

La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*

Roberto Bin**

(26 novembre 2019)

1. La sentenza 141/2019 è interessante perché ci offre tre versioni diverse della “dignità umana”, tutte e tre evocate per risolvere la questione di legittimità del reato di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione. Ovviamente, per apprezzare la motivazione, qualcosa bisogna dire della questione sollevata, anche se il caso è molto noto: si trattava di un’imputazione a carico di un soggetto che aveva organizzato l’approvvigionamento di “escort” «in favore dell’allora premier S[...] B[...]». Non dunque il solito squallido caso di donne sfruttate e costrette a prostituirsi per pochi soldi, a loro sottratti dal “protettore”, ma un caso – per certi versi forse ancora più squallido – di “fornitura” per incontri “eleganti” di ragazze che molto consapevolmente preferivano questa via per guadagnare una quantità di danaro (o una posizione pubblica) che “l’onesto lavoro” non avrebbe mai garantito¹.

Da qui la prima ipotesi sostenuta dalla difesa dell’imputato: che non della tradizionale prostituzione si trattasse, ma di esercizio di attività imprenditoriale. Questa ricostruzione viene rigettata perché – spiega la Corte – l’art. 41 Cost., che garantisce la libertà di impresa, vieta che essa possa svolgersi «in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Ecco che la dignità compare nella sua prima veste, forte di una delle rarissime (tre sole) basi testuali che essa può vantare in Costituzione. «La dignità è intesa sia in senso assoluto che relativo, cioè per quanto riguarda la posizione sociale e professionale occupata dal cittadino nella qualità di prestatore di lavoro dipendente», aveva affermato la Corte a suo tempo (sent. 103/1989). Ma della dignità del solo

* La nota riproduce la relazione al Seminario tenutosi l’11 ottobre all’Università di Roma Tre.

¹ Che la prostituzione non sia affatto un fenomeno unitario è ricordato da A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Dir. Pen. Cont.* 3/2018, 153 ss.

lavoratore si può trattare? No, spiega ora la Corte, la dignità va intesa in *senso oggettivo*: spetta al legislatore – «interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico» – ravvisare 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». Non è un argomento privo di precedenti: sotto lo stesso concetto di dignità ricade per esempio il divieto legislativo (poi attenuato) di concedere licenze per l'uso di apparecchi automatici o semiautomatici da gioco o scommessa, che è stato introdotto – spiega la sent. 165/1963 - per «impedire che la dignità umana ricevesse offesa dallo sterile impiego dell'autonomia individuale» a causa dell'utilizzazione di apparecchiature che favoriscono lo sviluppo «di tendenze antisociali»; la *ratio* del divieto è resa esplicita: «è la *moralità pubblica* che si è intesa salvaguardare con le norme denunciate; è il potere di prevenire i reati che si è inteso con queste esercitare»; in conclusione, è «la pericolosità sociale» a giustificare il divieto di impresa.

C'è però un aspetto che non può sfuggire: mentre il gioco d'azzardo è vietato dalla legge penale (artt. 718 ss. cod. pen.), e da qui può essere fatto discendere agevolmente il limite alla libera iniziativa economica, cioè divieto di installare apparecchiature da gioco o scommesse, la prostituzione non è vietata in Italia, né è vietato acquisire le prestazioni delle prostitute; ad essere punito è solo il reclutamento e il favoreggiamento. Si fronte a questa «grande ipocrisia»², la questione sollevata non appare affatto semplice: la Corte mantiene in bilico il suo ragionamento sul filo dell'ambiguità, filo che l'ampia e documentata argomentazione comparatistica fornita dalla sentenza cerca di inspessire, dimostrando che nei vari paesi di riferimento le soluzioni sono diverse e si spargono nell'ampio spettro di soluzioni che vanno dal riconoscimento dell'autodeterminazione sessuale al divieto penale più incondizionato.

2. Ripulita dalle molte divagazioni comparatistiche (a cui la Corte ultimamente indulge ben al di là del necessario), l'argomentazione della Corte scende i gradini delle possibili «coperture» costituzionali della prostituzione.

² Così definisce la soluzione legislativa adottata in Italia M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.* 2002, 401-

Ammette che essa possa essere ricondotta alla libertà sessuale (il che giustificherebbe implicitamente l'assenza di un divieto penale), la quale «implica che ciascun individuo possa fare libero uso della sessualità come mezzo di esplicazione della propria personalità». Nega però che benefici dello *status* che l'art. 2 Cost. riconosce ai soli *diritti inviolabili*, in cui la libertà sessuale andrebbe iscritta (con la conseguenza che verrebbe incrinata la legittimazione dei divieti penali che colpiscono le attività specifiche di cooperazione alla prostituzione altrui: vedi punto 5 del "diritto"): ciò perché la prostituzione non può essere considerata «uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana», come è proprio dei diritti inviolabili: «essa costituisce – molto più semplicemente – una particolare forma di attività economica», «una "prestazione di servizio" inserita nel quadro di uno scambio sinallagmatico». Tuttavia – ed ecco che si scende un ulteriore gradino della protezione costituzionale - è una «forma di attività economica» che non può giovare della tutela specifica apprestata dall'art. 41 Cost., perché contrasta con la «dignità oggettiva» che l'art. 41.2 Cost. pone come limite. La prostituzione, anche volontaria, è considerata dal legislatore «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». Perciò, benché lecita, la prostituzione non può essere oggetto di attività imprenditoriale protetta dall'art. 41 Cost., sia essa svolta da chi la pratica o da chi la favorisce.

Dicono però la giurisprudenza e la letteratura classica che le limitazioni alla libertà di impresa, intese come esclusioni di alcune attività dal novero delle iniziative protette dall'art. 41.1 Cost., dovrebbero essere soggette ad una riserva di legge implicita, sia pure "relativa" (per tutte, cfr. sent. 4/1962). La legge c'è, ma riguarda solo il reclutamento e il favoreggiamento, non anche l'attività principale, quella della prostituta, da cui tutto trae origine. Qui siamo di fronte ad un limite implicito, o meglio ad un trasferimento della dignità umana da motivo di limitazione legislativa della libertà di iniziativa economica (che c'è per il favoreggiamento) a motivo di esclusione dalla stessa nozione di impresa («escludendo che la possibilità che l'esercizio della prostituzione formi oggetto di attività imprenditoriale»: punto 6.1 del "diritto").

Posto che l'attività di prostituzione non è penalmente vietata, ma semplicemente non è coperta da specifiche garanzie costituzionali, resta da spiegare perché sono viceversa vietate le attività connesse. Per affrontare questo problema la sentenza si rifà alla giurisprudenza ordinaria di legittimità, ricostruendone la supposta evoluzione. In una prima fase – spiega la Corte (punto 7.2 del “diritto”) – la giurisprudenza ordinaria ha riconosciuto il bene giuridico protetto dal divieto penale «nel buon costume e nella moralità pubblica (dunque, in un interesse “metaindividuale” e indisponibile)». Ma questa prima giurisprudenza è stata superata da quella successiva, che ha riconosciuto la *ratio* dei divieti penali nell'esigenza di «salvaguardare la dignità e la libertà di determinazione della persona che si prostituisce». Invece l'indirizzo giurisprudenziale più recente pone l'accento «sulla dignità della persona esplicitata attraverso lo svolgimento dell'attività sessuale, che non potrebbe costituire materia di contrattazioni».

3. Come si vede, l'intera evoluzione della giurisprudenza ordinaria si impernia sul concetto di dignità, che è poi quello di cui si nutre l'argomentazione della sentenza in esame. Solo che la “dignità umana” viene richiamata per significati diversi e in molti tratti opposti. Si contrappongono, infatti, due concetti di dignità che difficilmente possono andare d'accordo.

Da un lato sta la “dignità” cui si riferisce la Cassazione nel secondo periodo della sua giurisprudenza, quello in cui – per usare le parole della Corte – si pone al centro dell'attenzione la «libertà di determinazione delle persona». La prostituzione viene in conflitto con la “dignità” se e nella misura in cui essa venga imposta contro la volontà della persona, costretta a prostituirsi da circostanze della vita e per opera di altri soggetti che comprimono la libera autodeterminazione della persona. L'accoppiata “dignità-autodeterminazione” o “dignità-autonomia” compare in molte sentenze della Corte costituzionale degli anni più recenti. Si prenda, per esempio, la sent. 144/2019 (anch'essa redatta da Modugno), in cui «il maggior rispetto dell'autonomia e della dignità della persona disabile» è posta alla base dei rapporti tra disabile e amministratore di sostegno; oppure la sent. 114/2019 (Cartabia) che mostra di apprezzare la legislazione più recente sulle

persone con disabilità proprio per l'atteggiamento «più rispettoso della loro autonomia e della loro dignità» di quanto non fosse in passato, quando il codice civile si limitava a stabilire una netta distinzione tra soggetti capaci e soggetti incapaci, ricollegando all'una o all'altra qualificazione rigide conseguenze predeterminate; o ancora, la ben nota ordinanza nel “caso Cappato” (ord. 207/2018, red. Modugno), in cui imporre «un'unica modalità per congedarsi dalla vita» è considerato una «lesione al principio della dignità umana». In questa prospettiva è del tutto coerente che si sostenga la legittimazione della repressione penale di attività di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione di persone ridotte in condizioni in cui vengano a mancare l'autodeterminazione e l'autonomia. Ma certo non è questa la condizione in cui opera l'escort: chi esercita questo mestiere non corrisponde a nessuno dei tratti tipici di vulnerabilità e di costrizione che caratterizzano da sempre la prostituzione. È toccante lo sforzo che la Corte compie per connotare negativamente con le stigmate tradizionali un “mestiere” che ha cambiato volto: «È, in effetti, inconfutabile che, anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di “vendere sesso” trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una “scelta di vita” quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede» (punto 6.1. del “diritto”). Sta di fatto che oggi, di fronte l'immagine delle escort che salgono gli scaloni dei palazzi di S. B., non è l'immagine tradizionale della prostituzione come imposizione e sfruttamento dello stato di bisogno che ci viene in mente (la degradazione della *dignità in senso soggettivo*, come autodeterminazione), ed ecco che allora ritorna al centro della scena la *dignità in senso oggettivo*.

Benché la Corte costituzionale compia qualche sforzo per scongiurarlo, è difficile negare che questo concetto di dignità si collochi non molto lontano da quei concetti di moralità pubblica e di buon costume, di standard etici imposti

all'individuo. Non è un caso che le parti costituite davanti alla Corte abbiano denunciato questo approdo come offensivo del principio di laicità: dietro alla contrapposizione tra i due significati di dignità traspare infatti l'antica disputa teologica attorno al libero arbitrio (la dignità oggettiva sembra una reincarnazione moderna del «servo arbitrio» che tanto piaceva ad Agostino e Martin Lutero). La risposta della Corte a questa denuncia non sembra molto convincente nella sua assertività. Quanti significati e quante ipotesi applicative possano essere tratte da un concetto tanto indeterminato è a sua volta difficile da determinare.

Questa dignità astratta e imposta ricorda troppo da vicino il caso del «lancio del nano» nella giurisprudenza francese o di analoghi casi affrontati dalla giurisprudenza tedesca³, casi che suscitano evidenti motivi di perplessità. Il prisma della dignità viene rovesciato: non spetta all'individuo, nella sua autonomia, determinare che cosa gli convenga fare per vivere dignitosamente, ma è la morale comune che gli impone di non far uso delle qualità del suo corpo se così offende il buon costume; se tu – nano o giovane attraente – decidi di uscire dall'angolo buio in cui la nascita ti ha collocato nella società, trasformando in risorsa quello che la natura ti ha imposto o donato, devi fare i conti con un astratto modello di dignità di cui qualcuno – normodotato e conformista - si erge a interprete. Non c'è dubbio che l'idea che esista, accanto alla dignità come autonoma determinazione dell'individuo che non può essere compressa, anche una dignità intesa come “valore” che deve essere tutelato *contro* l'individuo stesso, è un'idea diffusa e ampiamente condivisa: viene tratta dall'ambivalente significato dell'art. 1 della Carta dei diritti dell'Unione europea («La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere *rispettata e tutelata*»), che è ricalcata sull'art. 1.1 della Legge fondamentale tedesca. Si dimentica che nella nostra Costituzione non c'è alcuna disposizione del genere, la «pari dignità sociale» di cui all'art. 3.1 essendo rivolta a tutt'altro orizzonte⁴. Per cui chi – come la Corte costituzionale in questa sentenza - intende avvalorare il senso “oggettivo” della dignità, inevitabilmente ricorre all'art. 2 Cost. e al riconoscimento dei «diritti inviolabili dell'uomo»: anche qui, però, si sovrappone all'invulnerabilità dei diritti di cui gode

³ Ottimamente ricostruita da G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino 2014, 44 ss.

⁴ Come opportunamente ricorda M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.* 9/2019, 13 s.

l'uomo in quanto tale - principio espresso con grande chiarezza - l'idea che essa comprenda anche l'imponibilità dei "diritti" allo stesso uomo, depotenziato nella sua libertà e autodeterminazione. Grande è il dibattito sulla questione, ma un punto mi sembra inamovibile, quello fissato con la consueta lucidità da Hanna Arendt⁵ nella sua critica all'idea dell' «uomo astratto» che non esiste in alcun luogo, a cui sono riconosciuti diritti che scaturiscono dalla «natura» o dall'«umanità», non avvertendo che «l'astratta nudità dell'essere-nient'altro-che-uomo» costituisce il massimo pericolo, perché la «trasformazione in uomo generico» spoglia di ogni significato la diversità assolutamente unica dell'individuo⁶. La dignità umana "oggettiva" diventa così il veicolo su cui ritorna a riempire la scena l'appello al buon costume, all'ordine pubblico, alla moralità corrente, con buona pace del principio di laicità che implica una visione tollerante e rispettoso del pluralismo dei progetti di vita degli individui.

4. C'è un aspetto che merita considerazione: si tratta del diverso comportamento delle "due dignità" di fronte alla prospettiva di bilanciamento con altri diritti o interessi.

La dignità *in senso soggettivo* si presta a dover fare i conti con eventuali interessi costituzionali confliggenti. Si può discutere, per esempio, sul «profilo della tutela (debole o forte)» da riconoscersi al diritto dell'embrione, «in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto»; perché «come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento, specie al fine della "tutela delle esigenze della procreazione" ed a quella della salute della donna (sentenze n. 151 del 2009 e n. 96 del 2015)»⁷. In questo contesto, la «dignità dell'embrione» sembra retrocedere nel bilanciamento con gli altri interessi meritevoli di tutela, almeno sino al punto in cui non entri in gioco il «nucleo essenziale» della tutela che si oppone alla riduzione dell'embrione a *res*

⁵ Le citazioni che seguono sono tratte da *Le origini del totalitarismo*, Torino 2004, 404-418.

⁶ Ma è anche la «nuda umanità» che consente alla Corte costituzionale di riconoscere alcuni diritti fondamentali agli stranieri "irregolari": cfr. G. BARCELLONA, *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali* in *Rivista AIC* 1/2018.

⁷ Sent. 84/2016 (red. Morelli).

(a mero «materiale biologico»). Siamo pienamente nel tracciato del bilanciamento dei diritti, così come emerge sin dalla giurisprudenza costituzionale storica⁸. Proprio dove la Corte costituzionale è più esplicita a ricostruire la dignità come autodeterminazione, aggiunge sempre l'avviso che essa può essere riconosciuta solo sin dove non incontri altri interessi meritevoli di tutela costituzionale⁹.

Invece la dignità *in senso oggettivo* sembra poter resistere ad ogni bilanciamento, data la natura di «valore *supercostituzionale*», di «*supremitas*» che la contraddistinguerebbe¹⁰. Si prenda ad esempio – spigolando sempre nella giurisprudenza costituzionale più recente - la sent. 272/2017 (red. Amato). In essa la Corte affronta il problema dell'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità, quando non sia rispondente all'interesse dello stesso. Apparentemente qui la dignità non c'entrerebbe, ma non è così. La Corte è decisa a distinguere, da tutti gli altri, il caso della nascita per surrogazione. Si sa, è un tema difficile, un vero tabù per la nostra legislazione. Da noi la “proprietà” dell'utero è un requisito da cui non si può prescindere e prevale su ogni altro ragionamento, compreso quello dell'interesse minore. Si sa che questo domina ogni considerazione in tema di procreazione e “trattamento” dei minori: non si dovrebbe derogare mai ai principi fondamentali che fanno dell'interesse del minore lo zenit di ogni ragionamento giuridico. Il comandamento è chiaro e vuole che «la colpa dei padri non ricada sui figli»: anche in ciò il Vangelo abroga l'antico Testamento. La Corte, da par suo, ha avuto modo di dirlo e ripeterlo in tutta la sua gloriosa giurisprudenza sulla filiazione, sino ad arrivare alla sua ultima, notevole pronuncia del 2002 sui figli incestuosi (sent. 494/2002): «l'adozione di misure sanzionatorie» scrive la Corte «che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare – non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione

⁸ Sia consentito rinviare a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 94 ss.

⁹ Si veda nel modo più esplicito l'ord. 207/2018, nel noto “caso Cappato”.

¹⁰ Queste interpretazioni sono ricostruite (criticamente) da G. BARCELLONA, *Della forma dell'acqua cit.*

"totalitaria" della famiglia». E poi, «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*».

Un distillato di civiltà giuridica liberale, che però si prosciuga di fronte alla procreazione surrogata. Qui tanto splendore illuministico si offusca, e la Corte finisce con porre un peso vincente sul piatto avverso a quello della tutela dell'interesse del minore "surrogato". Nel bilanciamento, di per sé assai delicato, tra «l'esigenza di veridicità della filiazione» e l'interesse del minore, ora interviene un'altra considerazione: «non possono non assumere oggi particolare rilevanza... le modalità del concepimento e della gestazione». Di mezzo c'è la surrogazione nella gestazione, «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (punto 4.2. del "diritto").

Ecco che la dignità irrompe nell'argomentazione della Corte, ponendosi a fondamento "costituzionale" della legge che vieta, accompagnandola con sanzione penale, la maternità surrogata: la dignità esclude la considerazione di ogni altro diritto o interesse. Ciò che la offende è il sommo male, di fronte al quale anche l'interesse del minore deve essere riconsiderato. Cambiano le colpe dei padri, ma ricadono pur sempre sui figli¹¹. «L'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale» sgombera il campo da qualsiasi altra considerazione. Eppure il desiderio di genitorialità, «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.»; eppure «le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000)»; eppure «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile

¹¹ Così G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum di Quad. cost.* 3/2018.

della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali»¹². Eppure – aggiungerei ancora – la maternità surrogata è un «disvalore» che ignora la storia dell'umanità e dovrebbe fare i conti con le vicende di Sara e Rachele, di Abramo e Giacobbe, narrate dal Vecchio Testamento¹³.

5. La dignità umana è la vera carta da briscola da giocare nella giurisprudenza sui diritti¹⁴. Spariglia le carte, impedisce di insistere nella affermazione dei diritti, sembra chiudere la discussione. Ma non è quasi mai così.

La sent. 141/2019, per esempio, chiama in gioco la dignità umana per negare l'autonomia di scelta di chi decide liberamente di prostituirsi. Si appoggia su luoghi comuni più che su verità evidenti¹⁵: «la scelta di “vendere sesso” trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali». È il ben noto argomento dell'*id quod plerumque accidit* che introduce la giustificazione della fattispecie legislativa sottoposta a giudizio, alla quale non si può chiedere di inseguire l'infinita varietà del reale, poiché le leggi «non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti» (sent. 121/1957). Quindi? Quindi «occorre considerare che, in questa materia, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico – risultando, perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale, *tramite un accertamento ex post affidato alla giurisdizione penale*». Difficile, ma non impossibile, dunque. Infatti, conclude la Corte dopo lunga disamina del tipo di reato configurato dalla legge, «in rapporto alla disciplina vigente, resta d'altra parte ferma, in ogni caso, l'operatività del principio di

¹² Sono tutte citazioni tratte dalla sent. 162/2014.

¹³ *Genesi*, 16 e 30. Sul tema rinvio a *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, editoriale del fascicolo 2/2016 della rivista *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*.

¹⁴ Traggio la metafora dalle note tesi di R. DWORKIN, *Rights as trumps*, in *Theories of Rights*, ed. J. Waldron, Oxford 1984, 153.

¹⁵ Cfr. M. PICCHI, *La legge Merlin cit.*, 6 s.

offensività nella sua proiezione concreta e, dunque, il *potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato* in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva».

Una sentenza apparentemente perentoria, che fa della dignità umana un baluardo da difendere contro pratiche sociali che la offendono, ma poi restituisce al giudice, «in maniera assai sibillina»¹⁶, tutto il peso della valutazione in concreto di che cosa abbia spinto l'escort ad abbracciare questo antico mestiere e in che condizioni lo svolga e perché decida di agevolarsi dell'opera di altri, i "favoreggiatori": è una «delega di bilanciamento in concreto» che è ben conosciuta alla giurisprudenza costituzionale di sempre quando siano sottoposte al vaglio di costituzionalità norme che reggono in astratto, perché possono essere utili alla difesa di interessi meritevoli di tutela, ma la cui tenuta va poi valutata dal giudice nel caso concreto, in relazione alla fattispecie concreta. Sicché la sentenza, apparentemente drastica nella difesa della legge in vigore, socchiude la porta a «a scenari nuovi e potenzialmente dirompenti»¹⁷.

Anche la sent. 272/2017, pur così drastica nel fare della dignità umana il cardine su cui scorre la porta sbattuta in faccia all'interesse del minore, poi qualche margine lo apre alla valutazione del giudice. L'ordinamento penale punisce la *surrogacy* e riversa sul bambino il peso di una scelta a lui non imputabile; ma la questione giuridica non finisce qui, e su questo la conclusione della Corte è esplicita, ma certo non del tutto lineare. L'elevato «disvalore» che l'ordinamento riconnette alla maternità surrogata blocca la strada ad una valutazione del giudice che premi automaticamente l'interesse del minore, ma non gli impedisce di cercare altri «strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al

¹⁶ Così 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 di Quad. cost.* 6/2019, 4.

¹⁷ Così 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 *Dir. Pen. Cont.* Luglio 2019.

minore una adeguata tutela»¹⁸. Il pesante compito è trasferito sui giudici, ma gli strumenti giuridici per assolverlo ci sono nell'ordinamento giuridico italiano? E, soprattutto, assicurano al minore gli stessi diritti e lo stesso *status* che sono assicurati ai figli "regolari"? Questi problemi prima o poi ritorneranno di fronte alla Corte costituzionale, riproponendo sotto attacco le intransigenti conseguenze "bibliche" del divieto penale della maternità surrogata.

6. Confesso che preferirei una giurisprudenza costituzionale che rinunciasse ad impiegare la carta di briscola della dignità umana ogni volta si trovi ad affrontare questioni intricate: e soprattutto eviti di trarla da un cilindro che non è la Carta costituzionale: la quale, come si ricordava in esordio, della dignità fa un uso topico e limitato, rinunciando a inserire nel testo tutto quello che era stato proposto durante i lavori preparatori¹⁹. A me non sembra affatto vero quello che la Corte sembra credere, ossia che la dignità, come usata dalla sua giurisprudenza recente, sia cosa diversa dal vecchio e trito standard della morale comune, del buon costume e dell'ordine pubblico. Del resto, è la stessa Corte costituzionale - in una sentenza che si fa apprezzare per lo sforzo di superare la tradizionale visione del limite di cui all'art. 21, u.c., Cost., tutta legata alla sfera sessuale – a tradurre il «buon costume» in «dignità umana»²⁰.

In realtà il richiamo alla «dignità umana» nella giurisprudenza costituzionale a me non sembra corrispondere ad un suo punto di forza, a un consapevole aprirsi ad una "giurisprudenza dei valori" da tanti auspicata e da molti altri (compreso chi scrive) deprecata. La Corte costituzionale, come tutti gli omologhi giudici costituzionali del mondo, si trovano spesso – sempre più spesso, a causa del moltiplicarsi di casi generati dall'evoluzione scientifica e tecnologica e dallo strascico di problemi etici che essa reca con sé – di fronte a casi che costituiscono una vera e propria sfida per gli apparati normativi e gli strumenti interpretativi

¹⁸ È simile al punto di approdo della Corte EDU nel recente caso *Menneson* (Grande Camera, parere del 10/04/2019): escluso che gli Stati *debbano* riconoscere *ab initio* una relazione genitore-figlio tra il bambino e la madre non biologica, spetta al giudice cercare nell'ordinamento gli strumenti che consentano di riconoscere una relazione genitore-figlio con i genitori non biologici..

¹⁹ Ben ricostruiti da R. PERRONE, *"Buon costume" e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva sulla dignità umana*; Napoli 2015, 235 ss.

²⁰ Sent. 293/2000. Sul rapporto tra dignità e buon costume si vedano le considerazioni di R. PERRONE, *"Buon costume" cit.*, spec. 267 ss.

disponibili. Quando il gioco si fa difficile – verrebbe da dire – giocare la briscola è un'opzione quasi irresistibile. Siccome però essa implica una motivazione inevitabilmente arrischiata, c'è il rischio che restino nella giurisprudenza tracce difficilmente correggibili, e che questo complichino di molto la giurisprudenza futura.

Forse un atteggiamento di “modestia giudiziaria”, generalmente lodato o auspicato da quanti criticano il *judicial activism* delle corti supreme²¹, potrebbe essere auspicabile quando la Corte costituzionale si trovi di fronte a casi che non possono essere risolti con gli strumenti “normali” dell'interpretazione costituzionale ma richiedono necessariamente l'intervento del legislatore. Si prenda il caso del matrimonio omosessuale, deciso con la sent. 138/2010. In quel caso la Corte riflette sui limiti della giurisdizione, della capacità e della legittimazione del giudice ad intervenire – come è sollecitata a fare - attraverso una «interpretazione creativa» che rovescia idee, sentimenti, assetti sociali solidamente impiantati nella tradizione. C'è un punto oltre al quale la Corte costituzionale non si sente legittimata ad andare.

Si è indicato un precedente storico di questo atteggiamento nella decisione della Cassazione che nel 1906 bocciò la famosa sentenza di Mortara sul voto alle donne²². È un atteggiamento che la Corte assume qualche volta davanti a questioni “eticamente sensibili”, in cui non sono individuabili profili specifici di discriminazione che possano essere trattati con gli strumenti forniti dal principio di eguaglianza, ma vengono presi di mira alcuni “valori” di fondo. Il problema è

²¹ Cfr. per tutti M. J. GERHARDT, *Constitutional humility*, in 76 *U. Cin. L. Rev.* 23 (2007), 23 ss., e A. VERMEULE, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, Mass.-London, 2006

²² Cfr. G. BRUNELLI, *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in *La «società naturale» ed i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, 45 ss. «Riforme di questa natura nella sfera del pubblico diritto – osservava la Cassazione, citata nella *Traccia per la discussione* - non possono senza una lunga e studiata preparazione e senza una matura ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato... torna quindi manifesta la necessità dell'intervento del legislatore perché le donne sieno ammesse a godere qualcuno dei diritti politici che importino una diretta o indiretta partecipazione a pubblici poteri dello Stato; e il giudicare altrimenti non è interpretare la legge facendo rientrare nella sua formola nuovi casi e nuove esigenze che virtualmente e come in germe fossero già da esse contenuti, ma è usurpare l'opera legislativa senza che l'innovazione a cui si apre l'adito possa essere giustificata dalla maturità del bisogno che, trattandosi di riforme di ordine pubblico, soltanto il legislatore è in grado di riconoscere, e senza che la medesima innovazione possa essere circondata da quei temperamenti e da quelle cautele che si reputassero necessarie o convenienti».

che manca, alla Corte, un interlocutore affidabile, che si assuma l'onere di mediare tra diritti e interessi coinvolti fornendo alla comunità la regola: manca, cioè, il legislatore, anche quando venga invocato con forza, come nella ordinanza "Cappato". Cosicché la Corte si trova suo malgrado a assolvere un compito che non le è proprio. E gioca la carta di briscola.

** Già ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara.

Forum di Quaderni Costituzionali