAMARDELLA, *La dimensione relazionale come fondamento della dignità umana*, in *Riv. fil. dir.*, 2/2013, p. 305 ss. (spec. 314 ss.), «la relazionalità è la misura della dignità»: riconoscere la dignità umana significa recuperare l'essenza di ogni essere umano, ma fino a quando il legislatore cercherà di uniformare la cultura e lo stile di vita degli individui e dei soggetti più deboli agli *standard* della maggioranza «la dignità resterà un mero contenitore vuoto».

50 Cfr. F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2017, p. 16 ss.

che “impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”» ed assume, analogamente al lavoro, un duplice contenuto: la dignità è «un onore [...] connesso ai meriti acquisiti con le proprie prestazioni sociali e un onere, dal momento che ciascun consociato è chiamato a contribuire con la sua attività al progresso economico e sociale del proprio paese»⁵².

In questa prospettiva, la dignità assume anche contenuti sfuggenti⁵³, fluidi (perché non è riconducibile ad un definito significato normativo)⁵⁴ e mutevoli in ragione dell’evoluzione della sensibilità prevalente⁵⁵. Nondimeno, la dignità costituisce l’indefettibile presupposto per l’esercizio dei diritti e la tutela della persona nei suoi molteplici profili. Compito del diritto è quello di disciplinare la dimensione relazionale della dignità preoccupandosi di tutelare soprattutto quegli ambiti in cui l’identità di alcuni soggetti appare fragile e bisognosa di protezione⁵⁶.

Nella pronuncia in commento, il principio di dignità viene richiamato più volte nello spiegare i motivi che hanno spinto all’adozione della legge n. 75/1958 e, soprattutto, nel definire i limiti alla libertà di iniziativa economica: eppure, come abbiamo visto, quando si tratta di indicare in maniera chiara il bene tutelato dalle norme oggetto di impugnazione ai fini del riscontro del principio di offensività, la Corte non assume una posizione netta. Pur

51 Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 187.

52 P. BECCHI, *La “dignità” nei molteplici usi presenti nell’organizzazione giuridica italiana*, in <http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2012/04/testo-becchi-organizzazione-giuridica-270312pdf.pdf>, (accesso del 20 luglio 2019), p. 2 ss. Al riguardo, L. TAVERNINI, *Quanto ci tocca la prostituzione?*, in *Né sesso né lavoro*, cit., pos. 2876 ss., osserva, fra l’altro, che la tesi secondo la quale quello delle *sex workers* è un mestiere come un altro finisce per privare di senso il concetto stesso di lavoro come attività attraverso la quale ciascuno mira a sviluppare le proprie capacità e a inserirsi in condizioni di eguaglianza nella comunità politica. Per una diversa prospettiva, si veda G. SELMI, *Sex work. Il farsi lavoro della sessualità*, Bologna, Bébert, 2016.

53 Cfr. T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte. Saggio di diritto civile*, Padova, Cedam, 2009, p. 45 ss. In particolare, G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, p. 45 ss., osserva come il vero problema di fondo resta l’indeterminatezza della nozione di dignità, ossia il fatto che la sua traduzione in termini giuridici spetterà sempre al legislatore nella sua discrezionalità.

54 Cfr. L. D’AVACK, *Il paradigma dignità: usi etici e giuridici*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2019, p. 11 ss.; per una distinzione tra dignità morale e dignità giuridica, si veda L. FERRAJOLI, *Dignità e libertà*, *ivi*, p. 23 ss.

55 Cfr. E. RIPEPE, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 11 ss., secondo il quale la dignità sarebbe la risultante di un insieme di valori, variabile nel tempo. Secondo P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 29 ss. (spec. 46), la dignità si costella e interagisce con la vita e con le libertà, senza però perdere una dimensione sociale; nondimeno, ritiene che la dignità abbia anche un nucleo duro. Perciò, accanto a contenuti mutevoli, vi è una base provvista di stabilità che supera tutti gli altri profili perché si fonda non già sulla dimensione sociale della dignità, ma su quella umana: dunque, l’intangibilità della dignità è riferibile alla natura umana.

56 N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 847 ss., ha evidenziato come, a livello di giurisprudenza costituzionale, vi sia stata un’evoluzione nella definizione dei contenuti della dignità: in un primo periodo, la dignità è stata utilizzata in relazione alle previsioni che espressamente la richiamano mentre, in un secondo tempo, detto valore è stato utilizzato quale riflesso del principio personalista, sintesi della posizione dell’individuo nella dimensione costituzionale (così, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 85) e, cioè, un risvolto essenziale della personalità a prescindere dai singoli richiami espliciti. Al contempo, però, ne è stata accentuata anche la dimensione sociale, vale a dire il suo significato relazionale che va ricavato dal contesto dei rapporti sociali entro i quali l’individuo vive.

dando conto dell'evoluzione delle ricostruzioni della giurisprudenza di legittimità, il Giudice delle leggi rigetta la questione di costituzionalità ritenendo dirimente il fatto che la norma soddisfi comunque il principio di offensività in astratto se considerata nella prospettiva della salvaguardia dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili.

Il principio di vulnerabilità sta assumendo una sempre maggiore attenzione nell'ambito delle riflessioni di politica economica e sociale⁵⁷. La vulnerabilità, sul piano politico e giuridico, è presa in considerazione come situazione fattuale connessa alla condizione umana che, in determinati contesti, genera discriminazioni, violenze, umiliazioni tali da precludere una compiuta partecipazione e interazione sociale poiché l'autonomia e la libertà di scelta dei soggetti vulnerabili risultano potenzialmente a rischio e con esse anche la dignità e l'integrità della persona⁵⁸.

Nella giurisprudenza costituzionale, le espressioni vulnerabilità e vulnerabile/i sono state riferite a persone che si trovano in una situazione fattuale di difficoltà oppure di potenziale pregiudizio per svariati motivi o che, in ogni caso, appartengono a una categoria debole⁵⁹ che necessita, perciò, di una protezione rafforzata per quanto riguarda i diritti fondamentali. Nel caso di specie, la situazione di vulnerabilità, da un lato, svolge una funzione servente e rinforzante del principio di dignità, quasi come se la Corte cercasse un ulteriore appiglio per evitare il rimprovero di aver adottato una pronuncia moralizzante, e, dall'altro lato, giustifica la tutela anticipata che il legislatore ha configurato attraverso le fattispecie del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione.

Dalla lettura della sentenza si percepisce la difficoltà nell'affrontare le questioni proposte: difatti, le argomentazioni non sempre appaiono lineari. In particolare, la Corte – nelle premesse ricostruttive – riconduce nella legge Merlin anche la prostituzione frutto di una scelta assolutamente volontaria. In un secondo momento, la Corte afferma però che la prostituzione non è quasi mai realmente libera. Dopodiché, il Giudice costituzionale ricorda ai giudici comuni di valutare l'offensività in concreto delle condotte ai fini dell'accertamento dei reati di reclutamento e favoreggiamento nei termini detti in precedenza e al legislatore che sarebbero possibili anche altre soluzioni normative trattandosi, fra l'altro, di una materia nella quale i margini di discrezionalità sono molto ampi.

La scelta della Corte di essere volutamente miope ritenendo sostanzialmente insignificanti, da un punto di vista quantitativo, i casi di prostituzione effettivamente volontaria (non celando, fra l'altro, una nota di biasimo mista a incredulità e scetticismo

57 A livello internazionale, è la Dichiarazione di Barcellona del 1998 che, nell'affrontare ambiti bioetici, biomedici e biotecnologici, ha introdotto – accanto ai tradizionali principi di autonomia, integrità e dignità umana – il principio di vulnerabilità della condizione umana, proponendone una definizione articolata. Per un inquadramento del tema, si vedano: P. KEMP, J.D. RENDTORFF, *The Barcelona Declaration. Towards an Integrated Approach to Basic Ethical Principles*, in *Synthesis Philosophica*, 2/2008, p. 239 ss.; M.A. FINEMAN, A. GREAR (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Aldershot, Ashgate, 2013; R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars int.*, 2/2018, p. 35 ss.; L. CORSO, *Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo*, *ivi*, p. 57 ss.; O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018.

58 Cfr. B. PASTORE, *Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto*, in *GenIUS*, 2/2018, p. 105 ss.

59 La Corte costituzionale ha parlato di situazione di vulnerabilità o di soggetti vulnerabili a proposito degli stranieri in determinati contesti (sentt. nn. 194/2019 e 142/2017), degli operatori sanitari (sent. 137/2019), dei reclusi (sentt. nn. 99/2019 e 143/2013), dei malati terminali (ord. 207/2018), dei testimoni in talune circostanze (sentt. nn. 92/2018 e 63/2005), dei pensionati (sent. n. 159/2019), dei lavoratori (ord. n. 227/2002 e sent. n. 218/1995), di persone di giovane età o bisognose di cure di tipo sanitario o socio-assistenziale (sent. n. 300/2011), delle donne (sent. n. 236/2018) e delle categorie di soggetti esposte al rischio del gioco d'azzardo (sent. 108/2017).

verso chi esercita la prostituzione ritenendo di non ledere la propria dignità), rispecchia il punto di vista di una buona parte della dottrina che, fra l'altro, giudica positivamente la legge del 1958⁶⁰, soprattutto rispetto ai progetti di riforma avanzati negli ultimi anni, orientati per lo più a una legalizzazione della prostituzione e, quindi, a compiere un passo indietro rispetto ai contenuti della disciplina vigente⁶¹.

A me pare, però, che la legge Merlin – sebbene costituisca, soprattutto per il periodo in cui è entrata in vigore, un passo avanti importante a tutela delle persone forzate o costrette per necessità alla prostituzione – sia, per un verso, contraddittoria e, per un altro verso, superata dalla realtà. Difatti, in essa permane l'idea che questa attività è “un male necessario”⁶² perché ne accetta le imprescindibili conseguenze, vale a dire che i clienti – coloro che tengono vivo il mercato della prostituzione e che non incorrono in alcuna sanzione – siano i primi a non curarsi del rispetto della dignità altrui degradando, mortificando e svilendo chi vende sesso. Inoltre, limitarsi a sostenere che la prostituzione volontaria rappresenta un fenomeno minoritario⁶³ non è sufficiente e, comunque, la sua minimizzazione non contribuisce a rafforzare la tutela di coloro che, invece, nel prostituirsi assumono il ruolo di vittime.

La prostituzione, compresa quella volontaria, e il suo incremento sono sintomi dello svilimento dei rapporti sociali. Se la propria intimità non costituisce un valore ma una merce – per chi la offre e per chi la compra – e, soprattutto, prende campo la convinzione che la prostituzione sia una scelta come un'altra anche per ottenere apprezzabili vantaggi economici, vuol dire che i rapporti fra gli individui si sono impoveriti. Svilimento che è ravvisabile, fra l'altro, anche in altri ambiti delle relazioni sociali. Fermo rimanendo il rispetto della scelta volontaria di prostituirsi (e che è impensabile l'eliminazione del “mestiere più vecchio del mondo”), è chiaro che questo fenomeno – proprio perché non contribuisce al progresso sociale e della persona –, se inteso sempre più in un'accezione positiva, può essere affrontato in maniera adeguata non considerandolo semplicemente minoritario, ma intervenendo sulle cause per poter indurre un'inversione culturale, giacché la sola proibizione derivante da una norma non può avere, da sola, un'efficace capacità educativa⁶⁴.

A ciò si aggiunga, che la trattazione della prostituzione in maniera unitaria si scontra con alcuni fenomeni emergenti a livello sociale e che necessitano di essere dibattuti e affrontati: basti pensare alla questione degli operatori che prestano assistenza sessuale a persone con disabilità⁶⁵ e che rivendicano – assieme alle famiglie dei fruitori che reclamano il diritto alla sessualità per i propri congiunti – il riconoscimento professionale dell'attività svolta, con la conseguente distinzione rispetto alla prostituzione⁶⁶.

La complessità della tematica e il fatto che il relativo dibattito sia sempre molto acceso e caratterizzato anche da posizioni distanti fra loro hanno spinto la Corte a lasciare ai giudici

60 Cfr. S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, cit., pos. 1122 ss.

61 Per un'illustrazione dei contenuti dei progetti di legge delle ultime due legislature, si veda G. VILLA, *Progetti di legge e proposte politiche sulla prostituzione in Italia*, in *Né sesso né lavoro*, cit., pos. 1946 ss.

62 Cfr. S. AGOSTINO DI IPPONA, *De Ordine*, libr. II (4, 12), quando afferma: «Aufer meretrices de rebus humanitas, turbaveris omnia libidinibus».

63 Cfr. D. DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, in *Né sesso né lavoro*, cit., pos. 403.

64 Cfr. I. MERZAGORA, G. TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, p. 635 ss.

65 Cfr. F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 476, e, più ampiamente sul tema, F. DONELLI, *Profili penali della “disobbedienza sessuale”: la pena come rimedio alla solitudine. Riflessioni a margine dei rapporti fra diritto penale e neo-costituzionalismo*, in *Indice pen.*, 2/2018, p. 385 ss.

comuni il compito di interpretare i valori da proteggere alla luce dei nuovi fenomeni e dei mutamenti maturati a livello sociale, nell'attesa che il legislatore decida di riformare o intervenire sulla disciplina vigente.

** Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze

Forum di Quaderni Costituzionali



66 Sul tema, nella passata legislatura sono state avanzate tre proposte di legge (S. 1442, presentata il 9 aprile 2014, recante *Disposizioni in materia di sessualità assistita per persone con disabilità*; C. 2841, presentata il 23 gennaio 2015, recante anch'essa *Disposizioni in materia di sessualità assistita per persone con disabilità*; C. 4143, presentata l'11 novembre 2016, finalizzata all'*Istituzione della figura dell'educatore al benessere sessuale per le persone disabili*) e, in quella in corso, ne sono state avanzate due: C. 963, presentata il 19 luglio 2018, volta all'*Istituzione della figura dell'educatore al benessere sessuale per le persone disabili*, e C. 1876, presentata il 30 maggio 2019, recante *Disposizioni in materia di assistenza all'emotività, all'effettività, alla corporeità e alla sessualità per le persone con disabilità*.

Forum di Quaderni Costituzionali