



3/2018

L'INCOSTITUZIONALITÀ DI ALCUNE IPOTESI DELLA LEGGE MERLIN E I RIMEDI INTERPRETATIVI IPOTIZZABILI

Osservazioni a margine di [Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018](#),
Pres. De Cillis, Est. Blattmann D'Amelj, ric. Tarantini e altri

di Alberto Cadoppi (*)

* In ottemperanza al *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors* elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics), fatto proprio dalla *Rivista* in cui il presente contributo viene pubblicato, preciso di aver sostenuto le tesi in esso espresse in un parere *pro veritate* richiestomi dall'avvocato Nicola Quaranta (uno dei difensori di Giampaolo Tarantini) e depositato nel processo di appello svoltosi a Bari, conclusosi con l'ordinanza emanata dalla III sezione penale della omonima Corte d'Appello in data 6 febbraio 2018, qui pubblicata, con la rimessione degli atti alla Corte costituzionale. Sottolineo dunque i possibili profili di conflitto di interessi (quelli del mio ruolo nel processo da un lato, e quelli della scienza penale, dall'altro) relativi al presente scritto.

Rilevo peraltro che già in passato, ben prima e indipendentemente rispetto al menzionato parere, avevo in diversi miei scritti scientifici sostenuto con convinzione la tesi dell'incostituzionalità del favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata, e di altre simili fattispecie della legge Merlin: già nel 1999 (insieme al collega Paolo Veneziani) in A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Art. 2, I comma. Prostituzione minorile*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, II ed., Padova, 1999, pp. 457-459: ivi tra l'altro si rinvia a nota 1 ad A. CADOPPI, *Della incostituzionalità di gran parte delle norme della "legge Merlin"*, lavoro definito "di prossima pubblicazione", e in effetti già pronto allora, ma che poi fu pubblicato solo nel 2013 in versione abbreviata e con diverso titolo: A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Indice pen.*, 2013, pp. 229-246; e in *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Napoli, 2014; nonché con poche variazioni in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014, pp. 281-299 (versione a cui farò riferimento nelle note di questo contributo); *ID.*, *Note introduttive*, ivi, pp. 1-11 (e spec. p. 5 ss.); v. poi *ID.*, *Prostituzione: addio Merlin?*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 7/2015, p. 781 ss. La tesi dell'incostituzionalità sostenuta nel 1999 si trova ribadita in termini analoghi anche nelle successive edizioni del commentario predetto (III ed., Padova, 2002, pp. 503-505; IV ed., Padova, 2006, pp. 73-76).

Sono poi tornato sul tema ancor più di recente: A. CADOPPI, *Liberalismo e prostituzione*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. MANTOVANI – F. CURI – S. TORDINI CAGLI – V. TORRE – M. CAIANIELLO, Bologna, 2016, p. 3 ss.; A. CADOPPI – F. MANFREDI, *Prostituzione e tratta di persone*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p.651 ss.

Abstract. *L'autore parte dalla premessa secondo cui vi sono varie tipologie di prostitute e di "prostituzioni", e ai due estremi si pongono da un lato la prostituzione coattiva, e dall'altro il fenomeno delle c.d. "escort", persone che per libera scelta decidono di concedere favori sessuali a pagamento al di là di ogni costrizione. Relativamente a questa tipologia, l'a. si domanda se sia giusto punire il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione. Se nel 1958, quando fu varata la legge Merlin, il bene giuridico dei reati in materia doveva ritenersi la moralità pubblica, col passare dei decenni e l'evolversi della società e dell'assetto dell'ordinamento, si deve oggi ritenere che il bene giuridico consista nella libertà di autodeterminazione sessuale della prostituta nell'ambito della sua scelta di fornire sesso a pagamento. Tale inquadramento – del resto condiviso da tutta la dottrina e da gran parte della giurisprudenza più recente – porta a ritenere contrastanti con una serie di principi costituzionali i predetti reati. Infatti, si tratta di condotte che non comportano né induzione né sfruttamento, ma solo ausili all'esercizio della prostituzione. La repressione penale di tali condotte comporta dunque una lesione del principio di offensività (perché nessun danno producono al bene giuridico, anzi avvantaggiando il possibile soggetto passivo del reato), ma anche una lesione del diritto di autodeterminazione sessuale della prostituta, tutelato dall'art. 2 Cost. Le predette fattispecie integrano anche altre violazioni costituzionali: al principio di legalità, per la insanabile indeterminatezza delle stesse; e di conseguenza al principio di uguaglianza, e al principio di proporzionalità della pena. L'a. si mostra dunque pienamente d'accordo con l'Ordinanza della Corte d'Appello di Bari del 6 febbraio 2018. Nella parte conclusiva del contributo, si domanda peraltro se sia possibile ipotizzare interpretazioni "secondo Costituzione" delle norme relative: forse si potrebbe pensare di restringere interpretativamente le predette fattispecie ai casi di prostituzione non libera e non volontaria; oppure, si potrebbe dar rilievo in materia alla scriminante del consenso dell'offeso.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il tema. – 3. "Prostituzioni". – 4. La legge Merlin nella sua genesi: brevi cenni. – 5. Le fattispecie della legge Merlin. – 6. Il bene giuridico: evoluzione. – 7. Conseguenze della ridefinizione del bene giuridico. – 7.1. L'incostituzionalità del reato di favoreggiamento e di altri delitti della legge. – 7.1.1. Le violazioni del principio di legalità. – 7.1.1.1. La nozione di "prostituzione". – 7.1.1.2. L'incostituzionalità delle fattispecie di prostituzione per la indeterminatezza dello stesso concetto di prostituzione. – 7.1.1.3. La mancata definizione della fattispecie di reclutamento. – 7.1.1.4. L'incostituzionalità della norma di cui all'art. 3 n. 4 prima parte legge Merlin per contrasto con il principio di legalità. – 7.1.1.5. La mancata definizione del favoreggiamento e la sua indeterminatezza. – 7.1.1.6. L'incostituzionalità del favoreggiamento per violazione del principio di legalità. – 7.1.1.7. Possibili obiezioni alla tesi dell'incostituzionalità per violazione del principio di legalità. – 7.1.2. Il principio di offensività e (alcuni) delitti di prostituzione. – 7.1.2.1. La "dignità": dignità "oggettiva" e "soggettiva" – 7.1.2.2. Il concetto di "vittima". – 7.1.2.3. Dignità, "vittima", e "paternalismo morale" nella prospettiva della legge Merlin. – 7.1.2.4. Repressione della prostituzione come libera scelta e violazione del principio di offensività. – 7.1.3. Libere scelte di prostituirsi e violazione del diritto costituzionalmente garantito di autodeterminazione sessuale. – 7.1.4. Il diritto di esercitare la prostituzione come lavoro in condizioni di salute e sicurezza. – 7.1.5. Altre violazioni costituzionali della legge Merlin relativamente ai reati in esame. – 7.1.6. Quale pronuncia si richiederebbe alla Corte costituzionale? – 7.2. La questione della reinterpretazione "costituzionalmente orientata" di alcune delle fattispecie della legge. – 7.2.1. La ridefinizione del bene giuridico: possibili ricadute interpretative. – 7.2.2. Il favoreggiamento e una sua possibile reinterpretazione. – 7.2.3. Il reclutamento e sue possibili reinterpretazioni. – 7.2.4. Il ruolo del consenso dell'avente diritto nei reati di prostituzione. – 8. Conclusioni. – 9. Osservazioni finali.

1. Premessa.

La Corte d'Appello di Bari, con l'Ordinanza del 6 febbraio pubblicata in [questa Rivista](#), ha rinviato alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 3, comma primo, n. 4) prima parte e n. 8) della legge 20 febbraio 1958 n. 75, nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata siccome in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 comma 2°, 27 e 41 della Costituzione. Da tempo¹ sostengo la tesi dell'illegittimità costituzionale di varie norme della legge Merlin, fra cui quelle considerate nel predetto provvedimento: sono dunque pienamente d'accordo con le conclusioni a cui è giunto l'estensore dell'Ordinanza e con le motivazioni della stessa.

Non mi spingerò in questa sede ad un'analisi filologica dell'Ordinanza, rinviando direttamente alla lettura della stessa, caratterizzata d'altra parte da una chiarezza ed efficacia argomentativa non facilmente superabili da un commento alla stessa. Cercherò piuttosto nelle pagine che seguono di motivare le mie opinioni in materia, richiamando di tanto in tanto l'Ordinanza e le sue conclusioni. Tornerò più volte sulle stesse questioni con inevitabili ripetizioni, e me ne scuso sin d'ora col lettore. Ciò è dovuto al fatto che i principi costituzionali che entrano in discussione in materia sono molti e assai intrecciati fra loro, sicché nel discutere ciascuno di essi non si potrà fare a meno di tornare, a volte, su cose già dette trattando del principio precedente.

Ancor prima di entrare nel vivo della trattazione, mi sia concesso, in questa sede preliminare, un rilievo relativamente all'altra eventuale "scappatoia" che avrebbe potuto adottare il giudice d'appello per risolvere i problemi di incostituzionalità della legge del 1958. Invero – come meglio si vedrà (v. *infra*, § 7.2) – si potrebbe forse prospettare una reinterprete di alcune almeno delle fattispecie di cui alla legge Merlin (fra cui quelle di cui all'Ordinanza), dando rilievo al consenso libero e volontario della prostituta. Si tratta di una reinterprete delle predette fattispecie "secondo Costituzione" piuttosto coraggiosa, ma che – come meglio si vedrà – potrebbe trovare ampia legittimazione a seguito della ridefinizione del bene giuridico dei reati in tema di prostituzione; ridefinizione proposta in questa sede, accolta dalla stessa Ordinanza, ma, soprattutto, ormai decisamente prevalente nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia. Una volta re-inquadrati i reati di prostituzione come veri e propri reati contro la persona, infatti, si potrebbe ritenere che, nei casi di prostituzione "volontariamente e liberamente esercitata", chi si prostituisce abbia il diritto di acconsentire – e financo di richiedere – ad altri condotte di procacciamento del cliente o più in generale di favoreggiamento. Un consenso che andrebbe ad escludere in concreto

¹ Si veda la nota precedente per un elenco di miei lavori in cui avevo in passato sostenuto questa tesi. Per un primo commento alla Ordinanza, breve ma accurato, rinvio a F. P. LASALVIA, *Reclutamento e favoreggiamento delle escort alla Consulta: prove di diritto penale liberal*, in *Il Quotidiano Giuridico* (rivista online), 5 marzo 2018.

l'offensività e dunque, di conseguenza, se non la stessa la tipicità, quantomeno l'antigiuridicità del fatto².

Restano comunque ferme le argomentazioni relative alla incostituzionalità delle predette ipotesi della legge del '58, che – in difetto di una siffatta eventuale reinterpretazione – sono a mio avviso del tutto fondate.

2. Il tema.

Le questioni sul tappeto, nel caso che ci occupa, sono le seguenti:

- 1) La problematica della incostituzionalità di alcune ipotesi della Legge Merlin;
- 2) La possibilità di reinterpretazione di alcune di quelle ipotesi al fine di scongiurarne l'incostituzionalità.

Al fine di proseguire nell'analisi, pare opportuno premettere che il principale imputato del procedimento culminato nell'Ordinanza della Corte d'Appello era stato condannato dai giudici di primo grado (citata nella stessa Ordinanza) per i soli reati di reclutamento (art. 3 n. 4 legge n. 75 del 1958) e favoreggiamento (art. 3 n. 8 legge cit.). È dunque su questi due reati che si incentreranno le mie riflessioni.

Altro dato determinante che va subito premesso è che a più riprese la sentenza di primo grado aveva sottolineato che le escort che l'imputato avrebbe reclutato o favorito avevano agito in piena libertà. Ovvero si erano determinate agli atti prostitutivi di cui a processo del tutto volontariamente, senza condizionamenti di sorta. Neppure è risultato a processo che esse siano state obbligate ad adempiere ad indiscriminate prestazioni sessuali verso terzi: infatti si è trattato di episodi relativi ad un unico cliente, nei confronti del quale, oltretutto, le escort ben avrebbero potuto, al momento opportuno, rifiutare ogni prestazione sessuale.

Nella sentenza di primo grado non solo emerge che le escort hanno agito in piena libertà e con piena volontà, ma che non hanno subito alcun danno, ma tutt'al più vantaggi, dagli episodi prostitutivi a loro addebitati. Alcune di loro si erano infatti costituite parte civile, ma i giudici di prime cure hanno recisamente negato ogni risarcimento del danno (morale o materiale) proprio per la mancanza di alcun danno arrecato alle stesse.

Le vicende oggetto di giudizio nel processo di cui all'Ordinanza, dunque, si caratterizzano, nell'ambito della materia "penale-prostituzionale", come veri e propri "casi di scuola". Esse si prestano perfettamente ad una discussione giuridica sulle questioni sopra esposte (possibile incostituzionalità di alcune delle norme della legge Merlin, ed eventuale reinterpretazione di alcune delle fattispecie della legge stessa). Una discussione che può farsi con relativa "serenità", in questo caso, visto che, da un lato, non sono addebitati all'imputato i reati "peggiori" della legge Merlin (sfruttamento, induzione o altri, specie se aggravati *ex art. 4 della legge*); e che, dall'altro, siamo ben

² Anche su questo punto, sostenevo già da anni la necessità di dar maggior rilievo al *consenso* dell'offeso nei reati di prostituzione, sempre condividendo la tesi col collega Paolo Veneziani, in A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2004, p. 217.

lontani da ipotesi di prostitute “da strada” sfruttate e magari costrette a concedere il loro corpo ad altri.

In fondo, i quesiti che dobbiamo porci in questa sede sono i seguenti: è giusto punire chi procura un cliente ad una prostituta (*rectius* escort), la quale è perfettamente libera nella sua scelta di prostituirsi, e per la quale il procacciamento di un cliente rappresenta addirittura un vantaggio? Si può dire che un simile fatto leda il bene giuridico protetto oggi dalle norme in materia? Si può dire che la punibilità di una simile ipotesi (se ritenuta inevitabile sul piano interpretativo delle norme relative) sia conforme a Costituzione? Si può, infine, procedere ad una reinterpretazione delle norme applicabili, in modo da escludere queste ipotesi “di scuola” dall’operatività delle stesse senza passare attraverso una declaratoria di incostituzionalità?

3. “Prostituzioni”.

Come è stato ben rilevato nell’ambito dei più recenti studi criminologici³, non si può parlare di “prostituzione” al singolare, come se si trattasse di un fenomeno unitario, ma piuttosto di “prostituzioni”. Vi sono varie categorie di prostitute, che oltretutto oggi non sono più tutte dello stesso genere, ma spaziano fra il genere femminile, quello maschile, ed altri ancora. Le prostitute – userò sempre il femminile, più per comodità e per rispetto della tradizione che per ossequio alla realtà sociale sempre più frastagliata – sono inquadrabili in una vera e propria scala “gerarchica”, sotto il profilo del disvalore dei fatti di cui esse stesse sono bene o male protagoniste. Pur semplificando, possiamo distinguere almeno fra tre categorie: a) si parte dalla ragazza di colore o extracomunitaria traghettata in Italia sotto il pretesto di darle un lavoro, e che viene poi sbattuta nel mercato del sesso, e costretta a prostituirsi magari con violenze minacce ed altro (qui la prostituzione si mescola alla vera e propria tratta): chiamiamola generalizzando *prostituzione coattiva*; b) si passa alla giovane ragazza che per estremo stato di bisogno è costretta – in qualche modo – a prostituirsi; appaiata a questa potremmo inquadrare la giovane tossicodipendente che per procurarsi la droga vende il suo corpo: chiamiamola pur con approssimazione *prostituzione necessitata*; c) all’estremità “inferiore” di questa scala gerarchica, troviamo la “escort”, ovvero una ragazza che accompagna ricche persone bisognose di compagnia, e più o meno occasionalmente, nell’ambito di questa attività, si prostituisce, spesso scegliendo il cliente, e rifiutando dunque chi non le aggrada per qualche motivo: chiamiamola *prostituzione volontaria, o libera, o per scelta*.

A queste varie tipologie di prostitute corrispondono spesso varie tipologie di clienti, e varie tipologie di “sfruttatori”, “reclutatori” e “favoreggiatori”. Nell’ambito dell’ultima categoria, quella delle escort, i clienti sono spesso ricchi o benestanti, e

³ I. MERZAGORA – G. TRAVAINI, *Prostituzioni*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 38-55. A questo volume si farà spesso riferimento nel presente scritto. Sugli aspetti criminologici, ancor più di recente, v. gli stessi I. MERZAGORA – G. TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2017, p. 635 ss.

raramente aggressivi o brutali; non di rado è assente la figura dello sfruttatore; e resta chi le procura clienti e chi le favorisce nella loro attività, magari occasionalmente. La escort comunque di norma non dipende da nessuno, e il “favoreggiatore” le dà fondamentalmente una mano per trovare il cliente o più in generale per agevolarne l’attività. Si tratta, per usare categorie del diritto del lavoro – che come si vedrà non sono poi così fuori luogo – di una *lavoratrice autonoma*, e non subordinata⁴.

È chiaro che sotto il profilo criminologico le figure di prostitute che necessitano protezione penale sono essenzialmente le prime due. Queste, sempre per usare terminologie care ai criminologi, sono da considerare vere e proprie “vittime”. Non così le escort, che sono semplicemente persone che effettuano scelte di vita magari non approvate dalla morale dominante, ma che non sono vittime di nessuno, né del cliente né del favoreggiatore (o reclutatore): entrambi recano solo vantaggi alle escort e al loro lavoro. Si può infatti dire, relativamente a questa terza categoria di persone, come meglio vedremo, che il loro “mestiere” sia considerabile a tutti gli effetti un “lavoro”.

Nel caso che ci occupa, siamo sicuramente nell’ambito della terza categoria, quella sub c), ovvero di quella di escort che non devono e non possono assolutamente essere considerate vittime, e che esercitano per libera scelta, magari anche solo occasionalmente, un lavoro, probabilmente immorale, ma che non reca danno a nessuno e men che meno a loro stesse. Questo è del resto quanto attesta la stessa citata sentenza di primo grado nel processo barese, che sottolinea da un lato la libertà della scelta delle escort di cui ai fatti considerati, e dall’altro la mancanza assoluta di qualsiasi danno, morale o materiale, nei loro confronti. Va inoltre ribadito che le escort in questione, come spesso accade nel settore, sono “libere professioniste”, o comunque lavoratrici autonome, non dipendendo da nessuno e non essendo inserite in alcuna organizzazione prostitutiva.

Se relativamente alle categorie di prostitute sub a) e sub b) (e pur considerando le mille sfumature che troviamo fra un caso e l’altro nella realtà sociale) si può giustificare un l’intervento penale (che deve anzi essere particolarmente severo nelle ipotesi più gravi), per le persone di cui alla terza categoria, quella sub c), in realtà, la questione della legittimazione dell’intervento penale è tutta da discutere, ed anzi, come si vedrà, è da risolvere decisamente in senso negativo, almeno per alcune delle ipotesi di cui alla legge Merlin.

4. La legge Merlin nella sua genesi: brevi cenni.

Al fine di proseguire il discorso sull’attuale assetto della legge Merlin e sulle questioni di cui si è detto, occorre premettere almeno brevi cenni sulla genesi della legge del 1958.

Come è noto, anteriormente al 1958, in Italia vigeva un sistema di regolamentazione della prostituzione. Non è il caso di entrare in dettagli sul punto, e del

⁴ Esistono anche vere e proprie organizzazioni di escort, ma non è il caso di cui al processo barese.

resto si tratta di cose per lo più note, ma la prostituzione si svolgeva nelle c.d. “case chiuse”, che dovevano essere autorizzate dall’autorità, e dove le prostitute erano soggette a costanti controlli sanitari al fine di evitare il più possibile la propagazione di malattie veneree.

Sarebbe complesso cercare di descrivere in modo attendibile quelle realtà. Vi è chi le ha dipinte come realtà addirittura gioiose e serene⁵, e chi ha evidenziato gli aspetti più crudi e foschi di quegli ambienti⁶.

Certamente, se consideriamo la condizione generale della donna in Italia a quel tempo (si tratta di sessanta anni fa!), ci rendiamo conto che le ragazze o donne che si trovavano nei “bordelli” non dovevano godere di grande libertà, ed è verosimile pensare che molte di esse fossero in un modo o nell’altro costrette – si pensi alla povertà italiana del dopoguerra – a fare “il mestiere più antico del mondo” per campare o comunque per cercare di risollevarne la loro condizione economica di partenza.

I motivi per cui si giunse alla approvazione della legge “Merlin” (dalla senatrice socialista Lina Merlin, costituente e prima donna ad entrare nel Senato italiano) sono vari. In primo luogo al tempo vi era un movimento internazionale – sorto in Inghilterra nelle ultime decadi dell’Ottocento – per l’abolizione delle case di prostituzione. Erano anche stati approvati documenti internazionali in questo senso. Nel corso dei decenni, in molti stati (a partire dai paesi nordici) si era già attuata la svolta “abolizionista”, e l’Italia arrivò quasi ultima a quel traguardo, una decina d’anni dopo la Francia.

Gli abolizionisti avevano come ultimo obiettivo quello di eliminare *in toto* la prostituzione. A questo fine, il primo passo era quello di chiudere i bordelli legalizzati. La prostituzione non doveva essere proibita in quanto tale, anche perché le prostitute si ritenevano comunque vittime, e non le si voleva punire. Tuttavia, si dovevano reprimere tutte le condotte di terzi collegate alla prostituzione, e necessarie il più delle volte per rendere *tout court* possibile l’esercizio stesso della prostituzione. Ciò al fine di rendere quasi impossibile alle prostitute di accedere alla “professione” e di esercitarla. La legge approvata nel ’58 ha, coerentemente con questi obiettivi, dato vita ad una fittissima maglia di divieti penalmente sanzionati. L’art. 3 punisce non solo tutte le condotte relative alla apertura o gestione di case chiuse; ma anche la concessione in locazione di locali ad uso di prostituzione; il reclutamento di prostitute; l’induzione alla prostituzione; e infine, a chiusura, lo sfruttamento e il favoreggiamento della prostituzione.

Come al solito, è difficile ricostruire la *voluntas legislatoris* dell’epoca come una cosa unitaria, ché infatti molte erano le differenti anime che contribuirono all’approvazione della legge. Sono molto istruttive comunque le parole del relatore del progetto di legge al Senato senatore Boggiano Pico, e del relatore del progetto alla Camera onorevole Tozzi Condivi. Il cattolicissimo Boggiano Pico⁷ riferiva delle condizioni dei bordelli (derivando le notizie da reports della Società delle Nazioni): “Le

⁵ I. MONTANELLI, *Addio Wanda!*, Milano, 1956, in una dura critica alla nuova legge ormai in via di approvazione.

⁶ Si vedano ad es. le relazioni Boggiano Pico e Tozzi Condivi di cui al testo tra breve.

⁷ Si veda la voce Boggiano Pico, Antonio, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 11 (1969), versione online.

ragazze sono costrette a mettersi a disposizione in qualunque momento di ogni cliente, anche il più ripugnante. La loro dignità umana è annullata”⁸. Sfruttate sessualmente, non raramente erano costrette a ricevere dieci uomini e anche più in una sola notte. Sottolineava anche la grande importanza, nella società d’allora, che le ragazze potessero giungere vergini al matrimonio; e che le spose potessero essere sempre fedeli ai mariti. Ribadiva inoltre che vari studi medico-antropologici sulla sessualità dell’essere umano avevano attestato che il rapporto poligamico era contrario alla natura della specie umana. Condannava aspramente il sesso come piacere: “prendere la *libido coeundi* come finalità significa ridiscendere alla pura animalità, rinnegando la dignità umana”. Sottolineava poi l’illiceità e l’immoralità del rapporto di prostituzione, dove oltre alla libertà veniva lesa la dignità umana. E ribadiva che la prostituta nelle case chiuse non godeva di alcuna libertà, “poiché a nessuno che lo richieda può ricusarsi”. Neppure era di norma concesso alle prostitute comunicare con l’esterno, se non con lo sfruttatore.

Ancor più marcatamente cattolica l’impronta del discorso dell’onorevole Renato Tozzi Condivi. In un sito web dell’azione cattolica⁹, di lui – rimasto vedovo assai giovane – si scrive: “Pur ancora molto giovane non cerca di risposarsi, mantenendo nei confronti della donna un atteggiamento fatto di enorme rispetto e pure di timidezza: per lui la donna era la mamma, la moglie, la figlia, la Santa Madre di Gesù verso la quale nutrì sempre grande devozione”. L’onorevole democristiano più volte parla di rispetto della morale nel suo discorso. Il progetto di legge segnava “le premesse necessarie per giungere ad una più completa elevazione della morale pubblica”¹⁰. Torna poi sulla questione della dignità umana. E quanto alla libertà, rimarca che “la prostituta non è libera. La prostituzione regolamentata ammette questa degradazione della libertà”. Il Tozzi Condivi, in linea con le prescrizioni cattoliche, invita all’utilizzo dell’istinto sessuale solo per finalità di procreazione, in quanto ogni deviazione da queste finalità porta ad una “degradazione della dignità della persona umana”. E conclude sottolineando che, se anche la legge diverrà famosa come “legge Merlin” [socialista, N.d.R.], essa sarà in realtà considerata sempre come la “più alta legge cristiana”.

Le citazioni, pur concise, ci fanno respirare l’atmosfera di quei giorni, e comprendere molti degli obiettivi dei compilatori della legge.

Ci evidenziano anche il fatto che con la legge si voleva colpire soprattutto lo sfruttamento della prostituzione, e del resto il titolo della legge (“Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui”) lo evidenzia chiaramente. Le case chiuse dovevano essere abolite non solo perché erano sinonimo di uno “Stato ruffiano” che la mentalità cattolica e benpensante

⁸ Il discorso di Boggiano Pico fu pubblicato in G. GUSTAPANE, *Casa di prostituzione e lenocinio*, Lecce-Galatina, 1959, p. 223 ss.

⁹ Si veda il sito “santiebeati.it”.

¹⁰ Anche il discorso dell’onorevole Tozzi Condivi si trova pubblicato in G. GUSTAPANE, *Casa di prostituzione*, cit., p. 257 ss. Va aggiunto che era diffusa all’epoca l’idea che la donna prostituta fosse persona deviante e immorale, ed anche socialmente pericolosa (l’eco della concezione lombrosiana della prostituta come “donna delinquente” non si era probabilmente ancora spento): si veda sul punto, con citazioni dai lavori preparatori della legge del ’58, R. DAMASO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, in *Studi sulla Questione Criminale*, XI, n. 2, 2016, pp. 9-41, ed ivi p. 23.

di allora non poteva tollerare; ma anche perché le prostitute nei bordelli erano davvero – almeno a sentire quei discorsi¹¹ – private della loro libertà, anche e soprattutto di scelta del cliente. Dunque toglierle dalle case di tolleranza significava, secondo i proponenti della legge, garantire in fondo la loro libertà, e con essa la loro dignità.

In definitiva, per capire lo spirito della legge ci si deve porre nel contesto del tempo, e di una prostituzione davvero sfruttata e quasi coatta all'interno dei bordelli di Stato.

Non solo. È più in generale la condizione della donna che a quel tempo era lontana miglia da quella odierna¹². Si pensi che le donne all'epoca avevano avuto il diritto di voto solo da pochi anni. Ancora, una donna non poteva diventare magistrato, cosa che avvenne solo a partire dal 1963. Nel codice penale, era previsto il delitto di adulterio solo per la donna, perché solo per lei vigeva un obbligo “penale” di fedeltà. Il marito poteva essere punito solo se commetteva “concubinato”, ovvero se manteneva presso la casa coniugale o altrove una “concubina”. Solo alla fine degli anni '60 la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità di quelle norme antichate e sessiste. In famiglia vigeva d'altra parte la “patria potestà”, trasformata solo nel 1975, con la riforma del diritto di famiglia, in “potestà genitoriale”, equiparando il ruolo di marito e moglie nella educazione dei figli (istituto ulteriormente ritoccato nel 2013 nella meno autoritaria “responsabilità genitoriale”). Lo stesso marito deteneva nei confronti della moglie la “potestà maritale”, nonostante l'art. 3 della Costituzione e la parità fra i sessi in esso contemplata (su emendamento della stessa senatrice Lina Merlin): anche questa “superiorità normativa” del marito fu eliminata nel 1975. La moglie non poteva – anche per questa disparità – negare di concedersi sessualmente al marito, sicché il marito che ne pretendeva violentemente l'amplesso non commetteva violenza carnale (art. 519 c.p.) essendone esentato (in Italia, come altrove: v. la “*marital rape exemption*” del diritto inglese). Solo attorno al 1977 la Cassazione italiana giunse a condannare lo “stupro maritale”, con una storica svolta giurisprudenziale.

Non occorre proseguire in questa infinita carrellata per dimostrare quanto grande fosse la differenza fra uomo e donna – persino nelle leggi dello Stato – fino almeno ai primi anni '70. Un abisso che naturalmente si ripercuoteva anche in materia di prostituzione, dove la donna era ancor più sottomessa all'uomo rispetto a quanto avveniva negli ambiti di vita sociale normale, fino a perdere quasi completamente la propria libertà (nelle stesse case chiuse) e ad essere oggetto di sfruttamenti vari da parte di persone di dubbia moralità, non a caso denominati con vari epiteti spregiativi (“pappone”, “magnaccia”, “lenone”, “ruffiano”, ecc.).

Considerato quanto finora detto, anche se si possono nutrire forti riserve sulla legge Merlin (una brutta legge, mal scritta, che affastellava fattispecie fra loro molto diverse¹³, e che presentava vari aspetti di ipocrisia “all'italiana”), si deve riconoscere che,

¹¹ Ben diversamente, come accennato, la pensava ad esempio Indro Montanelli, fiero oppositore, con tanti altri, della legge Merlin.

¹² Sul punto rinvio ad A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 284-285.

¹³ Fu duramente criticata sotto l'aspetto tecnico sin dall'inizio da tutti i giuristi italiani. Per tutti, v. F.

allora, essa costituì un passo avanti, o almeno aveva questo obiettivo. In particolare, tenendo conto del fatto che la donna – già bistrattata da una società arretrata e maschilista – nei postriboli autorizzati perdeva sostanzialmente ogni libertà e ogni dignità, con la nuova legge si voleva ridare libertà e dignità a queste persone, liberandole da quella sorta di schiavitù costituita dai “bordelli di Stato”.

5. Le fattispecie della legge Merlin.

Solo a seguito della pur rapida sintesi dianzi svolta relativamente al contesto in cui sorse la legge Merlin, si possono forse comprendere le scelte da essa effettuate.

Il bene giuridico, intanto. Esso, nello spirito dei compilatori della legge – pur nella confusione di idee già allora diffusa – era certamente la moralità pubblica. Tuttavia, gli artefici della legge dovevano anche mirare a proteggere la libertà della donna-prostituta. Ciò nel senso che le fattispecie ricalcavano la figura della prostituta di allora, che, come si diceva, era una persona che nei bordelli perdeva sostanzialmente ogni libertà. Non si pensava, in quel momento, alla figura della prostituta che per scelta avesse deciso di svolgere quel mestiere come attività “libero-professionale”, perché non era quella la realtà su cui i compilatori della legge volevano incidere. La stessa dignità umana, della prostituta, si riproponeva nei discorsi dei lavori preparatori della legge, per il medesimo motivo: quelle donne, costrette fra le quattro mura dei “casini di Stato”, obbligate a far sesso con chiunque, senza possibilità di cernita o di rifiuto, e spesso sfruttate da uomini senza scrupoli nella loro vita privata, avevano abdicato, più o meno coattivamente, alla loro dignità, in una vita di degrado stigmatizzata persino dalle teorie lombrosiane della “donna delinquente”¹⁴.

L'intervento della legge Merlin era sicuramente paternalistico, nel senso che la legge si sostituiva alla stessa volontà delle prostitute impedendo loro di proseguire la vita del bordello, e proteggendole dalla stessa loro possibile scelta di prostituirsi. Ma i motivi di tale ingerenza paternalistica erano radicati nella realtà degradata delle case chiuse, dove le stesse donne – per scelta o non – abdicavano ad ogni possibile libertà futura, gettandosi nelle spire di un ingranaggio che non perdonava, e che le avrebbe costrette ad accettare tutto e tutti, solo per qualche spicciolo magari da devolvere al magnaccia di turno. Il fatto è che nella società di quel tempo, e considerando la condizione della donna di quegli anni (i primi progetti Merlin risalgono agli anni '40!), una tutela paternalistica aveva forse senso, e sicuramente lo aveva se l'obiettivo

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Milano, 1966, p. 414: “le disposizioni penali della legge, a prescindere dai motivi, quanto mai discutibili, di politica legislativa che hanno determinato la riforma, appaiono sotto l'aspetto tecnico, come già la quasi unanime dottrina nei primi scritti ha avuto modo di rilevare, così infelicemente espresse che l'interprete non riesce a sottrarsi ad un senso di vero e proprio smarrimento. Si direbbe che le preoccupazioni di natura extragiuridica, nonché la fretta, abbiano fatto dimenticare i principi fondamentali che la scienza e la tecnica del diritto, con lunghi e faticosi sforzi, hanno elaborato per la formulazione delle leggi”.

¹⁴ C. LOMBROSO – G. FERRERO, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino, 1893, *passim*.

principale era quello di eliminare luoghi così squallidi come i bordelli, e reprimere ogni condotta capace di riproporne l'esistenza.

Le fattispecie introdotte evidenziavano questi obiettivi del legislatore e il clima nel quale la legge si muoveva¹⁵. Pur senza voler qui eccedere nell'analisi, è chiaro che tutti i delitti di cui ai primi 4 numeri dell'art. 3 della legge avevano di mira l'abolizione delle case chiuse e il divieto di ricostituirne di nuove. Lo stesso n. 4), relativo al reclutamento, aveva senso, anche terminologicamente, solo nella prospettiva della prostituzione come la si era vista all'opera nei bordelli di Stato fino al 1958. Si "reclutava" una prostituta al fine di inviarla in una casa chiusa, di metterla "al soldo" di qualcuno o di una qualche organizzazione volta alla gestione e allo sfruttamento della prostituzione. Non è un caso che la legge richiedesse che il reclutamento avvenisse al fine "di farle esercitare la prostituzione", laddove è chiaro che si intendeva non l'attività di chi reperiva una donna disinibita disposta a concedersi per denaro ad un cliente isolato e per un episodio isolato, ma quella di chi "ingaggiava" una donna (che fosse o meno già prostituta) al fine di farle esercitare il mestiere nel modo tradizionale che allora era usuale. Nel contesto in cui nasceva la legge, il "reclutamento" dunque doveva essere un delitto di una certa gravità, proprio perché era attraverso il reclutamento che avveniva la formazione del "materiale umano" delle case di tolleranza.

Quanto alle fattispecie di induzione, esse evidentemente miravano a colpire chi portava donne "oneste" verso la "cattiva strada" della prostituzione. Qui era chiaro un intento paternalistico e moralistico. Paternalistico, perché si riteneva che la "debolezza" della donna (peraltro effettiva all'epoca) necessitasse di tutela rafforzata anche solo verso gli "allettamenti" di terzi a dedicarsi al mestiere; moralistico, perché si riteneva comunque moralmente disdicevole l'avviamento verso la strada del mercato del sesso, a prescindere dalla considerazione di libertà di autodeterminazione in materia al tempo lungi dall'essere anche solo immaginate, specie per le donne (che, come diceva Boggiano Pico, dovevano giungere "vergini" al matrimonio). Tuttavia, la repressione dell'induzione, specie allora, poteva avere un senso, proprio per la considerazione della particolare vulnerabilità della donna, specie di bassa condizione sociale, nella società dell'epoca. Va sottolineato, in effetti, che la fattispecie di cui al n. 5) si applicava in base al dettato normativo solo relativamente all'induzione di una "donna". Una simile disparità di trattamento, sicuramente contrastante, in astratto, con l'art. 3 Cost., in concreto, nella società di allora, poteva, se non giustificarsi, quantomeno comprendersi. Oggi, nel contesto attuale, deve ritenersi sicuramente incostituzionale.

Il n. 7) riguardava ancora una volta sostanzialmente la prostituzione organizzata, questa volta illegalmente, attraverso associazioni dedite al reclutamento delle persone per la prostituzione, ovvero sostanzialmente al fenomeno oggi noto come "tratta".

¹⁵ Si rinvia per analisi delle fattispecie, nell'ambito di opere uscite poco dopo l'entrata in vigore della legge, fra gli altri, a G. GUSTAPANE, *Case di prostituzione*, cit.; F. Leone, *Delitti di prossenetismo ed adescamento*, Milano, 1964.

Assai centrata la ricostruzione dell'impianto della legge fatta a neppure vent'anni dalla sua entrata in vigore da F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, pp. 695-707.

Il n. 8), come noto, prevedeva le fattispecie residuali dello sfruttamento e del favoreggiamento della prostituzione.

La repressione penale dello sfruttamento aveva *ictu oculi* un senso, specie in quel contesto. Naturalmente si doveva trattare di reato abituale, visto che la prostituzione, così come intesa allora, era un vero e proprio “mestiere”. La repressione del favoreggiamento poteva porre maggiori problemi di legittimazione. Che senso aveva punire chi favoriva una prostituta nella sua attività, quando la legge non richiedeva espressamente un esercizio coattivo del mestiere? Ebbene, anche qui si può capire quel reato solo mettendosi nella prospettiva di chi viveva al tempo delle case chiuse e della prostituzione di Stato. I compilatori della legge non pensavano certo alle odierne “escort”. Pensavano alle ragazze sfruttate nei bordelli e costrette a cedere il loro corpo a chicchessia indiscriminatamente, senza possibilità di scelta o di rifiuto del cliente. In questo contesto, era forse comprensibile – anche in un’ottica di abolizione delle case chiuse – pensare di punire il semplice favoreggiamento. Non si contemplava neppure l’ipotesi di una prostituzione davvero libera; e nei casi in cui si poteva ravvisare una qualche scelta da parte della prostituta, una tale scelta veniva ritenuta immorale e comunque offensiva della dignità. Si ricordino le parole di Boggiano Pico: le ragazze dovevano giungere vergini al matrimonio. Cosicché si interveniva paternalisticamente senza riconoscere una vera e propria libertà di autodeterminazione in campo sessuale alle giovani donne.

6. Il bene giuridico: evoluzione.

Nei primi tempi, la dottrina e la giurisprudenza interpretarono il bene giuridico dei reati in esame collocandolo prevalentemente nella moralità pubblica e nel buon costume¹⁶. Una riprova di ciò si ha nel fatto che per molto tempo non si è ritenuta ammissibile la costituzione di parte civile, salvo i casi delle aggravanti di cui al n. 1) dell’art. 4, che richiedevano la violenza o la minaccia e dunque anche la lesione di un bene individuale (sul punto v. *infra*, § 6.2.1 e altrove). Invero, persona offesa dei delitti in questione, non aggravati, era ritenuto lo Stato, non persone fisiche determinate.

Ovviamente, così inquadrati i reati di prostituzione, si prescindeva dall’accertamento dell’esistenza di una vittima. O meglio, forse si può dire che, nell’ottica del legislatore del ’58, la prostituta doveva considerarsi presuntivamente una vittima, nel senso che la si inquadrava per come essa si trovava costretta ad agire nell’ambito delle case di prostituzione. Del resto abbiamo visto che la prospettiva era comunque paternalistica. Non si prendeva in considerazione il punto di vista della prostituta, ma beni a lei superiori quali la stessa moralità o la dignità. Questo concetto di dignità poi era tutto particolare. Non si trattava di una dignità soggettiva, personale, legata alla concezione che ogni donna poteva avere di sé stessa; ma di una dignità

¹⁶ Fra i tanti G. GUSTAPANE, *Casa di prostituzione e lenocinio*, Galatina, 1959, *passim*; A. CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, p. 73.

oggettiva, impersonale, legata a ciò che lo Stato o la morale corrente riteneva un comportamento giusto e appropriato per una ragazza (v. *amplius infra*, spec. § 7.1.2.1).

Questa concezione – legata alla genesi delle fattispecie in materia – è stata seguita per decenni, anche se pian piano la dottrina ha cominciato a suggerire impostazioni diverse. Si può citare Francesco Palazzo, che, sulle orme dello stesso Antolisei, già a metà degli anni '70 sosteneva che la legge aveva inteso “garantire la libertà sessuale della prostituta”¹⁷.

Occasionalmente, questo bene giuridico emergeva anche in giurisprudenza, già negli anni '80¹⁸, anche se prevalente continuava ad essere l'inquadramento sotto l'ala protettrice della moralità pubblica.

La dottrina, col passare degli anni, ha sempre più spostato l'asse della tutela verso il “nuovo” bene giuridico *libertà di autodeterminazione della persona in materia sessuale*. Oggi si può dire che questo è l'orientamento decisamente dominante, e ormai costante della dottrina¹⁹.

Anche la giurisprudenza ha fatto altrettanto, sia pur con qualche ritardo rispetto alla dottrina. A partire soprattutto da una sentenza della Cassazione del 2004²⁰ che peraltro traeva spunto da altri interessanti precedenti (come la già citata sentenza del 1985) - si è proceduto ad una ridefinizione del bene giuridico, con una deviazione dalla impostazione dalla stessa sentenza definita “moraleggiante” della giurisprudenza precedente. Ad avviso della Cassazione, la legge Merlin aveva proceduto a porre in primo piano, “accanto alla salvaguardia della moralità pubblica, del buon costume e dell'ordine sociale, evidenziata da alcune sanzioni marginali in tema di adescamento e di turbativa della pubblica tranquillità, la dignità e la libertà della prostituta”. Il “nuovo” bene giuridico individuato dalla sentenza *de qua* è dunque quello della “*dignità e la libertà della persona umana con particolare riguardo al libero esercizio del meretricio* al fine di evitare lo sfruttamento della stessa o comunque il pericolo di una qualsiasi forma di speculazione”. Questo bene giuridico deve ritenersi, per il giudice di legittimità, “preminente rispetto all'altro” (ovvero a quello “vecchio” della moralità pubblica), e le fattispecie della legge Merlin dovrebbero essere reinterpretate alla luce di questo bene giuridico, in modo “costituzionalmente orientato”.

¹⁷ F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, cit., p. 704. V. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 416.

¹⁸ Si veda Cass., sez. II, n. 5838 del 15 febbraio 1985, Rv. 169748 (citata anche dal giudice di prime cure, p. 36 della sentenza).

¹⁹ Da ultimi A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 282 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2011, pp. 309-310; F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in A. CADOPPI (a cura di) *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 302 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 315 ss; nonché L. BONTEMPI, in *Codice penale commentato* a cura di E. DOLCINI e G.L. GATTA, Milano, 2015, vol. III, pp. 1988-1989; ed ora V. BONFANTI – P. Di Nicola, in P. DI NICOLA – V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, Milano, 2015 e *passim*; T. PADOVANI, *La disciplina penale della prostituzione*, Pisa, 2015, p. 372; e nella sostanza M. BERTOLINO, *Introduzione al focus*, in *Focus: prostituzione e tratta. Lo sfruttamento sessuale della persona nella globalizzazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 627 ss., ed *ivi* p. 631.

²⁰ Cass. Pen., Sez. III, 8 giugno 2004, n. 35776.

La giurisprudenza più recente sembra sul tema sempre più incline ad accogliere questa impostazione. Va peraltro detto che non mancano isolate sentenze più “conservatrici” che mantengono il vecchio inquadramento della moralità pubblica e del buon costume²¹, e altre “intermedie” che abbinano l’originario, vetusto interesse tutelato a quello più “moderno” della libertà di autodeterminazione sessuale della prostituta²².

Va rilevato che l’impostazione della importante sentenza n. 35776 del 2004 viene accolta in pieno anche da una pronuncia ancor più recente dalla Corte Suprema, ovvero la n. 49643 del 2015 (ud. 22 settembre e depos. 17 dicembre), particolarmente rilevante per il nostro caso, in quanto riguardante un processo milanese concernente fatti assai simili a quelli giudicati a Bari, e relativi a prostituzioni a vantaggio dello stesso cliente finale. In questa sentenza si legge che il bene giuridico sarebbe *tout court* quello della “libera autodeterminazione della prostituta a svolgere le proprie attività”.

Il processo di affrancazione dal bene giuridico moralità pubblica e buon costume – che del resto era quello delle fattispecie originarie del codice Rocco in materia di prostituzione – non lascia certamente sorpresi. La stessa sussistenza in generale del bene giuridico “moralità pubblica e buon costume”, oggi, può lasciare grandemente perplessi, se non addirittura suscitare forti dubbi di illegittimità costituzionale. In un ordinamento laico, in un sistema penale affrancato da contaminazioni con i precetti religiosi – caratteristica di altri sistemi molto lontani dal nostro, come buona parte di quelli islamici – non ha senso proteggere la “moralità pubblica in quanto tale”. Sul punto ci sarebbe da dir molto, e non è questa la sede per farlo. Si può rimandare per tutti a chi ha da tempo autorevolmente studiato queste tematiche con un’impostazione moderna e in linea con la nostra Costituzione²³.

Ma le opinioni dottrinali – come spesso accade – anticipano successivi sviluppi della giurisprudenza e della stessa legislazione. Il risultato è stato in pratica il progressivo annientamento dello stesso Titolo IX del codice penale²⁴, che, nell’impostazione originaria del codice Rocco (1930), doveva giocare un ruolo determinante nella tutela dei *boni mores* e della “ferrea moralità” dello Stato fascista; uno Stato – non dimentichiamolo – che nel 1929 aveva coi Patti lateranensi dichiarato la religione cattolica come “Religione dello Stato”.

Si è cominciato proprio con i reati in tema di prostituzione, che con la riforma del ’58 sono stati espunti dal codice penale, ed in particolare dallo stesso Titolo IX. Peraltro, come detto, inizialmente queste abrogazioni non hanno determinato un chiaro re-inquadramento delle nuove fattispecie extracodicistiche della legge Merlin sotto il profilo del bene tutelato. Nel 1996 è arrivata peraltro la riforma più cospicua, che ha privato il Titolo IX del più corposo gruppo di delitti, ovvero dei delitti c.d. “sessuali”.

²¹ Per es. Cass. Pen., sez. III, N. 4139 del 2012.

²² Per es. Cass. 9 novembre 2004, e 14 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 454 ss.

²³ G. FIANDACA, *Problematica dell’osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984. L’impostazione di Fiandaca è stata seguita dalla dottrina pressoché unanime e anche dalla giurisprudenza in importanti casi di cui si dirà nel testo.

²⁴ Sul punto mi permetto rinviare ad A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Introduzione alla parte speciale*, vol. I, V ed., Padova, 2016, pp. 261-286.

Essi – come è ampiamente noto – sono stati ricollocati con la legge n. 66 di quell’anno nell’alveo dei delitti contro la persona (Titolo XII), realizzando ciò che la dottrina e la stessa opinione pubblica auspicava da decenni. Era assurdo infatti inquadrare lo stupro ed altri reati del genere nell’ambito dei delitti contro la moralità pubblica, quando si trattava di violazioni di un diritto fondamentale e inviolabile della persona come la libertà di autodeterminazione sessuale.

Restavano nell’ex roboante Titolo IX ormai pochi reati, ed anzi sostanzialmente solo i delitti di cui agli artt. 527 e 528. In relazione a questi delitti, già la giurisprudenza, sulla scia delle illuminanti indicazioni della dottrina più moderna (*in primis* il citato Fiandaca), aveva sostanzialmente spostato l’asse dalla tutela del vetusto bene della moralità pubblica e buon costume a quello dell’individuo, relativamente alla libertà da intromissioni nella sfera della sua riservatezza costituite da ostentazioni di oscenità imposte allo stesso contro la sua volontà. Anche a seguito di questa ridefinizione del bene giuridico, la giurisprudenza (e così le stesse Sezioni Unite e la Corte Costituzionale²⁵), hanno avallato la esclusione dalla sfera di operatività della norma di cui all’art. 528 dell’esposizione per il commercio di videocassette pornografiche in sale frequentabili da soli adulti consenzienti.

La recente legge di depenalizzazione (d. lgs. N. 8 del 2016) ha spazzato via quasi integralmente anche ciò che restava dei detti artt. 527 e 528, trasformati, salvi alcuni rimasugli, in meri illeciti amministrativi²⁶.

Dunque, si può dire che ormai del Titolo IX non rimane quasi nulla di penalmente rilevante, a definitiva conferma dell’inattualità – per usare un eufemismo – del bene giuridico moralità pubblica e buon costume.

Considerando questo percorso, dicevo, non stupisce affatto che anche in materia di prostituzione, reati concepiti inizialmente (1958), pur ambiguamente, forse come reati contro la morale, o comunque come reati volti a proteggere paternalisticamente donne deboli e schiavizzate, a prescindere dalle loro scelte, l’interesse protetto venga oggi spostato con decisione verso la *tutela della persona*. I reati di prostituzione debbono essere considerati oggi reati contro la persona a tutti gli effetti. E in particolare come reati contro la *libertà di autodeterminazione in materia sessuale* di chi si vuole prostituire.

7. Conseguenze della ridefinizione del bene giuridico.

Naturalmente questa ridefinizione porta con sé varie conseguenze.

²⁵ Cass., SS.UU., 1° ottobre 1991, in *Foro it.*, 1992, II, c. 183 ss. (con qualche differenza sul piano del bene giuridico, ma con risultati applicativi analoghi a quelli auspicati dal Fiandaca); Corte cost., 9-27 luglio 1992, n. 368, in *Giur. Cost.*, 1992, 2935, con note di F. RAMACCI e di R. ORRÙ. V. anche successivamente Cass., SS.UU., 24 marzo 1995, in *Foro it.*, 1996, II, c. 17 ss., per ribadire l’orientamento assessorio precedente, nel frattempo messo in discussione da alcuni contrasti giurisprudenziali.

Sul tema rinvio tra gli altri ad A. CADOPPI, in A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I reati contro la persona*, T. I, Padova, 2014, p. 137 ss.

²⁶ Sarebbe interessante approfondire la questione, ma non appare necessario per la prosecuzione del presente contributo.

7.1. *L'incostituzionalità del reato di favoreggiamento e di altri delitti della legge.*

La prima conseguenza che si può trarre dal nuovo inquadramento del bene giuridico rilevante in materia è l'incostituzionalità di alcune almeno delle fattispecie della legge Merlin.

Al fine di procedere nella dimostrazione della tesi, occorre procedere per gradi.

7.1.1. Le violazioni del principio di legalità.

In primo luogo, numerose sono le violazioni del *principio di legalità* nell'ambito della legge del '58.

7.1.1.1. La nozione di "prostituzione".

La legge Merlin, come è noto, non ha definito la nozione di "prostituzione". Questo è avvenuto molto probabilmente perché all'epoca si sapeva bene cosa si dovesse intendere per prostituzione.

Si trattava di un fenomeno ben più "unitario" di oggi. La prostituzione maschile era quasi assente, cosicché nella quasi totalità dei casi la prostituta era una donna. Non solo: si è visto più sopra – pur in sintesi – com'era la vita nei bordelli e quale era la condizione reale delle prostitute. Si è visto che le donne dedite a questo mestiere lo svolgevano in modo continuativo, passando di "casino" in "casino", al servizio costante dei tenutari delle case chiuse. Non avevano libertà di rifiutare i clienti, e spesso erano costrette a ricevere numerosi clienti nel corso di una sola notte.

Di qui, vari caratteri tipici della prostituzione. Essa richiedeva l'offerta indiscriminata e abituale del proprio corpo a fini sessuali da parte di una donna in cambio di un corrispettivo economico da parte dei clienti.

Si può dire dunque che la mancata definizione di prostituzione, allora, probabilmente non comportava violazioni del precetto costituzionale di determinatezza, perché il concetto era ben ricavabile dalla realtà sociale e anche dalle norme del TULPS vigenti fino all'entrata in vigore della legge del '58 (art. 190 ss.). Del resto, il bene giuridico "moralità pubblica" (e lo stesso bene "salute pubblica" talora menzionato nei commenti del tempo) aiutava in tal senso a restringere le condotte rilevanti a quelle tipiche della prostituzione anteriormente regolamentata. Ciò nonostante, non mancarono anche nei primi anni dall'adozione della legge dispute dottrinali sull'estensione del concetto²⁷.

²⁷ Per tutti si può citare P. NUVOLONE, *Sul concetto di prostituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, e successivamente ripubblicata in *ID.*, *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, vol. II, Padova, 1969, pp. 954-956.

Col passare del tempo, il mutare del “mestiere”, ma soprattutto l’emergere di varie tipologie e persino “generi” di prostituzioni e di prostitute, ha portato ad una progressiva disgregazione del concetto unitario di prostituzione. Come si diceva più sopra, i criminologi parlano oggi di “prostituzioni”, sicché non è facile capire se tutte queste tipologie debbano rientrare nel concetto di prostituzione di cui alla legge Merlin, specie in rapporto alle norme penali della stessa.

Da un lato, questo estendersi delle varietà dei comportamenti *lato sensu* riconducibili al fenomeno prostitutivo ha portato la giurisprudenza ad ampliare via via, interpretativamente, la predetta nozione. Così, pian piano, è quasi sparita l’abitudine, almeno relativamente a certe fattispecie della legge, sicché – ad esempio – lo sfruttamento, che un tempo richiedeva necessariamente l’abitudine, col passare dei decenni è stato ricondotto alla punibilità anche di un solo episodio²⁸.

La stessa realizzazione di un rapporto o di atti sessuali col tempo si è pian piano svaporata nell’interpretazione giurisprudenziale. Oggi, si è passati a reprimere la stessa prostituzione *online*, almeno nelle ipotesi in cui si riscontri comunque una interazione fra il cliente e gli atti compiuti dalla prostituta. È venuta dunque a mancare pian piano la stessa necessità di un contatto fisico fra cliente e prostituta.

Non è ben chiaro allo stato quali atti siano necessari perché si abbia prostituzione, anche se è verosimile ritenere che si debba comunque trattare di atti sessuali. La stessa giurisprudenza in tema di violenza sessuale (art. 609 bis), d’altra parte, ha mostrato di estendere a dismisura il concetto di “atti sessuali”, fino a ricomprendervi persino i baci sulla guancia o altre “smancerie”, per usare una parola rifluita in una sentenza piuttosto recente²⁹. Di fronte a un quadro simile – peraltro criticabile e criticato da buona parte della dottrina³⁰ – ci si domanda se si debba ritenere che un bacio sulla guancia o altro comportamento analogo possa integrare la stessa nozione di prostituzione. Forse no, ma in base a quali criteri?

D’altronde, anche relativamente ad un altro carattere “storico” della nozione di prostituzione ci si è spinti molto al di là delle posizioni interpretative originarie. Alludo alla “indiscriminatezza” delle prestazioni della prostituta. Essa era ovviamente un requisito della prostituzione *d’antan*, ma oggi? La giurisprudenza mostra di essersi spinta abbastanza in là, dapprima andando ad estendere l’indiscriminatezza all’ambito di certe “categorie” di clienti³¹, per poi, molto di recente, sostenere rilevante come

²⁸ Non occorrono ripetute citazioni di giurisprudenza relativamente a questi orientamenti. Si rinvia una volta per tutte, fra gli altri, a L. Bontempi, in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI – G. L. GATTA, IV ed., Milanofiori Assago (MI), T. III, p. 1990 ss. per una adeguata analisi giurisprudenziale in materia.

²⁹ In un caso in tema di violenza sessuale, deciso da Cass., sez. III, n. 964 del 2015 con una condanna, un medico era entrato in una casa di riposo dove sedeva al tavolo una operatrice sanitaria, e dopo essersi avvicinato a lei, la baciava sulla bocca appoggiando le proprie labbra con una forte pressione. La donna reagì allontanando l’agente, respingendolo con le mani e dicendogli: “ma come si permette di fare certe *smancerie*, vada a vedere dei pazienti”!

³⁰ Rinvio da ultimo al mio *Baci e violenza sessuale. Alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 11/2016, p. 1469 ss.

³¹ V. già Cass., 16 ottobre 1979, in *Cass. Pen.*, 1981, p. 895. Si veda fra le altre anche la già citata Cass. Pen., sez. III, n. 35776 del 2004.

prostituzione il concedersi per denaro o altra utilità anche ad un solo cliente ben individuato. Si tratta di un'opinione già emersa in giurisprudenza, a quanto pare, anni fa, ma solo in relazione alla peculiare fattispecie dell'induzione³². Assai di recente, nella sentenza n. 49643 del 2015, come detto relativa ad altro episodio avente lo stesso "cliente finale" di cui al processo culminato nella Ordinanza della Corte d'Appello di Bari qui pubblicata, il "cliente unico e ben determinato" è stato considerato sufficiente per integrare il concetto di prostituzione, in base ad una peraltro problematica distinzione fra "mantenuta" (soggetto che non commetterebbe alcuna attività prostitutiva) e "favorita" (soggetto che invece cadrebbe nella definizione di prostituzione). Nel caso di specie, i giudici di legittimità vedrebbero sussistere la prostituzione, più che per l'indiscriminatezza della scelta da parte delle escort (ché tutte avevano rapporti con lo stesso cliente oculatamente "scelto"), paradossalmente per l'indiscriminatezza della scelta da parte del cliente, che – stando ai giudici – non poteva certo avere una relazione continuativa con tutte quelle donne!

A parte la paradossalità del ragionamento della Corte, colpisce il fatto che, con questo ultimo colpo di spugna, il concetto di prostituzione si sia allargato ulteriormente e a dismisura, fino a comprendere casi veramente al limite fra il fenomeno in questione e tante relazioni più o meno comuni – in cui si mischia in qualche modo il sesso con l'interesse – che un tempo mai sarebbero rientrate nella predetta nozione. Ci si potrebbe domandare, a questo punto, se non debba rientrare nel concetto di prostituzione anche il c.d. "matrimonio per interesse", figura sicuramente ancor oggi presente sulla scena sociale, anche se forse meno diffusa rispetto al passato, in cui per certi ceti sociali costituiva addirittura la regola. Anzi, il matrimonio è *ictu oculi* cosa ben maggiore ed impegnativa per la sposa rispetto a un semplice rapporto sessuale occasionale. Dunque si dovrebbe dire che, se è prostituzione il rapporto col cliente determinato, *a fortiori* dovrebbe esserla il matrimonio – quello consumato, ovviamente – dovuto a motivi di interesse³³. Sembra un esempio paradossale, ma Mary Wollstonecraft nel 1790 definì provocatoriamente il matrimonio una "prostituzione legale"³⁴! Di questo passo, peraltro, la nozione di prostituzione si protende pian piano verso l'infinito, risultando quasi impossibile tracciare limiti atti a contenerla.

Va detto peraltro che il lento spostamento del bene giuridico – dalla moralità pubblica (e/o salute pubblica) alla libertà di autodeterminazione della persona – ha forse contribuito all'ampliamento della nozione di prostituzione, non più necessariamente legata al continuativo esercizio del mestiere in pubblici postriboli (questo sì in sintonia col vecchio bene giuridico), ma anche a episodi più circoscritti in cui comunque si

³² I giudici di prime cure, nel processo di cui all'Ordinanza, citano in questo senso un precedente in tema di induzione (peraltro da chi scrive non rintracciato): Cass., n. 5838 del 15 febbraio 1985 Rv. 169748.

³³ Sul fenomeno della cessione del proprio corpo a fini di interesse e sulle sue tante sfumature è di estrema rilevanza la lettura di A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, Marsilio, Venezia, 2014. Si tratta di un saggio molto ampio e frutto di una approfondita ricerca di taglio sociologico-culturale sul tema della prostituzione in senso ampio e in senso stretto.

³⁴ *A Vindication of the Rights of Men*, in *A Mary Wollstonecraft Reader*, a cura di B. H. SOLOMON – P. S. BERGEN, New York, 1983, p. 247.

comprime la libertà della persona³⁵. Tuttavia, va rilevato altresì – come si dirà meglio *infra* – che lo spostamento del bene giuridico verso la libertà della persona avrebbe dovuto portare ad un correlativo rimodellamento interpretativo delle fattispecie in materia di prostituzione, e della stessa nozione di prostituzione. In sostanza, avrebbe dovuto portare alla eliminazione dalla sfera del penalmente rilevante di tutte le ipotesi di prostituzione effettivamente volontarie³⁶. Ma sulla questione della prostituzione “come libera scelta” tornerò successivamente.

7.1.1.2. L'incostituzionalità delle fattispecie di prostituzione per la indeterminatezza dello stesso concetto di prostituzione.

Per quanto sin qui detto, si deve ritenere che oggi la mancanza di una definizione legislativa di prostituzione produca una *grave violazione del principio costituzionale di legalità, sub specie* del sotto-principio di determinatezza-tassatività. Se un tempo, infatti, la mancata definizione poteva comprendersi considerando la nozione all'epoca piuttosto chiara di prostituzione sia dal punto di vista normativo sia nel retroterra criminologico, oggi non si può più dire che sia così. Sotto il profilo normativo, ben lungi da noi sono le regole del TULPS che un tempo governavano la regolamentazione della prostituzione, ed è ormai tramontato il saldo riferimento al bene giuridico “moralità pubblica” (o “salute pubblica”). Sotto il profilo criminologico, le forme di prostituzione sono oggi le più varie. E l'enorme estensione del concetto derivante da una giurisprudenza forse eccessivamente punitiva provoca ciò che gli americani chiamano “*overbreadth*” di una disposizione: una “eccessiva ampiezza” che, oltre a non rendere più percepibili ai cittadini – né per vero agli stessi giuristi – i veri confini della norma, rischia di accorpare in una sola disposizione normativa (e qui le pene fra l'altro sono identiche per tutte le fattispecie della legge) ipotesi distantissime fra loro per gravità e per qualità criminosa, ammesso che molte di esse ne abbiano una.

Il “diritto vivente”, del resto, non sembra aver migliorato le cose, ma, come visto, le ha piuttosto peggiorate. Fra l'altro, è oggi palese la distanza fra una dottrina che continua a riproporre un concetto “classico” di prostituzione (legato alla abitualità, e alla indiscriminatezza, se non alla stessa professionalità dell'attività³⁷) e una giurisprudenza

³⁵ In questo senso, da ultimo, V. BONFANTI – P. DI NICOLA, *La legge Merlin e le fattispecie di reato previste dall'art. 3 nei numeri da 1 a 7*, in *EID.*, *I reati in materia di prostituzione*, Milano, 2015, pp. 15-17. Nel campo della prostituzione minorile questo aspetto diventa particolarmente evidente. Si pensi all'ipotesi di cui all'art. 600 bis comma II c.p., dove addirittura si supera il concetto di prostituzione, per rendere punibile il cliente per “atti sessuali a pagamento”. Ma in quell'ambito una tale estensione è del tutto plausibile, vista la rilevante esigenza di tutela del corretto sviluppo del minore.

³⁶ Così, coerentemente con quanto sostenuto in riferimento al bene giuridico tutelato e alla nozione di prostituzione (v. nota precedente), P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione (art. 3, n. 8, prima ipotesi)*, in V. BONFANTI – P. DI NICOLA, *I reati in materia di prostituzione*, cit., pp. 48-49.

³⁷ Non è il caso di citare i molti autori che ancor oggi insistono sulla nozione “classica” di prostituzione (pur con varie sfumature fra le varie opinioni). Si vedano comunque fra gli altri D. BALESTRIERI, *Prostituzione e diritto penale nell'ordinamento italiano*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 273 ss.; Id.,

che, pur fra contrasti e incertezze, pare prescindere sempre più da tutti questi requisiti estendendo a dismisura la nozione predetta. Sicché oggi la mancata definizione di “prostituzione” non può più a lungo tollerarsi, e deve condurre a ritenere incostituzionali le fattispecie della legge in cui tale termine rileva, per violazione dell’art. 25, II co., Cost., e del principio di legalità da esso contemplato. Una violazione che nel caso specifico dei fatti di cui al processo barese (e pur non entrando in dettagli di fatto estranei a questo contributo) sembra ben rilevante, dal momento che si tratta di atti prostitutivi relativi a un solo cliente, e in relazione ai quali le escort avrebbero – a quanto pare – ben potuto rifiutare la prestazione.

7.1.1.3. La mancata definizione della fattispecie di reclutamento.

Il legislatore del '58 ha previsto varie condotte penalmente rilevanti. Le ha tutte accomunate sotto la stessa cornice sanzionatoria, come se si trattasse di ipotesi simili sotto il profilo del disvalore. Come è noto – lo scriveva già l’Antolisei in risalenti edizioni del suo classico manuale³⁸ – non era così. Vi erano ipotesi piuttosto gravi (nell’ottica degli obiettivi della legge), come lo sfruttamento, e altre molto lievi, come ad es. il favoreggiamento.

Il reclutamento faceva parte delle disposizioni volte ad evitare il riproporsi delle case chiuse, abolite con la legge. Con le fattispecie di cui ai nn. 1, 2 e 7 si colpiva l’organizzazione, ovvero l’esercizio su larga scala della prostituzione, nel suo svolgersi attuale; con quelle di cui ai nn. 4 e 7 prima parte le attività prodromiche all’instaurarsi dell’organizzazione³⁹. Un secondo gruppo di reati riguardava l’avviamento alla prostituzione (nn. 5 e 4 seconda parte): si presupponeva in queste ipotesi che la donna non fosse già avviata alla prostituzione, di qui la gravità del comportamento nell’ottica della legge Merlin. Un terzo gruppo concerneva ipotesi che non riguardavano un’organizzazione, e che agivano su persone già divenute prostitute: si tratta dello sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione (n. 8), e a queste si potevano appaiare la tolleranza abituale (n. 3) e il lenocinio (n. 5 seconda parte), come modalità specifiche del favoreggiamento⁴⁰.

I delitti di prostituzione, in *Trattato di diritto penale* a cura di A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Parte speciale*, vol. VI, Torino, 2009, p. 108 ss.; S. Melotti, commento alla l. n. 75 del 1958, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, p. 3009 ss. Si veda anche, per una panoramica, L. BONTEMPI, in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI – G.L. GATTA, cit., pp. 1990-1992.

Mantiene il requisito della indiscriminatezza dei clienti, pur nell’ambito di limitate cerchie di persone, T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 46.

³⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 415: “l’articolo in esame [art. 3] attua un livellamento tra fatti di diversissima entità, colpendo con la medesima sanzione comportamenti che sono sentiti dalla coscienza sociale come particolarmente gravi, altri assai meno riprovevoli, e persino alcuni che solo con difficoltà possono considerarsi immorali”.

³⁹ Così F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio*, cit., p. 696, ed ivi rimandi.

⁴⁰ Così ancora F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio*, cit., p. 697; nonché F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, pp. 460-

Questa chiara lettura degli intenti della legge del '58, attuata già a poca distanza di tempo dalla sua emanazione dal Mantovani e da altri autori, evidenzia che nelle mire della legge Merlin il reclutamento (art. 3, n. 4 prima parte) riguardava esclusivamente il fenomeno della prostituzione organizzata su scala più o meno larga, ovvero ipotesi che fino a quel momento erano state costituite dalle case di tolleranza. Non a caso si usava il termine "reclutamento". Si tratta di un termine tratto dal gergo militare: reclutare significa "assoldare" un giovane militare per un esercito, o simili. Anche qui, si trattava dunque di "ingaggiare" o "assoldare" donne per metterle a disposizione del circuito organizzato della prostituzione, quello in cui esse avrebbero perso ogni libertà, come avveniva fino al 1958 nei bordelli di Stato. D'altra parte, la legge richiedeva, come già accennato più sopra, che il reclutamento di una persona avvenisse "al fine di farle esercitare la prostituzione", laddove l'esercitare evidenziava che la donna doveva essere assoldata per esercitare il mestiere della prostituta: una ulteriore conferma del "clima" di organizzazione nell'ambito del quale doveva operare il reclutamento⁴¹.

La giurisprudenza in materia di reclutamento sembra piuttosto scarna. Tuttavia si riscontrano varie sentenze in cui si evidenzia il dato dell'assoldamento in una organizzazione (che ovviamente dal '58 in poi non poteva che essere criminale) relativa ad un esercizio stabile e regolare di prostituzione: "Ai fini dell'integrazione del delitto di reclutamento di prostitute, è sufficiente porre in essere un'attività, in qualsiasi modo effettuata e anche su scala molto modesta, di ricerca della donna da ingaggiare e di persuasione della medesima, mediante la rappresentazione dei vantaggi realizzabili, a recarsi in un determinato luogo e a rimanervi per un certo tempo al fine di prestarsi, con continuità e regolarità, alle richieste di prestazioni sessuali dei clienti: fattispecie relativa ad ingaggio di donne straniere avviate al meretricio in un paese estero e sradicate da quello di origine"⁴². In altre sentenze si dà rilievo alla necessità che il reclutamento dia luogo ad un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato fra il reclutatore e la reclutata e che postuli l'esistenza di una sorta di contratto fra i due⁴³.

Sussistono comunque dubbi sulla necessità di una qualche opera di persuasione della prostituta da parte del "reclutatore": se la sentenza sopra citata (n. 12999 del 2014) ed altre⁴⁴ sembrano richiederla, in altra pronuncia non la si ritiene necessaria⁴⁵. Una delle poche cose che paiono abbastanza assodate in dottrina e giurisprudenza riguarda il fatto che nel reclutamento non è necessario che la attività prostitutiva avvenga, visto il dolo specifico contenuto nella norma.

461.

⁴¹ Per la nozione "classica" – e più conforme allo spirito della legge del '58 – di reclutamento basti citare F. LEONE, *Delitti di prossenetismo*, cit., p. 105, che ritiene il termine "sempre indicativo d'un rapporto di subordinazione, di dipendenza regolata, e presuppone l'esistenza d'un'organizzazione, nel cui ingranaggio si venga immessi".

⁴² Cass., sez. III, 12 novembre 2014, n. 12999.

⁴³ Cass. 22 aprile 1968, Russo, CED 108180. In dottrina si veda in questo senso T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 270.

⁴⁴ Per es. Cass., sez. III, 9 novembre 1990, in *Cass. Pen.*, 1992, 755.

⁴⁵ Cass., sez. III, 4 dicembre 2007, n. 11835.

Ma le predette difformità interpretative evidenziano come la mancata definizione da parte del legislatore abbia creato non pochi problemi interpretativi. Se si considera poi il profondo mutamento del contesto criminologico della prostituzione dal '58 ad oggi, e se si aggiunge il mutato inquadramento del bene giuridico, il risultato finale è quello di una confusione interpretativa che appare difficilmente superabile.

7.1.1.4. L'incostituzionalità della norma di cui all'art. 3 n. 4 prima parte legge Merlin per contrasto con il principio di legalità.

La conclusione pare scontata. Il "diritto vivente" non sta risolvendo i congeniti problemi di indeterminatezza della fattispecie di "reclutamento", condotta non definita dal legislatore. Al contrario, col passare del tempo le difficoltà interpretative appaiono ancor più gravi.

L'originario spirito della norma (che faceva riferimento a contesti in cui il reclutamento avveniva per gettare nei bordelli giovani donne in balia degli sfruttatori più o meno regolarizzati, e destinate così a perdere praticamente ogni libertà) fa fatica a misurarsi con le molteplici tipologie di "prostituzioni" oggi ravvisabili nella realtà sociale.

Specie alcune estensioni interpretative attuate da recente giurisprudenza – che tendono a svuotare l'aspetto di "ingaggio" effettivo della prostituta – paiono configurare una fattispecie che spazia, oggi, da condotte molto gravi e forse giustamente punibili, a condotte dal disvalore pressoché nullo, specie se considerato sotto la nuova angolazione della tutela del bene libertà di autodeterminazione della prostituta: si ripropone quella *overbreadth* (eccessiva ampiezza) di cui si diceva più sopra con riguardo alla nozione di prostituzione.

In definitiva, si deve ritenere che la norma confligga – specie a causa della mancata definizione da parte del legislatore – con il principio di legalità, e in particolare col sottoprincipio di determinatezza-tassatività (art. 25, co. II, Cost.).

Una violazione che nel caso in esame appare rilevante, dal momento che qui non sembrano affatto sussistere gli estremi di quell'ingaggio di tipo quasi militaresco che richiedeva originariamente, a quanto pare, la norma.

7.1.1.5. La mancata definizione del favoreggiamento e la sua indeterminatezza.

Come è noto, il legislatore del '58 si è ben guardato dal definire anche la condotta di favoreggiamento. Anzi, ha fatto il contrario, scrivendo nel n. 8 dell'art. 3: "*in qualsiasi modo favorisca ... la prostituzione altrui*".

Come la stessa Corte di legittimità ha dovuto riconoscere, tale fattispecie, tra tutte quelle introdotte dalla l. n. 75 del '58, "è quella caratterizzata da maggiore indeterminatezza nella descrizione della condotta tipica"⁴⁶.

⁴⁶ Cass., sez. III, 9 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 454 ss.

La Suprema Corte avrebbe dovuto trarre da questa constatazione la più naturale delle conseguenze, rinviando alla Corte Costituzionale la questione per decidere sulla (in)costituzionalità della norma. Viceversa, ha cercato di risolvere l'innato deficit di determinatezza della fattispecie di favoreggiamento reinterpretandola, al fine di escludere dall'operatività della norma almeno alcune ipotesi di scarso disvalore. Si trattava nella specie del noto caso del riaccompagnamento della prostituta sul "luogo di lavoro" da parte del cliente dopo la consumazione del rapporto. Con la predetta sentenza, la Corte assolveva, risolvendo almeno uno dei tanti problemi che il favoreggiamento può suscitare in concreto.

Ma se forse, quantomeno per ragioni eque, era giusto nel caso di specie assolvere, il principio di diritto utilizzato a tal fine dalla sentenza in questione non pare aver risolto nulla, non essendo in grado di fornire un criterio capace di guidare davvero i giudici nei casi futuri. In effetti la sentenza ha sostanzialmente riproposto un criterio distintivo già emerso in giurisprudenza (e oggi abbastanza in voga), ovvero quello della distinzione fra *favoreggiamento della prostituzione* e *favoreggiamento della prostituta*. Solo il primo, per la Corte, costituirebbe favoreggiamento punibile; il secondo sarebbe al di fuori della tipicità della norma.

Va detto che la distinzione in questione, sebbene in qualche modo ancorata allo stesso dato lessicale della legge, è assolutamente oscura⁴⁷. Infatti, è ben difficile distinguere in concreto fra le attività che "in qualsiasi modo" favoriscono la prostituzione e quelle che favoriscono la sola prostituta. Al di là di casi marginali, quasi sempre, se si favorisce la prostituta (nell'ambito di attività o di situazioni più o meno direttamente connesse al suo "mestiere") si finisce anche per favorirne la prostituzione⁴⁸. Lo stesso caso del "riaccompagnamento" è paradigmatico in questo senso. Il cliente che riaccompagna la prostituta nel punto in cui, sulla strada, l'aveva prelevata, non favorisce forse "in qualche modo" la prostituzione della stessa? L'unica cosa che si può dire sul punto è che la Cassazione è stata "comprensiva" col cliente, e ha evitato di giungere ad

La genericità della legge relativamente all'ipotesi del favoreggiamento è stata rilevata praticamente da tutti gli autori che se ne sono occupati. Basti citare qui, tra i più classici, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 423; F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale*, cit., pp. 464-465; e spec. p. 458, dove il chiaro A. scrive: "il rilievo che impressiona e allarma maggiormente è quello relativo alla genericità che caratterizza talune fattispecie della nuova legge. Questa dà del lenocinio e dello sfruttamento la più vaga ed ascetica definizione che, sul piano giuridico, si possa immaginare". E cita in nota (nota 10) analoghe lamentele espresse nella seconda metà dell'Ottocento dal Carrara relativamente al codice penale toscano del 1853.

Recentemente, T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 288, parla di "senso di precaria incertezza nell'interpretazione", e rileva che la determinatezza in materia "vacilla".

⁴⁷ T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 301, prendendo atto della poco praticabile distinzione fra favoreggiamento della prostituta e della prostituzione, scrive con l'usuale efficacia: "Ma a questo punto come ci orientiamo in un quadro così variegato e così perplesso, visto che procediamo, in qualche modo, a vista nella giurisprudenza? Ogni caso è a sé stante, ogni caso evoca una soluzione che si giustifica sulla base di argomentazioni francamente deboli, la cui tenuta appare prossima alla inconsistenza".

⁴⁸ Per la dimostrazione dell'assunto, e per una emblematica rassegna giurisprudenziale in proposito, v. per tutti F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., pp. 309-312.

una condanna che sarebbe stata evidentemente eccessiva. Si pensi che l'accompagnatore della prostituta non è stato punito neppure in un caso in cui aveva riaccompagnato la meretrice per ben cinque volte consecutive⁴⁹!

Anche nella maggioranza delle altre ipotesi in cui si è assolto perché, asseritamente, non ricorreva favoreggiamento della "prostituzione" ma solo della "prostituta", si sarebbe potuto tranquillamente condannare, visto che un qualche beneficio alla stessa attività di prostituzione è quasi sempre ravvisabile. Dire – come spesso si legge in giurisprudenza – che in questi casi non si realizza l'agevolazione alla prostituzione se non "indirettamente", non è affatto convincente, vista la chiara lettera della legge, che intende punire chi "in qualsiasi modo" favorisce la prostituzione. Si pensi al locatore che affitta alla prostituta un appartamento in cui ella vive ed esercita il mestiere⁵⁰, o a colui che – senza consulenze speciali – essendo gestore di servizi di pubblicità, pubblicizza su giornali⁵¹ o via internet⁵² l'attività di certe prostitute.

Il fatto è che distinzioni di questo tipo non sono in grado di produrre alcun risultato accettabile. Tutt'al più, possono condurre alla eliminazione dalla sfera del penalmente rilevante certe categorie d'autore che non si vogliono punire (es. il cliente, il locatore, il gestore pubblicitario, ecc.), ma senza che ciò sia realmente giustificabile alla luce della lettera e dello spirito (quello originario) della legge; e senza garanzia alcuna di uniformità nell'applicazione⁵³, per la labilità delle opinabili distinzioni faticosamente elaborate⁵⁴.

Si pensi – a conferma delle indefinite capacità espansive del concetto – che anche recentemente si è condannato un taxista che accompagnava abitualmente, dietro compenso di denaro, una prostituta sul luogo di meretricio. E non da un oscuro giudice di merito, ma dalla III Sezione della Cassazione⁵⁵!

Il favoreggiamento resta condotta indefinita e soprattutto capace di spaziare fra ipotesi del tutto innocue e ipotesi di un qualche disvalore, anche se ben difficilmente si tratta di fatti di rilevante gravità (a differenza di quanto avviene con riguardo allo sfruttamento).

Probabilmente, anche qui il legislatore del '58 aveva davanti agli occhi la triste realtà delle ragazze sfruttate nei bordelli, dove esse venivano praticamente private della

⁴⁹ Cass. Pen., sez. III, 7 ottobre 2011, n. 36392.

⁵⁰ V. da ultimo, per un'assoluzione relativamente a questo pur contrastatissimo caso, Cass. Pen., sez. III, 4-17 febbraio 2014, n. 7338.

⁵¹ Per un'assoluzione in un caso simile Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 2014, n. 48981.

⁵² Per un'assoluzione in un caso simile Cass. Pen., Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 20384. Ma si tratta di giurisprudenza piuttosto consolidata, salvi casi in cui si rinvenga una qualche attività personalizzata ulteriore a favore della singola prostituta da parte del gestore. Distinzione anche questa di difficile comprensibilità.

⁵³ Si vedano ancora i disarmanti esempi di F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., pp. 309-312.

⁵⁴ Rileva provocatoriamente T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 289, che prendendo per buone le parole della legge anche il medico che fa guarire in tempi più rapidi una prostituta la favorirebbe e ne favorirebbe l'attività prostitutiva!

⁵⁵ Cass., Sez. III, 7 luglio 2016, n. 28 212, in *Dir. pen. proc.*, n. 9/2016, p. 1185 ss.

loro libertà: e in questo quadro, punire attività sistematiche di favoreggiamento poteva forse avere un senso.

Sulla questione del bene giuridico protetto e della libertà di autodeterminazione della persona, in rapporto al delitto di favoreggiamento, tornerò fra breve. Per ora basti evidenziare che tale condotta è talmente ampia da permettere la repressione penale di condotte che rappresentano addirittura elementari esercizi di libertà costituzionalmente garantite⁵⁶. Si pensi alle due prostitute che abitavano insieme nello stesso appartamento; quando l'una era assente l'altra rispondeva alle telefonate dirette all'altra per fissarne gli appuntamenti: ebbene, entrambe furono condannate per favoreggiamento, con una famosa sentenza di qualche decennio fa⁵⁷. Ed entrambe sarebbero probabilmente ancora punibili oggi, pure applicando la distinzione summenzionata fra favoreggiamento della prostituta e della prostituzione: infatti, non vi è dubbio che prendendo appuntamenti reciproci esse favorivano l'una la "prostituzione" dell'altra.

7.1.1.6. L'incostituzionalità del favoreggiamento per violazione del principio di legalità.

Da quanto detto appare chiaro che anche la disposizione di cui al n. 8 (prima ipotesi) dell'art. 3 della legge Merlin deve ritenersi incostituzionale per *violazione del principio di legalità*, e in particolare del sottoprincipio di determinatezza/tassatività (art. 25, co. II, Cost.)⁵⁸.

La giurisprudenza non è stata in grado di apportare significative migliorie interpretative alla norma, e si è visto che la distinzione a volte utilizzata fra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta non ha prodotto risultati apprezzabili perché a sua volta affetta da connaturata indeterminatezza. Il "diritto vivente" resta assai incerto, e foriero di applicazioni contrastanti e ingiuste.

Anche in questo caso, come nei casi precedenti, la estrema ampiezza dei possibili significati della disposizione porta con sé quell'*overbreadth* della norma che comporta conseguenze nefaste: accomuna fatti dall'esiguo, o nullo disvalore a fatti di maggiore rilevanza, così aprendo le porte non solo all'indeterminatezza, ma anche alla disparità di trattamento e alla violazione dei principi di proporzione e di uguaglianza (artt. 27 e 3 Cost.). Cosa che sempre accade, del resto, quando viene violato l'art. 25 per indeterminatezza.

Anche la possibile incostituzionalità del favoreggiamento pare rilevante nel caso di specie, dove, in difetto di condanne a titolo di reclutamento, riemergerebbe la penale

⁵⁶ Giustamente F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., p. 310, ha rilevato che in questi casi la condivisione da parte di più prostitute autonome di un appartamento "non è solo dovuto all'intuitiva e normale esigenza di ripartire i costi dell'attività, ma è il segnale di un'emancipazione della prostituta dalla figura del protettore, quale antidoto ai rischi del lavoro in strada".

⁵⁷ Cass. Pen., 3 febbraio 1973, in *Giust. pen.*, 1973, II, c. 735.

⁵⁸ Di recente in tal senso F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione e i delitti collegati*, in A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I reati contro la persona*, Tomo I, p. 155.



3/2018

responsabilità a titolo di favoreggiamento dell'imputato, in relazione a ipotesi – come si dimostrerà *infra* – dal minimo o nullo disvalore, se non morale, quantomeno giuridico.

7.1.1.7. Possibili obiezioni alla tesi dell'incostituzionalità per violazione del principio di legalità.

Va detto che la Corte costituzionale, con la Sentenza n. 44 del 1964, aveva ritenuto l'infondatezza della questione, sulla base dei seguenti rilievi:

“I concetti di agevolazione e di sfruttamento della prostituzione altrui presentano una obiettività ben definita, anche perché acquisiti da tempo nel Codice penale e sottoposti a lunga elaborazione dottrinale. Essi hanno un preciso ed inconfondibile significato, che non si presta ad equivoche interpretazioni. Allargare il raggio di applicazione della previsione legislativa fino a comprendere attività che prima rimanevano impunte non significa svuotare di contenuto la norma, ma estenderla e rafforzarla. E la circostanza che sia stata usata una formula, la quale, pur essendo di più ampio contenuto, risulti sinteticamente espressa, non costituisce un vizio della norma - siccome ritiene l'ordinanza di remissione - ma un fatto normale in materia penale. Ed invero, tutti i comandi giuridici sono per loro natura di carattere generale ed astratto; ed è ben noto che, nell'indicare i fatti tipici costituenti reato, la legge a volte fa una descrizione minuta di essi, ma spesso si limita a dare un'ampia nozione del fatto, senza scendere a particolari di esecuzione. E già questa Corte ha avuto occasione di affermare in proposito che ‘il principio in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge (art. 1 del Codice penale) non è attuato nella legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto. Spesso le norme penali si limitano ad una descrizione sommaria ed all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel miglior modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato” ([Sentenza n. 27 del 23 maggio 1961](#)).

Bisogna infine rilevare che queste nuove figure di reato, sottoposte al vaglio della dottrina e della giurisprudenza, sono state efficacemente determinate nei loro contorni e limiti. Onde, sotto qualsiasi aspetto esaminata, la censura della norma appare priva di fondamento”.

Va rilevato in proposito che la Sentenza – emanata oltre cinquant'anni fa, a pochi anni dalla entrata in vigore della legge Merlin – si riferisce indistintamente ai reati di sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione, il che già ne inficia i risultati. Invero, se lo sfruttamento – pur criticabile per vari motivi – ha modo di inquadrarsi maggiormente sia in una prospettiva di tutela del bene giuridico considerato allora rilevante che di quello che attualmente viene riconosciuto rilevante in materia (la libertà di autodeterminazione della donna), e può trovare più facilmente soluzioni

interpretative accettabili⁵⁹, non così si può dire del favoreggiamento, la cui particolarità è già stata segnalata in precedenza in questo contributo, ed è stata riconosciuta più volte della stessa Corte di Cassazione almeno in tempi recenti (si ricorderà Cass., 9 novembre 2004, in cui si afferma esplicitamente che tra le ipotesi della legge del '58 quella del favoreggiamento "è quella caratterizzata da maggiore indeterminatezza nella descrizione della condotta tipica").

Qui, si intende porre la questione della compatibilità con la Costituzione del favoreggiamento, senza mischiarne la figura con quella dello sfruttamento.

Relativamente al favoreggiamento, non si può certo dire che quanto sostenuto dalla Corte costituzionale allora sia sostenibile oggi. Affermare "che queste nuove figure di reato, sottoposte al vaglio della dottrina e della giurisprudenza, sono state efficacemente determinate nei loro contorni e limiti" è oggi assolutamente impossibile. Si è rilevato più sopra che le distinzioni operate dalla giurisprudenza sono solo apparentemente capaci di isolare i casi veramente offensivi del bene giuridico e dunque degni di rientrare nella definizione del concetto di favoreggiamento. La realtà è che sia la dottrina che la giurisprudenza – a sessant'anni dall'entrata in vigore della legge – annaspino sempre più nel tentativo di trovare adeguate limitazioni interpretative all'evanescente concetto del favoreggiamento⁶⁰. E resta sempre possibile, anche a seguito degli inani tentativi fatti, di includere in quel concetto tutto e il contrario di tutto. Invocare dunque il "diritto vivente" sperando di salvare una norma lasciata priva di appigli interpretativi dal legislatore sarebbe oggi cosa impensabile.

Inoltre, il concetto di legalità e di determinatezza-tassatività delineato dalla Corte nella Sentenza emanata oltre cinquant'anni fa non sembra più al passo coi tempi. Pur senza qui entrare nel vivo della questione del principio di legalità-determinatezza-tassatività, è evidente che dire che il legislatore può permettersi di non offrire una "rigorosa descrizione del fatto" non sembra più accettabile oggi. La dottrina ha sempre più perfezionato la teoria della determinatezza col passare dei decenni, ed oggi si parla in alcuni prestigiosi manuali persino di principio di "precisione", al quale si dovrebbe informare il legislatore per rispettare il principio di legalità⁶¹. Sostenere che il Parlamento può anche evitare di fornire nella redazione della norma una "rigorosa descrizione del fatto" si scontra frontalmente con le attuali acquisizioni della letteratura penalistica.

Anche nella già citata Sentenza n. 49643/2015 della Corte di Cassazione già citata si replica ad una questione di legittimità costituzionale sollevata dalle difese in quel processo per violazione del principio di legalità-determinatezza. La Suprema Corte aderisce alle osservazioni già formulate nello stesso processo dal giudice distrettuale, secondo cui uno dei modi di descrizione dei fatti di reato consiste nella formulazione di "reati a forma libera" proprio "al fine di garantire la più ampia protezione ai beni che si intendono tutelare". E la giurisprudenza – secondo detti giudici – avrebbe in effetti

⁵⁹ Sul tema rinvio ad A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., pp. 298-299.

⁶⁰ Richiamo sul punto ancora, per tutti, T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 301.

⁶¹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, V ed. agg. da E. DOLCINI – G. L. GATTA, Milano, 2015, p. 63 ss.

adattato nel tempo il concetto di favoreggiamento all'evolversi della società attraverso progressivi affinamenti interpretativi.

Si può osservare sul punto, in primo luogo, che i reati "a forma libera" – anche da definizioni manualistiche – possono solo essere reati d'evento, laddove la forma libera della condotta è compensata dal disvalore dell'evento stesso, e dal legame causale fra la condotta (libera) e l'evento (descritto). Si pensi all'omicidio: qui è vero che si è formulato – da secoli – un reato "a forma libera", e proprio al fine di tutelare maggiormente il bene supremo della vita, ma si tratta del più paradigmatico reato di evento che si conosca. I reati di pura condotta non possono essere reati "a forma libera", poiché in tali casi l'intero disvalore si condensa nella condotta, e se questa è indeterminata, perché "a forma libera", l'intero reato diventa indeterminato.

In secondo luogo, si deve ribadire che il "diritto vivente" ha sì cercato in mille modi di adeguare il favoreggiamento all'evolversi del bene giuridico e alle mutate esigenze di tutela, ma elaborando distinzioni inutilizzabili perché troppo incerte e fondate su criteri del tutto inadatti a dare attuazione al collegato principio di offensività.

E qui il ragionamento si salda con ciò che aggiunge la stessa Corte di legittimità (nella medesima sentenza n. 49643/2015) a quanto già rilevato in merito dal giudice distrettuale. La Corte osserva che "certamente non può ritenersi vulnerato il principio di legalità e determinatezza della pena [*sic!*] sol perché la norma penale manchi di definizioni precise che delineino preventivamente i confini dell'illecito penale. Tocca all'interprete, ovviamente, fornire della norma una interpretazione costituzionalmente orientata e, proprio grazie a questa opera di rifinitura, azioni astrattamente ritenute idonee ad integrare la fattispecie sono poi state private di rilievo penale in aderenza ad un concetto costituzionalmente più elastico e flessibile del favoreggiamento".

In sostanza, la stessa Corte di Cassazione torna sul "diritto vivente", e sulla sua capacità di dar tassatività ad una norma che originariamente ne sarebbe priva. Personalmente non sono contrario al rilievo del diritto vivente ed anche alle sue capacità, in certi casi, di dar forma più chiara, tassativa ed offensiva, a disposizioni apparentemente non sufficientemente determinate⁶². Tuttavia, si è già ampiamente detto, da un lato, dell'incapacità, in questo caso specifico, da parte del diritto vivente di fornire soluzioni plausibili e realmente utilizzabili al problema della congenita indeterminazione del "favoreggiamento". E sotto altro profilo, il tema si confonde con quello della compatibilità di tale ipotesi normativa col principio di offensività. Solo se il diritto vivente fosse realmente in grado di isolare (con una certa chiarezza) le condotte di favoreggiamento realmente offensive del bene giuridico, allora si potrebbe dire risolto anche il problema. Ma al tema dei (tormentati) rapporti fra favoreggiamento e offensività è dedicato il prossimo paragrafo, al quale dunque rinvio.

⁶² Ne ho scritto in vari miei lavori: per tutti rinvio mio *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999 (e II ed. 2014). Il diritto vivente deve però confezionare "norme" a loro volta sufficientemente tassative. Sul tema si vedano anche gli importanti rilievi di F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie in materia penale](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2016, p. 26 ss.

7.1.2. Il principio di offensività e (alcuni) delitti di prostituzione.

Al fine di analizzare i rapporti fra principio di offensività e alcuni dei delitti di cui alla Legge Merlin vanno preliminarmente analizzati due concetti-chiave su cui si tornerà spesso nell'analisi seguente, ovvero quelli di "dignità" e di "vittima"⁶³.

7.1.2.1. La "dignità": dignità "oggettiva" e "soggettiva".

Si è già parlato in precedenza e si parlerà ancora di dignità. Cosa si intende per dignità? È giusto utilizzare il diritto penale per tutelare la dignità?

Qui, in estrema sintesi, si può dire che la dignità può avere almeno due significati: vi è una dignità "oggettiva" e una dignità "soggettiva". La dignità oggettiva (o "impersonale") è un qualcosa di esterno alla volontà del soggetto da proteggere, e derivante da parametri di tipo sociale o morale di riferimento derivabili dalla opinione collettiva, o se vogliamo, dalle norme di cultura di una certa società. Facciamo un esempio: Tizia, donna di venticinque anni, decide di prostituirsi attraverso un libero esercizio del suo diritto di autodeterminarsi. In base al concetto oggettivo di dignità, si può ritenere che Tizia manchi di dignità, perché la sua scelta di prostituirsi non è conforme alle norme sociali o morali diffuse nella società, in altri termini è moralmente o socialmente deviante. Se fosse giusto utilizzare il diritto penale per tutelare la dignità in senso oggettivo, nel caso ora prospettato sarebbe giusto castigare penalmente Tizia, per la sua scelta lesiva della sua stessa dignità. Oppure, se non si volesse punire Tizia, ritenendola comunque un soggetto incapace di una libera scelta per aver effettuato una scelta così poco ortodossa, si potrebbe giustamente procedere a punire Caio, cliente di Tizia, solo per il fatto che ne è stato cliente, ledendo così la dignità della prostituta Tizia in senso oggettivo.

Senza dare per ora risposte a questo quesito, è bene peraltro precisare cosa si intende viceversa per dignità "soggettiva". La dignità soggettiva (o personale"⁶⁴) è quella che consegue alle libere scelte di un soggetto capace di autodeterminarsi⁶⁵. In

⁶³ Riprendo questi concetti da A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 285 ss.

Condivide questa distinzione fra dignità oggettiva e soggettiva A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti*, cit., p. 319 ss., proprio in tema di prostituzione; analogamente, ancor più di recente, P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., p. 48 ss.

⁶⁴ Usa questa terminologia S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 241 ss., a cui si rinvia per una accurata analisi della tematica.

⁶⁵ Interessanti spunti per una definizione e per un pratico utilizzo di una simile nozione di "dignità soggettiva" si trovano in una importante sentenza della Cassazione civile (Cass., I sez. civ., rel. Giusti, 16 ottobre 2007, n. 21748), relativa ad un caso di notorietà nazionale (caso *Englaro*), dove si dà la possibilità di autorizzare l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale di una persona in stato di coma vegetativo irreversibile, quando sia "univocamente accertato, sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni, che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento". In un passo della motivazione di tale sentenza si parla - relativamente alla persona in coma - della sua personalità e del "*suo modo di concepire*, prima di cadere in stato di incoscienza,

questa prospettiva, ciascuno ha una propria dignità e un proprio tipo di dignità, e ogni dignità è diversa da soggetto a soggetto. In materia sessuale, ad esempio, ciò che è dignitoso per qualcuno può essere ripugnante per qualcun altro. E se si riconosce libertà di autodeterminazione in materia sessuale, occorre anche riconoscere che ciascuno si autodefinisce il proprio concetto di dignità anche in materia sessuale. Forse per qualcuno può essere poco dignitoso essere omosessuale o avere rapporti omosessuali; ma per altri essere omosessuale o avere rapporti omosessuali non è affatto poco dignitoso. La stessa cosa potrebbe valere per la prostituzione: per Tizia potrebbe essere del tutto dignitoso prostituirsi⁶⁶, mentre per Caia una simile attività potrebbe essere assolutamente inappropriata e indegna.

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

7.1.2.2. Il concetto di “vittima”.

Detto questo sulla dignità, si deve aggiungere qualcosa relativamente al concetto di vittima. Secondo una concezione del diritto penale ampiamente condivisa, facente capo al c.d. liberalismo penale, questo ramo del diritto dovrebbe intervenire per tutelare vittime. Non sarebbe dunque giusto configurare da parte del Legislatore “reati senza vittime”⁶⁷.

*l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive” (corsivi aggiunti). Sulla sentenza ho già espresso alcune considerazioni nel mio *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI – L. STORTONI, Bologna, 2009, pp. 283-326, ed ivi spec. p. 306, e nota 53 (il lavoro è uscito anche in *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. FIANDACA e G. FRANCOLINI, Torino, 2008).*

Cfr. anche su questi concetti S. TORDINI CAGLI, *Dignità personale e diritto alla propria morte. Verso una versione laica dell'eutanasia?* in G. BALBI – A. ESPOSITO (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Torino, 2011, pp. 105-126, ed ivi riferimenti ulteriori. Nel versante civilistico, si vedano le considerazioni di M. R. Marella, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C.M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, T. I, Milano, 2011, p. 887 ss., anch'essa per una prevalenza della libertà sulla dignità in senso oggettivo. Ancor più decisi in questo senso i rilievi di V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C.M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, T. I, cit., p. 873 ss., ed ivi spec. pp. 879-880 (“*Il paradigma della dignità umana*”): l'A. sottolinea la rilevanza della libertà di autodeterminazione specie in materia sessuale, e la sua prevalenza rispetto all'astratto bene della “dignità umana”.

⁶⁶ Per una rivendicazione della dignità di prostituirsi, si si rinvia ancora al volume di A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim*.

⁶⁷ Classici in materia H. PACKER, *The Limits of the Criminal sanction*, Stanford, California, 1968; E. M. SHUR – H. A. BEDAU, *Victimless Crimes: Two Sides of a Controversy*, Englewood Cliffs, New Jersey, 1974.

Detto altrimenti, il diritto penale può legittimamente entrare in funzione solo quando un certo comportamento va a procurare danni ad altri senza il consenso di questi ultimi: è il c.d. *“harm principle”*, o *“principio del danno”*, un principio che da tempo sta a fondamento della legittimazione del diritto penale nei paesi anglosassoni, e che di recente anche da noi ha trovato accoglimento a fianco della teoria del bene giuridico, di cui costituisce anzi un completamento e un puntello ulteriore⁶⁸. Facciamo ancora un esempio in materia di prostituzione. Se Tizia decide liberamente di prostituirsi, e Caio le procura oggetti o altre cose utili per l’esercizio di tale attività, non si può certo ritenere che Tizia sia una vittima del comportamento di Caio. Infatti, da un lato, il comportamento di Caio non pare recare nessun danno a Tizia; semmai, al contrario, le procura, soggettivamente, un vantaggio. Inoltre, è chiaro che in questa ipotesi Tizia acconsente all’attività di Caio, non essendo costretta da Caio a fare o subire alcunché. Qui, dunque, Tizia non può certo definirsi una *“vittima”*.

7.1.2.3. Dignità, *“vittima”*, e *“paternalismo morale”* nella prospettiva della legge Merlin.

La sintetica considerazione dei predetti concetti (dignità e vittima) è sembrata un passo necessario per procedere nell’analisi della questione della legittimità costituzionale della repressione penale del favoreggiamento della prostituzione e di altri reati consimili, nella prospettiva dell’offensività.

Abbiamo infatti rilevato più sopra che quando nel 1958 la legge Merlin intervenne per contrastare il fenomeno della prostituzione, aveva come obiettivo più generale il pur utopistico fine della eliminazione della prostituzione stessa, anche per la salvaguardia della pubblica moralità; ma relativamente alle prostitute (ché specie a quel tempo il fenomeno della prostituzione era soprattutto se non quasi esclusivamente femminile) la legge mirava alla protezione delle stesse come vittime, e alla tutela della dignità delle stesse come donne. In una tale prospettiva, appurare cosa significhi vittima e cosa significhi dignità appare dunque di decisiva rilevanza.

Come si accennava, è plausibile che, considerando la società di allora, si potesse legittimamente intervenire con lo strumento penale a tutela di simili interessi. In effetti, quanto abbiamo precisato sopra relativamente ai concetti di dignità e di vittima ha un senso nel momento in cui ci si riferisce a persone riconosciute davvero capaci di autodeterminarsi. Ma, quando si ha a che fare con persone che non godono o di diritto o di fatto pienamente di questa capacità, la considerazione dei sopra esposti concetti cambia drasticamente. Se un soggetto non è capace di autodeterminarsi, non gli si potrà riconoscere il diritto di formarsi un’autonoma dignità soggettiva. Si pensi al minorenne:

⁶⁸ Sul c.d. *“harm principle”* si rinvia alle fondamentali pagine di J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 voll., Oxford, 1984-1988. Nella dottrina italiana, anche per il collegamento e l’integrazione con la teoria del bene giuridico, si veda fra gli altri il volume a cura di G. FIANDACA – G. FRANCOLINI, di *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit.; nonché A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*. *The Moral Limits of the Criminal Law*, Milano, 2010.

il minore non gode di capacità di autodeterminarsi, almeno in certe materie. Conseguentemente, non potrà misurarsi la dignità del minore secondo parametri suoi soggettivi, in base alle sue “concezioni del mondo”, e non si potrà far altro che imporre al minore stesso una concezione di dignità oggettivamente determinata. Lo stesso minore, relativamente a certi comportamenti attuati nei suoi confronti, non potrà liberamente acconsentirvi, non godendo appunto di libertà di autodeterminazione. Egli dunque sarà una vittima relativamente a certi episodi, anche nei casi in cui abbia volontariamente acconsentito alla loro attuazione. Se ad esempio Tizia, minorenni, decidesse con convinzione di dedicarsi alla prostituzione, e Caio, maggiorenne, le fornisse oggetti o cose utili all’esercizio della sua attività, ella sarebbe una vittima del comportamento di Caio, benché per certi versi si possa dire che sia stata favorita la sua attività di prostituta attraverso gli atti agevolatori di Caio.

Detto altrimenti, si può sostenere che nei confronti del minore o di altri soggetti incapaci possa avere tranquillamente ingresso nel diritto penale il cosiddetto *paternalismo giuridico*⁶⁹. Gli interessi del minore possono essere definiti dal Legislatore in base a parametri generali, e non tenendo conto delle scelte soggettive del minore; e nel caso concreto, l’eventuale consenso del minore ad attività che il Legislatore comunque considera dannose nei suoi confronti non può avere alcun rilievo.

Tornando alla condizione della donna e in particolare della prostituta negli anni ‘50 del secolo scorso, la si può probabilmente assimilare a quella di un minore o di un soggetto incapace (naturalmente con i dovuti adattamenti, e ovviamente senza alcun intento oltraggioso)⁷⁰. Nei suoi confronti, era forse comprensibile un intervento di taglio paternalistico del Legislatore, che è stato ciò che la citata legge Merlin ha attuato nel 1958.

Oggi abbiamo visto che la condizione della donna è, in generale, ben diversa da allora. Abbiamo altresì evidenziato che vi sono molti tipi diversi di prostituzioni, alcune coattive, altre meno, altre addirittura completamente libere e volontarie, come accade nel caso di cui al processo culminato nell’Ordinanza qui pubblicata, e come in tal sede aveva attestato lo stesso giudice di prime cure.

Nell’ambito della prostituzione come attività frutto di una libera scelta da parte di una persona – donna o uomo o altro ancora che sia – una tutela paternalistica non avrebbe alcun senso, se non svilendo il contenuto del principio di libertà di autodeterminazione di cui agli artt. 2 e 3 Cost. In questi casi, da un lato non vi è lesione di dignità alcuna. Ché infatti, abbiamo visto che relativamente a persone libere di autodeterminarsi l’unico concetto di dignità che può accettarsi come degno di tutela è

⁶⁹ Sul *paternalismo giuridico* nella nostra dottrina, di recente, si veda (oltre al mio *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, già citato), la serie di contributi di A. CADOPPI – L. CORNACCHIA – D. MICHELETTI – S. TORDINI CAGLI pubblicati in *Criminalia*, 2011, pp. 223-340, sotto il titolo complessivo di: “Il punto su...Paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario”, nonché gli scritti di M. ROMANO – H. MALM – R. SHAFER-LANDAU – S. CANESTRARI – F. FAENZA in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, cit., pp. 103-185, al Capitolo II, *Harm to Self*.

⁷⁰ Si consideri, *mutatis mutandis*, che, per i criminalisti antichi, e fino a buona parte del XVIII secolo, si scusava l’*ignorantia legis* alle donne, proprio per l’inferiorità che – nella società di quei tempi – le caratterizzava di fronte all’uomo.

quello della dignità soggettiva. Una tutela della dignità oggettiva sarebbe autoritaria e – lo si ribadisce – paternalistica. Tra l'altro, in questo caso, si tratterebbe di *paternalismo morale*. E il paternalismo morale è – fra i vari paternalismi giuridici – quello che più unanimemente viene condannato dagli studiosi. Invero, ammettendo un intervento paternalistico di tipo morale nell'ambito del diritto penale, si finirebbe a tutelare col più terribile dei diritti *la pura morale*, cosa che confliggerebbe addirittura con il *principio di laicità dello Stato* e con altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Si punirebbe il “modo di essere” delle persone, e nel caso di specie addirittura un esercizio di una libertà di autodeterminazione in materia sessuale⁷¹.

Chi si prostituisce – magari occasionalmente e con clienti selezionati (come molte escort) – del tutto liberamente, per scelta personale, evidentemente opta per un modo di vivere particolare che può non essere condiviso da molti, può suscitare ribrezzo morale in altri, può lasciare indifferenti altri ancora, ma che per la prostituta o escort stessa non costituisce lesione di alcuna dignità. La escort – che per scelta fa “quello” – non ritiene “indegna soggettivamente” l'attività di prostituzione: la ritiene semplicemente un'attività frutto di una propria scelta⁷².

Si consideri che negli anni '60 si ebbe uno storico dibattito in Inghilterra fra chi riteneva ammissibile il paternalismo morale, e chi lo avversava fortemente. Il dibattito fu scatenato da una sentenza della House of Lords, che nel 1962 aveva creato dal nulla il nuovo reato di “*conspiracy to corrupt public morals*”. Si trattava della redazione di un

⁷¹ Per simili considerazioni rinvio ancora, tra gli altri, a V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss.; nonché ad A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim* (ad es. p. 220 ss., p. 227, e p. 241).

Fra i penalisti, si tratta di un'opinione comune nell'ambito di chi si è occupato di recente della materia: fra gli altri v. A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 291 ss.; F. GIUNTA, *Prostituzioni tra fatto e diritto*, cit., pp. 303-307; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti*, cit., p. 319 ss.; ed ora P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., p. 48 ss.

⁷² Si veda sul punto M. L. MAQUEDA ABREU, *La prostitución: el “pecado” de las mujeres*, in *Quadernos Electronicos de Filosofia del Derecho*, 28/06/2017, p. 77, particolarmente efficace nel contrastare quelle opinioni secondo cui l'attività prostitutiva sarebbe di per sé – e senza possibili eccezioni – contrastante con la dignità della donna. La studiosa spagnola rivendica per le donne il diritto di libertà di scegliere di prostituirsi. Si può qui citare come esempio concreto il caso della transessuale turca Efe Bal, la quale più volte ha dichiarato di essere pienamente convinta e soddisfatta della propria scelta di prostituirsi, e ciò nell'ambito in trasmissioni televisive, e persino nella sala convegni “Aldo Moro” di Montecitorio, nell'occasione della presentazione – nell'aprile 2015 – di due proposte di legge in materia di regolamentazione della prostituzione (a firma una della senatrice Spilabotte ed altri; e l'altra dell'onorevole Vargiu ed altri), e della contemporanea presentazione del volume da me curato *Prostituzione e diritto penale*, cit.; ivi (ed in altre simili successive occasioni di presentazione delle leggi e del volume in altre città) erano presenti anche altri esponenti del mondo della prostituzione, come Pia Covre, anch'essa convinta sostenitrice dei diritti delle prostitute e della libera scelta di prostituirsi. Si noti che Efe Bal ha cercato in ogni modo di regolarizzare la sua posizione lavorativa negli uffici competenti, senza mai riuscirci (per il mancato espresso riconoscimento nel nostro sistema del lavoro di prostituzione), per poi vedersi perseguitata dal Fisco per ingenti evasioni fiscali! La stessa ha lamentato pubblicamente in vari contesti (anche televisivi appunto) questa situazione paradossale, derivante dall'ipocrisia delle leggi italiane in materia. Definisce il legislatore italiano “ipocrita fino al midollo” A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 240 (a questo volume si rinvia anche per una dimostrazione, anche attraverso testimonianze dirette e indirette, della diffusione della prostituzione come scelta libera e autonoma di donne e uomini).

“catalogo di prostitute” a cui i clienti avrebbero potuto attingere per sceglierle. Nel diritto inglese, scritto o non scritto, tale condotta non rientrava in alcuna fattispecie di reato esistente. L’Alta Corte di Westminster si fece prendere dal “moralismo giuridico” e creò un nuovo reato *ad hoc* pur di rendere punibile quella condotta⁷³. Si pensi a che ne è di tutto questo oggi, al tempo delle centinaia di siti internet attivi in tutto il mondo che propagandano impunemente sesso a pagamento... Comunque sia, Lord Devlin, un anziano giudice portavoce del conservatorismo giuridico, sostenne a spada tratta la legittimità di questo intervento⁷⁴; il più grande oppositore di questa virata moralistica della giurisprudenza inglese fu il grande filosofo del diritto Herbert Hart, il quale contrastò efficacemente le argomentazioni di Devlin a favore del paternalismo morale. Hart arrivò ad ammettere qualche forma marginale di paternalismo fisico (si pensi alla discussa tematica dell’eutanasia), ma negò recisamente ogni legittimità al paternalismo morale⁷⁵.

Del resto, non a caso uno dei punti su cui si sviluppò il dibattito riguardava la repressione penale dell’omosessualità. Devlin sosteneva la legittimità di tale repressione, per il “ribrezzo morale” suscitato dall’omosessualità sui benpensanti come lui. Hart ribatteva che il “ribrezzo morale” per una certa condotta non può mai essere un buon motivo per punirla col diritto penale, a meno che questa condotta non cagioni un danno ad altri. Hart riproponeva così la tesi già esposta un secolo prima da un altro filosofo inglese, John Stuart Mill, secondo il quale l’unico buon motivo per proibire (a maggior ragione col diritto penale) una condotta è il fatto che questa condotta arrechi un danno ad altri. Il semplice fatto che arrechi o possa arrecare un danno a sé stessi (ovvero a chi la pone in essere liberamente e volontariamente) non legittima l’intervento coattivo e punitivo dello Stato.

È la tesi del c.d. “*Harm Principle*”, dai tempi di Mill seguita in terra anglosassone dalla maggioranza degli studiosi e in tempi recenti rivitalizzata e portata a compimento da autori del calibro di Joel Feinberg, che con i suoi 4 tomi sui “*Moral Limits of the Criminal Law*” pubblicati nella seconda metà degli anni ‘80 ha scritto quella che ancor oggi può essere considerata la più completa trattazione moderna del liberalismo giuridico-penale⁷⁶.

Di fronte alla prostituzione (magari occasionale) per libera scelta, quella delle escort, quella insomma di cui al processo culminato nell’Ordinanza qui pubblicata, ci si trova in un terreno che si presta perfettamente all’applicazione dei principi dell’*harm*

⁷³ *Shaw v. DPP* [1962] AC 220.

⁷⁴ P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, New York, 1965.

⁷⁵ H. L. A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, California, 1963. Sul dibattito Devlin-Hart rinvio a quanto ho scritto nella voce *Moralità pubblica e buon costume (reati in materia di)* (*diritto anglo-americano*), in *Digesto delle Discipline penalistiche*, vol. VIII, 1994, p. 190 ss.

⁷⁶ V. retro le note 62 e 63 per citazioni in proposito. L’*harm principle* è oggi comunque riconosciuto come principio-guida in tema di legittimazione del diritto penale da numerosi manuali di diritto penale. Fra gli altri si possono citare G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna-Roma, 2015, p. 28 nota 52; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, p. 11 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, 2015, p. 84 ss. (in relazione al principio costituzionale di laicità); A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2015, p. 115 ss.

principle. In questo caso, può essere che la escort arrechi un danno (morale, si intende) a se stessa, ma non arreca certamente danno ad altri. Cosicché, in base alle tesi del liberalismo giuridico, e in base alle confutazioni del paternalismo morale – che vedono oggi convergere gran parte degli studiosi a livello mondiale, ed anche nel nostro paese – non troverebbe legittimazione alcuna la repressione penale della prostituzione per libera scelta. Né il ricorso al fumoso concetto della dignità può soccorrere in tal senso, se non ipotizzando un concetto etero-imposto di dignità oggettiva che abbiamo visto confliggere con fondamentali libertà costituzionalmente garantite.

7.1.2.4. Repressione della prostituzione come libera scelta e violazione del principio di offensività.

La repressione penale della prostituzione come libera scelta (e delle attività non dannose e non coattive ad essa collegate) – è il caso del processo di cui all’Ordinanza – deve dunque ritenersi illegittima costituzionalmente per violazione del principio di *offensività*.

In primo luogo, va qui ricordato che il bene giuridico tutelato, nella visione pre-legge Merlin ma anche nella visione della maggioranza dei commentatori della legge del ’58 – e pure nella giurisprudenza – era inizialmente considerata la moralità pubblica (o tutt’al più la salute pubblica). Si trattava di beni giuridici super-individuali (sul punto torneremo anche più oltre), e non individuali. Naturalmente, essendo beni giuridici super-individuali (se non “statuali”: si tutelava in fondo una “morale di Stato”), non erano disponibili dall’individuo.

Nell’ottica della tutela della moralità pubblica, dunque, non vi era tanto da discutere. I reati di cui alla legge Merlin (salve eccezioni) si potevano considerare lesivi di questo bene giuridico, visto che ogni riapertura di case chiuse, ogni sfruttamento o anche favoreggiamento della prostituzione, insomma ogni potenziale o effettivo contributo al “ritorno” o all’incremento della prostituzione, nella prospettiva “abolizionistica” di allora, poteva dirsi lesivo della moralità pubblica. La volontà della singola prostituta non veniva presa in considerazione, perché non si tutelava un bene della persona, ma un bene pubblicistico. Dunque, se la prostituta (o escort) avesse attuato la prostituzione con piena volontà e libertà di scelta, questo non interessava al legislatore, che voleva tutelare beni collettivi come la moralità pubblica⁷⁷.

Ma oggi le cose – come evidenziato più sopra – sono cambiate drasticamente. La dottrina ormai unanime e la giurisprudenza più moderna e oggi ormai maggioritaria non ritengono più che il bene tutelato sia la moralità pubblica. A questa si è ormai sostituito il bene giuridico della *persona della prostituta, sub specie della sua libertà di autodeterminazione in materia sessuale*. Se è così, si deve oggi guardare ai reati di prostituzione come reati contro la persona, e quindi la tutela ha perso il suo carattere

⁷⁷ “Che ci sia o meno il consenso della meretrice non importa. Le puttane sono vittime per legge. Meretricio volontario e sfruttamento vengono mischiati in un unico calderone liberticida”: così A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 220.

collettivo ed è diventata di tipo individuale, cosa del resto normale visto il lento progredire verso un ordinamento giuridico-costituzionale che non vede più al centro lo Stato (come ai tempi del fascismo) ma la persona.

In questa prospettiva, va chiarito quale sia il bene realmente protetto: si tratta della libertà di autodeterminazione della prostituta/escort o della sua dignità⁷⁸?

Fra i due poli – visto quanto abbiamo detto poco sopra – non dovrebbe esservi antitesi. Infatti, abbiamo visto che se si intende tutelare col diritto penale la dignità, essa deve essere dignità soggettiva, o personale, e non dignità oggettiva. Dunque, la *dignità soggettiva*, in questo campo, trova forma solo come *esercizio di una libertà di autodeterminazione in materia sessuale*. La dignità soggettiva della prostituta/escort che agisce volontariamente e liberamente indica il “mestiere” di prostituta come un mestiere conforme alle scelte della prostituta stessa, e che quindi nulla ha di male per chi lo svolge. In questo senso, se si tutela la dignità soggettiva della prostituta convinta, non ha certamente senso punire fatti che le arrecano vantaggio nella sua attività professionale liberamente scelta. Diversamente avviene in rapporto a fatti che violano la libertà di autodeterminazione della prostituta costringendola ad esercitare il mestiere o ad esercitarlo in un certo modo. Ma quando vi è pieno consenso e libera scelta da parte della prostituta, la repressione delle condotte collegate alla stessa non trova legittimazione in alcun bene giuridico.

Si può pensare che alcune delle fattispecie della legge del '58, sotto questo profilo, possano mantenere profili di offensività anche di fronte a “libere scelte”: si può pensare allo sfruttamento (almeno a certe forme di esso) o alla induzione (o almeno a certe forme di essa). Ma nell'ambito del reclutamento o del favoreggiamento, così come interpretati dallo stesso giudice di primo grado nel processo di cui all'Ordinanza, non vi sarà mai alcuna lesione del bene giuridico tutelato se il bene è la libertà di autodeterminazione della donna in materia sessuale e se la scelta è stata libera⁷⁹.

Del resto è lo stesso Tribunale nella sentenza di primo grado su cui si è innestata, in grado di appello, l'Ordinanza qui pubblicata, ad attestare inequivocabilmente che le escort nei fatti di cui a processo – persino quelle che si erano costituite parte civile – *non hanno subito alcun danno* (né materiale né morale) dai reati che sono stati addebitati all'imputato. Non si può dunque dire che siano state “vittime” delle condotte di reclutamento o favoreggiamento per cui il Tarantini è stato condannato. E ciò per il semplice motivo che *non è stato leso il bene giuridico*.

In conclusione, si deve ritenere che le fattispecie del reclutamento e del favoreggiamento, così come interpretate dal giudice di prime cure, violino patentemente il *principio di offensività*, un principio la cui rilevanza costituzionale è stata riconosciuta

⁷⁸ Abbiamo visto più sopra che non poche sentenze in tema di prostituzione richiamano – oltre alla libertà di autodeterminazione – anche la dignità della prostituta. Lo stesso giudice di prime cure nel processo di cui all'Ordinanza accoglie questo duplice riferimento.

⁷⁹ Scrive A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 240: “La prostituzione non è reato, ma il favoreggiamento di qualcosa che non è reato è reato. [...] Come spiegarlo a una persona normale?”. Nel linguaggio poco tecnico-giuridico della giornalista-politologa-sociologa, si coglie però la contraddizione legislativa che chiunque è in grado di percepire.

più volte dalla stessa Corte costituzionale (v. per tutte la importantissima Sentenza n. 364 del 1988 in tema di *ignorantia legis*, redatta da Renato Dell'Andro): un principio che trova sanzione, fra l'altro, negli artt. 13, 25 e 27 Cost.

Va detto che la Cassazione, con la citata Sentenza n. 49643 del 2015, ha rigettato simili prospettazioni di incostituzionalità della norma sul tema dell'offensività, rilevando che si può superare tale paventata incostituzionalità delle norme citate tramite interpretazioni "costituzionalmente orientate" delle stesse. E a parere dei giudici di legittimità una tale reinterpretazione delle norme della legge Merlin – in particolare la Corte allude al favoreggiamento – sarebbe stata già attuata dalla giurisprudenza.

La Corte vuole riferirsi alla ben nota distinzione fra favoreggiamento della prostituta e favoreggiamento della prostituzione, di cui ho già detto più sopra (§ 7.1.1.5). Ma, come ho già avuto modo di dimostrare, credo persuasivamente, la distinzione in parola non ha prodotto risultati soddisfacenti. Da un lato essa non è facilmente praticabile, dal momento che è assai oscura la distinzione fra le due cose, visto che quasi sempre chi favorisce la prostituta (almeno in certi ambiti) ne favorisce anche la prostituzione e viceversa⁸⁰. Dall'altro, anche ammesso, e non concesso, che si trovasse un discrimine fra le predette due tipologie di favoreggiamento, la distinzione stessa non avrebbe alcuna capacità di risolvere i connaturati problemi di incostituzionalità del favoreggiamento (ed anche del reclutamento). Quanto ai casi di favoreggiamento della prostituta, essi non hanno nulla a che fare col diritto né col diritto penale, e non è neppure il caso di parlarne. Quanto ai casi di favoreggiamento della prostituzione, anche qui non si realizza alcuna lesione di beni giuridici (quantomeno nelle ipotesi di prostituzione "libera"), per quanto si è detto finora. Ovvero per il fatto che non può certo costituire lesione del bene giuridico "libertà della persona in materia di scelte sessuali" il comportamento di chi favorisce alla escort l'attuazione pratica di una sua libera scelta. Anzi, in questi casi si realizza l'esatto contrario della lesione del bene giuridico. Se la escort sceglie liberamente di offrire sesso a pagamento, chi dà una mano alla prostituta nella effettuazione di tale sua scelta produce un vantaggio, e non un danno allo stesso bene giuridico tutelato.

Sul punto, peraltro, la citata sentenza della Cassazione fa un'ulteriore precisazione per dimostrare che vi sarebbe comunque offensività anche in questi casi. Rileva che l'agevolazione da parte di altri è una condotta idonea ad interferire sulla libera autodeterminazione della prostituta a svolgere la propria attività "perché costituente il primo passo verso lo sfruttamento economico del corpo della prostituta".

La Corte qui si arrampica evidentemente sugli specchi. Cerca di trovare una via d'uscita al *cul de sac* in cui si è messa adottando come bene giuridico la libertà di autodeterminazione della persona in materia sessuale. Una volta prescelto questo bene

⁸⁰ A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 250-252, cita una serie di sentenze della Cassazione in tema di favoreggiamento, evidenziando che casi analoghi portano a decisioni diverse (con assoluzioni o condanne in un caso e nell'altro), senza che sia dato di capire le supposte differenze fra gli stessi; e conclude la carrellata con una amara considerazione finale rivolta ai lettori: "Ecco, se non capite, non stupitevi. Siete in buona compagnia". Anche in questo caso l'analisi non è tecnica, ma evidenzia che molte decisioni (e supposte distinzioni) in materia stridono con lo stesso buon senso.

giuridico – che è peraltro quello più in sintonia con i principi costituzionali e con l’assetto moderno del diritto penale – avrebbe dovuto trarne le debite conseguenze e ritenere illegittimo costituzionalmente il favoreggiamento per violazione del principio di offensività. Viceversa, al fine di evitare questa soluzione, escogita questo *escamotage* per dimostrare che comunque, se non vi è lesione, vi è in ogni caso messa in pericolo del bene “libertà di autodeterminazione della persona in materia sessuale”, perché le condotte di favoreggiamento costituirebbero “il primo passo verso lo sfruttamento economico del corpo della prostituta”. In realtà, qui abbiamo solamente una escort (o prostituta) che decide liberamente di prostituirsi, magari anche in un’occasione isolata e con un cliente a lei adeguato. Si tratta di una libera scelta, frutto dell’esercizio di un diritto costituzionalmente garantito quale la libertà sessuale (sul punto v. meglio tra breve). Come si può dire che una condotta che semplicemente agevola la prostituta o escort nell’esercitare quel suo diritto di libertà costituzionalmente garantito costituisca “il primo passo verso lo sfruttamento economico del corpo” della stessa? In primo luogo – nei casi in cui la prostituta sceglie liberamente di prostituirsi – è lei stessa che vuole sfruttare economicamente il suo corpo concedendolo ad altri. E anche questa non è che l’espressione di quella libertà sessuale costituzionalmente garantita. Non sono altri che sfruttano economicamente il corpo della prostituta stessa.

Se poi si vuol dire invece che una volta intrapreso il mestiere di prostituta o di escort può essere che in un remoto futuro qualcuno sfrutterà economicamente il lavoro della prostituta stessa, questa è un’illusione priva di riscontri che non può giustificare addirittura la repressione penale di una condotta che ha il solo fine di favorire l’attività libera e lecita della prostituta. Si dovrebbe individuare un reale pericolo per il bene giuridico “libertà sessuale” della prostituta. Ma questo pericolo è solo molto remoto e potenziale. Facciamo un esempio: chi dà un appartamento in locazione alla prostituta dovrebbe essere punito perché la sua attività costituisce il “primo passo” verso lo sfruttamento economico del corpo della stessa? Ma se le si riconosce piena libertà di prostituirsi, è contraddittorio poi giustificare la punibilità di condotte di cui la prostituta stessa ha bisogno per poter esercitare la sua “libera” attività⁸¹.

Si tratta in realtà – sia concesso dirlo - di una vera e propria “truffa delle etichette”. Si ridefinisce il bene giuridico secondo schemi apparentemente moderni, per poi ripiombare in proibizioni antiche, giustificabili solo attraverso il ripiegamento su beni giuridici ormai superati. Alla fine, l’ottica della Cassazione non è molto distante da quella originaria della legge Merlin, che voleva tutelare le donne dallo sfruttamento, proibendo però paternalisticamente tutta una serie di condotte che con lo sfruttamento non avevano nulla a che fare (ma in un contesto completamente diverso da quello odierno, e avendo di mira la prostituzione come si esercitava allora nelle “case di meretricio”).

Diversamente, restando nell’ottica della libertà di autodeterminazione, la condotta agevolatrice sarebbe troppo distante dalla lesione e dalla stessa messa in

⁸¹ Sul punto sono particolarmente efficaci le argomentazioni di cui all’Ordinanza qui pubblicata, al § 11, in critica alla sentenza della Cassazione n. 49643 del 2015 citata nel testo.

pericolo del bene giuridico per potersi dire giustificabile alla luce del principio di offensività.

A ciò si aggiunga che la prostituta ha spesso bisogno di aiuti esterni di qualche tipo per procedere nella propria attività. Ad esempio, specie la escort può avere bisogno di pubblicizzarsi, o di terzi che le procaccino dei clienti. Ebbene, criminalizzando il favoreggiamento, si criminalizzano (potenzialmente⁸²) tutte le attività di terzi atte a migliorare e a rendere più redditizia l'attività della prostituta stessa. In questo modo, si colloca irrimediabilmente l'attività normale di una prostituta che esercita il mestiere per libera scelta in un ambito di criminalità, che non fa che peggiorare lo status della prostituta stessa, che prima o poi rischierà davvero, in quel modo, di finire vittima di sfruttatori⁸³. In definitiva. La repressione penale del favoreggiamento di fronte a casi di prostituzione per scelta ha l'effetto criminogeno di costituire davvero il primo passo verso lo sfruttamento. Dunque, non è il favoreggiamento (es.: la locazione di un appartamento, il procacciamento di un cliente, o simili) che costituisce in questi casi il primo passo verso lo sfruttamento, ma tutt'al più è la repressione penale di esso che può provocare questo effetto paradossale.

Quanto detto dovrebbe bastare per dimostrare la fallacia delle argomentazioni della Cassazione in argomento.

La sentenza di primo grado nel processo di cui all'Ordinanza, in proposito, sembra profilare il bene giuridico in altro modo ancora, al medesimo fine di poter dimostrare la legittimazione della punibilità di simili condotte. I giudici del Tribunale di Bari in realtà non abbandonano completamente il bene giuridico della moralità pubblica, che viene comunque chiamato in causa, anche se forse in posizione subordinata rispetto all'altro della persona. Sul bene "moralità pubblica" ho già detto, e non torno qui sulla dimostrazione della totale inattualità di un bene siffatto, che in realtà oggi sarebbe, se adottato a giustificazione di repressioni penali, addirittura incostituzionale come tale.

Passiamo dunque agli altri beni espressi dal giudice di primo grado del processo barese, relativi alla tutela della persona. Si accenna alla "dignità umana", ma anche sul tema dignità ho discusso abbastanza a lungo più sopra, dimostrando, credo, che se la dignità è quella soggettiva o personale – l'unica compatibile con i principi costituzionali e con un ordinamento laico, liberale e non autoritario – allora essa non viene affatto né

⁸² E salve avventure interpretative di dubbia legittimazione. Del resto proprio la questione della punibilità della pubblicizzazione della prostituzione – passata attraverso gravi contrasti giurisprudenziali – evidenzia la contraddittorietà e la infondatezza della distinzione più volte criticata fra favoreggiamento della prostituta e favoreggiamento della prostituzione, laddove è chiaro che, a rigore, ogni pubblicizzazione (su giornali o su siti internet) della attività prostitutiva dovrebbe costituire favoreggiamento della prostituzione e non solo della prostituta. Non si capisce dunque come sia possibile che in questi casi, spesso, si giunga alla assoluzione degli imputati.

⁸³ Si legga quanto scrive in proposito F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 308: "L'incriminazione di tutte le attività serventi o comunque satelliti dell'atto prostitutivo, fa sì che la liceità di quest'ultimo sia più formale che sostanziale, più tollerata che proclamata, con la conseguenza di spandere intorno alla persona che si prostituisce un alone emarginante di disdoro e di implicita disapprovazione paternalistica".



3/2018

lesa né posta in pericolo dai reati qui considerati quando la scelta della prostituta o escort è libera. Anche su questo punto non è il caso di ripetere cose già dette.

Il predetto giudice di prime cure passa poi al bene “libertà di autodeterminazione”, e lo declina nel modo seguente: la libertà sessuale della donna che faccia commercio del proprio corpo dietro corresponsione di denaro o altra utilità, “intesa come libertà dall’interferenza di terzi che dall’attività di prostituzione altrui intendano ricavare un vantaggio economico ovvero in qualsiasi modo procurare condizioni favorevoli per l’esercizio della stessa, rendendo possibile un’interazione – anche occasionale – con chi sia disposto a comprarne i favori”.

Lasciamo stare la parte in cui si parla di chi realizza condotte capaci di ricavare un vantaggio economico dalla prostituzione, perché qui siamo sul versante dello sfruttamento della prostituzione e si tratta di un reato che non viene in rilievo in questo parere.

Passiamo alla seconda parte, dove si parla di una libertà da interferenze di terzi che intendono “in qualsiasi modo procurare condizioni favorevoli per l’esercizio della stessa”.

Qui francamente si riscontra un salto logico. Come si può tutelare la libertà di autodeterminazione della donna in materia di scelte sessuali, e più in particolare nella scelta di prostituirsi, se poi la si tutela da coloro che procurano “in qualsiasi modo condizioni favorevoli” all’esercizio della prostituzione? Ma se si tratta di una libera scelta della persona – tutelata addirittura costituzionalmente – come si può dire che tale libera scelta sia lesa da chi ne rende più favorevoli o agevoli le condizioni di svolgimento? Si cade evidentemente nella stessa logica della legge Merlin, da cui apparentemente ci si allontana accogliendo – a parole – concezioni più moderne, ma in realtà riproponendone in pieno la prospettiva originaria, quella della protezione paternalistica di povere donne che nei locali di meretricio finivano per perdere davvero, allora, negli anni ’50, ogni libertà.

Oggi, se si accoglie l’inquadramento del bene giuridico nella libertà di autodeterminazione bisogna, coerentemente, affermare che quando la prostituzione – o comunque la concessione di favori sessuali dietro pagamenti – è frutto di libera scelta, è tale scelta che va tutelata, perché frutto di libertà di autodeterminazione. E allora, in questi casi, si deve dire che chi agevola le condizioni di esercizio dell’attività prescelta dalla prostituta non lede alcun bene giuridico, men che meno quello della libertà di autodeterminazione della stessa. Anzi, favorisce l’attuazione concreta della scelta della prostituta stessa, realizzando, come già si notava, l’esatto opposto della lesione del bene della libertà.

La verità è che dietro la visione apparentemente moderna del giudice barese di prime cure si cela una adesione ad una visione della prostituzione come un “male da estirpare”. Lo dice a chiare lettere lo stesso Tribunale quando rileva che la punizione del favoreggiamento è pienamente in linea con le esigenze di tutela della legge, che mira ad “impedire che il fenomeno della prostituzione si accentui e si espanda per le condizioni favorevoli ad esso offerte da soggetti che si trovino in posizione di terzietà rispetto a coloro tra i quali il patto di meretricio intervenga”. In altro passo, lo stesso giudice afferma che la legge Merlin, con le fattispecie da essa contemplate, “rende manifesto il

disvalore sociale attribuito ad atti che implicino l'uso strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo, costituendo quest'ultimo un fenomeno che, se di per sé non illecito, è tuttavia da considerare socialmente degradante e in quanto tale da disincentivare".

Si avverte molto bene, in queste parole, l'avversione morale del giudice verso la prostituzione come "fenomeno degradante". Sembra quasi di risentire le parole del senatore Boggiano Pico e dell'onorevole Tozzi Condivi, non a caso riportate nelle prime pagine di questo parere. Ma il fatto è che o si abbraccia una filosofia rispettosa dei diritti di libertà di autodeterminazione, quelli tutelati dalla nostra Costituzione, oppure si cade nella trappola del paternalismo morale o di concetti fintamente rispettosi di tali libertà come quello di dignità oggettiva, o simili.

Spesso, dietro a questi "giri di parole" stanno atteggiamenti simili a quello che aveva negli anni '60 l'inglese Lord Devlin, che in nome della "degradazione sociale" o "morale" giustificava senza remora alcuna la repressione penale dell'omosessualità, allora non certo in auge nella morale comune.

Spostando l'accento sulla libertà di autodeterminazione, e "facendo sul serio" con la stessa, si dovrebbe coerentemente rispettare la scelta di chi vuole, occasionalmente o meno, prostituirsi, la scelta di coloro che con linguaggio più asettico e meno moralistico vengono oggi chiamati "*sex workers*". Si tratterà forse di un'attività moralmente poco ben accetta, ma questo non deve interessare il diritto penale, che tutela, fra le altre libertà, anche la libertà sessuale: libertà (negativa) *da* violenze ed abusi (come nella violenza sessuale), o libertà (positiva) *di* intraprendere le attività sessuali che intendono intraprendere (come nel libero esercizio della omosessualità o della prostituzione o di altro ancora che, beninteso, non rechi danno ad altri).

Chi aiuta o agevola o favorisce l'esercizio di una libera scelta – in campo sessuale o in altro campo – non reca danno a nessuno, e men che meno a chi vuole realizzare quella libera scelta.

Il Tribunale barese, nel processo di cui all'Ordinanza, al fine di rintuzzare l'incostituzionalità del delitto di favoreggiamento per violazione del principio di offensività, aggiunge un requisito allo stesso, ovvero la rilevanza causale della condotta del terzo relativamente al concreto svolgersi dell'atto di prostituzione (parla di "incidenza causale decisiva ai fini del concreto esercizio dell'attività di prostituzione"). E rileva che questo requisito si verifica nei casi di cui a processo relativamente alle escort contattate dal principale imputato.

Ebbene: a mio parere questo requisito dell'incidenza causale – che del resto da decenni era apparso sulla scena dell'interpretazione dei delitti in esame⁸⁴ – non risolve nulla. In primo luogo, la differenza fra favoreggiamenti causali e non causali (che si accompagnerebbe quasi sovrapponendosi alla distinzione fra favoreggiamento della prostituta, non causale, e favoreggiamento della prostituzione, causale) non ha alcuna rilevanza logica o teorica. Perché i favoreggiamenti non causali dovrebbero essere non

⁸⁴ Approfondimenti sul punto già in F. LEONE, *Delitti di prossenetismo ed adescamento*, cit., p. 182.

punibili e quelli causali sì? Afferma la sentenza di primo grado: perché quelli causali hanno la capacità di espandere il fenomeno della prostituzione, mentre gli altri no.

Ma allora la giustificazione torna ad essere quella più sopra contrastata, legata ad una considerazione della prostituzione come qualcosa da ridurre a tutti i costi anche nei casi delle prostitute per scelta, che liberamente intraprendono quell'attività. E abbiamo visto quanto questa prospettiva sia oggi sbagliata, perché adotta gli schemi degli artefici della legge Merlin attualmente superati e soprattutto lesivi di diritti di libertà costituzionalmente garantiti.

Va poi detto che applicando l'impostazione suggerita dal giudice di prime cure, si legittimerebbe ancor oggi, fra l'altro, la condanna delle due prostitute che abitano insieme in uno stesso appartamento e che si danno una mano a vicenda per fissare gli appuntamenti dell'una e dell'altra (c.d. "agevolazione reciproca"). In questo caso, sicuramente le risposte alle telefonate dei clienti da parte dell'una o dell'altra sono causali rispetto ai singoli episodi prostitutivi: ma chi sarebbe disposto oggi a punire l'una e l'altra per favoreggiamento della prostituzione, almeno nei casi di prostituzione liberamente esercitata da entrambe⁸⁵?

Il fatto è che il favoreggiamento, quando è causale, è ancor più vantaggioso alla prostituta o escort che vuole prostituirsi per libera scelta. Pensare che vi sia offensività solo in quei casi è dunque un controsenso, perché sono proprio quelli i casi in cui la prostituta ottiene i vantaggi maggiori: altro che danni! Altro che vittime! A meno di non tornare alla logica del paternalismo morale già più volte criticata e screditata nelle pagine precedenti.

In sostanza e in conclusione: molte fattispecie della legge Merlin, e sicuramente quelle del reclutamento e del favoreggiamento, se interpretate come le ha interpretate il giudice di primo grado nel processo di cui all'Ordinanza, debbono ritenersi incostituzionali per violazione del *principio di offensività*. Ed è questa una tesi che viene condivisa dalla maggioranza della dottrina che di recente si è occupata della tematica⁸⁶.

7.1.3. Libere scelte di prostituirsi e violazione del diritto costituzionalmente garantito di autodeterminazione sessuale.

Partiamo ancora una volta da quello che potrebbe sembrare un caso di scuola e che invece è proprio il caso di cui al processo barese: consideriamo delle persone (donne

⁸⁵ Per tutti si rinvia a quanto chiaramente rilevato da P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., pp. 55-56.

⁸⁶ Fra i contributi più recenti: A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 294 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali*, cit., p. 324 ss.; P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., pp. 50-51; F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 155. Si possono interpretare in questo senso altresì le considerazioni di F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 305 ss.; nonché di D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 310: tutte volte a dar rilievo al rispetto delle libere scelte dei "sex workers"; ed ora di F. PARISI, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta nelle recenti proposte di incriminazione del cliente*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2017, pp. 673-674. Sembra così orientato da ultimo anche F. P. LASALVIA, *Reclutamento e favoreggiamento*, cit.

o uomini che siano) che liberamente decidono di prostituirsi, in casi sporadici o anche come mestiere.

Può il diritto penale legittimamente proibire condotte come il favoreggiamento o il reclutamento (intesi come da sentenza di primo grado) realizzate nei confronti di persone del genere senza violare il principio costituzionale di libertà di autodeterminazione in materia sessuale? La risposta è chiaramente, a mio avviso, negativa. Vediamo perché.

Va premessa in proposito una cosa peraltro già nota a chi legge queste pagine: il “reclutamento” di cui al processo barese consisteva semplicemente nel reperire una o più prostitute o escort per un cliente facoltoso e importante.

La escort in questo modo entrava in contatto col cliente ricco e famoso, si recava a cene presso di lui con altre persone, e, a parere del giudice di prime cure, intratteneva col cliente o altre persone rapporti sessuali o comunque compiva atti sessuali.

La condotta di reclutamento, o favoreggiamento che dir si voglia, non incide sulla libertà di scelta della prostituta o escort. Questo lo dice a chiare parole più volte il giudice di primo grado. La escort rimane libera di fare ciò che vuole, né le condotte dell'imputato hanno caratteristiche coercitive o riduttive della libertà della stessa. Anzi, come più volte detto, le condotte di reclutamento (ammesso che questa fattispecie si attagli alle condotte stesse) non procurano danni alla escort, ma le procurano vantaggi. Le danno modo di esplicare in concreto – e con un ottimo cliente – la sua libera scelta di prostituirsi.

Per ritenere accettabile, anche sotto il profilo costituzionale, la repressione penale del favoreggiamento (o del reclutamento così inteso) in ipotesi come quelle di cui al processo barese, occorrerebbe dimostrare che in questa materia non è ammissibile costituzionalmente una libertà di autodeterminazione da parte della donna, o comunque di chi vuole prostituirsi. E qui viene uno snodo fondamentale della questione⁸⁷, che già è emerso in più punti nella presente trattazione, ma che ora va affrontato *ex professo*.

Invero, non si dubita che la prostituzione rientri nell'ambito dell'attività sessuale. La prostituzione, anzi, non è che attività sessuale a pagamento. Per verificare se l'esercizio della prostituzione risponda ad una libertà di autodeterminarsi costituzionalmente garantita occorre dunque partire dal problema del riconoscimento di un *diritto costituzionalmente garantito di libertà sessuale*.

La “libertà sessuale” è concetto che risale nel tempo, se si pensa che persino nella configurazione originaria del codice Rocco, nel 1930, si collocavano i delitti c.d. sessuali nell'ambito dei delitti contro la “libertà sessuale” (pur ambiguamente all'interno del Titolo IX concernente i delitti contro la “moralità pubblica e il buon costume”). Ma, per venire ai decenni più recenti, che sia riconosciuta una libertà sessuale, e che questa libertà abbia anche rilievo costituzionale non è cosa che si possa porre seriamente in dubbio. Numerose sentenze della Corte Costituzionale riconoscono la libertà sessuale come diritto fondamentale della persona⁸⁸. Analogamente si può dire per la stessa

⁸⁷ Riprendo su questo punto argomentazioni già svolte in A. Cadoppi, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 291 ss.

⁸⁸ Si veda ad es. la sentenza n. 561 del 1987 della Corte Costituzionale, dove viene detto che “[e]ssendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente

identità sessuale, che deve ritenersi diritto costituzionalmente garantito⁸⁹. Tutti questi diritti, se non sono esplicitamente menzionati dalla Costituzione, sono implicitamente derivabili dall'art. 2 Cost. che deve ritenersi contenere un catalogo aperto di diritti, come anche cospicua dottrina ha confermato⁹⁰. Del resto lo stesso art. 3 comma 2, attribuendo alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che limitando di fatto la libertà [...] dei cittadini, impedendo il pieno sviluppo della persona umana, conferma questo diritto costituzionalmente garantito alla libertà sessuale. Numerosissime sono le sentenze della Cassazione che ribadiscono (ad esempio in materia di reati sessuali) questo diritto, con espresso riferimento ai predetti articoli della Costituzione⁹¹.

Né la libertà sessuale è riconosciuta solo all'interno dell'ordinamento italiano a livello costituzionale; anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in più di una pronuncia ha affermato con forza la sussistenza di tale libertà. Si pensi per tutti al caso *Dudgeon v. United Kingdom* (1981) con il quale si è ritenuta contrastare con la CEDU una legge dell'Irlanda del Nord che reprimeva gli atti omosessuali fra adulti consenzienti. La norma della CEDU che viene in considerazione in questi casi è l'articolo 8 che riguarda il diritto alla vita privata⁹². Più di recente, la stessa Corte EDU ha coniato il concetto di autonomia personale, di cui la libertà sessuale sarebbe parte integrante: su questa base è stata affermata l'illegittimità dell'interferenza statale, e, segnatamente, dell'intervento del diritto penale, anche rispetto a pratiche sadomasochistiche estreme e particolarmente cruenta, purché poste in essere in privato e con il consenso della "vittima"⁹³.

Il riconoscimento della libertà sessuale come diritto costituzionalmente garantito va in effetti inteso, come si accennava, sia in senso negativo che in senso positivo.

In senso *negativo* la libertà sessuale implica che un soggetto non possa essere costretto ad attuare condotte sessualmente rilevanti che egli non voglia attuare. A presidio di questa libertà stanno ovviamente tutte le norme di cui agli artt. 609 *bis* e seguenti del codice penale, che puniscono la violenza sessuale ed altri reati collegati.

è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire."

⁸⁹ Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 1985 dove viene detto che "il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità".

⁹⁰ Cfr. per tutti A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, p. 50 ss. Si veda anche, per una nota alla menzionata sentenza n. 561 del 1987 della Corte Costituzionale, dove viene sostenuta la tesi per cui l'art. 2 Cost. costituirebbe catalogo aperto di diritti, L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale – Nota a C. Cost. 18 dicembre 1987*, n. 561 in *Foro It.*, 1989, fasc. 7-8, pagg. 2113-2119.

⁹¹ Tra le moltissime, si veda ad es. Cass., sez. III, 19 novembre 2015, n. 18679, in *Dir. pen. e proc.*, n. 11/2016, con la mia nota *Baci e violenza sessuale*, cit.

⁹² *Dudgeon v. United Kingdom*, application no. 7525/76, 22 ottobre 1981 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

⁹³ Corte Edu, 17 febbraio 2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*. Si veda in questo senso fra gli altri M.R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., pp. 890-891.

Sotto il versante *positivo*, la libertà sessuale indica il diritto di esplicitare qualsiasi attività sessuale un soggetto abbia desiderio di fare, con il limite ovvio del rispetto degli interessi altrui. Così, in privato, ciascuno può esplicitare la sua libertà sessuale mediante attività di qualsiasi genere, purché attuate nei confronti di soggetti adulti e consenzienti e senza arrecare danni fisici irreparabili⁹⁴. In pubblico, l'esplicitazione di tale libertà trova un limite nel fatto che il pubblico e il singolo passante non debbono essere sottoposti a forzose visioni di immagini o di atti che possono suscitare turbamento o fastidio⁹⁵.

Il riconoscimento di una libertà sessuale positiva porta ad esempio, come si è visto, a riconoscere il diritto alla omosessualità e al compimento di atti omosessuali, anche qui, naturalmente, nel rispetto del consenso altrui.

Si può dire che la libertà sessuale intesa in senso positivo si possa estendere anche all'esercizio della prostituzione? Sono fermamente convinto che la risposta debba essere affermativa. Al fine di dare una risposta plausibile a questa domanda, occorre peraltro domandarsi preliminarmente cosa caratterizzi l'attività di prostituzione rispetto a una qualsiasi attività sessuale. La risposta è abbastanza semplice: la prostituzione rispetto a qualsiasi attività sessuale si caratterizza per essere un'attività sessuale a pagamento.

Ora il quesito si deve riformulare nel modo seguente: la libertà sessuale intesa in senso positivo si deve ritenere estesa alla libertà di attuare un'attività sessuale a pagamento, ovvero dietro pagamento di un compenso? Non vedo alcuna ragione per escludere questo tipo di attività sessuale dal concetto di libertà sessuale di cui si tratta. Se si riconosce a qualsiasi soggetto capace di autodeterminarsi di poter realizzare qualsiasi attività sessuale purché questa non leda interessi altrui contro il consenso del danneggiato, non vedo perché si dovrebbe ritenere esclusa da questa libertà la prostituzione. Chi si prostituisce esercita indubbiamente un tipo di libertà sessuale⁹⁶. Non lede certamente in questo modo gli interessi della sua controparte, ovvero del cliente, perché anzi il cliente è per definizione consenziente al "contratto" di prostituzione. Neppure si può dire che il cliente sia danneggiato perché deve pagare un

⁹⁴ Il riferimento è all'art. 5 c.c., norma i cui riflessi penali sarebbero peraltro tutti da ripensare, come già alcuni autori hanno fatto. Ciò che si sostiene nel testo comunque sta in piedi anche a fronte di una interpretazione "vecchio stampo" di questa norma.

⁹⁵ Anche se, come dimostra la recente depenalizzazione quasi completa dei delitti di cui agli artt. 527 e 528 c.p., di cui al d. lgs. N. 8 del 2016, il legislatore italiano mostra di dar ormai poco peso anche a questo limite alla libertà.

Sotto il profilo del diritto costituzionale, si possono richiamare sul punto le rilevanti osservazioni di G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in U. BRECCIA – A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. ROMBOLI, Pisa, 2007, p. 227, a cui si rinvia per una discussione sui limiti del diritto di libertà sessuale (che si risolvono comunque sostanzialmente in quelli già evidenziati qui nel testo).

⁹⁶ Basta consultare il sito web del "Comitato per i diritti civili delle prostitute" (da anni attivo in Italia) per rilevare che esse stesse – quelle che esercitano il mestiere per libera scelta – lo ritengono una forma di manifestazione della loro libertà sessuale. Si veda ora anche un primo commento di Pia Covre all'Ordinanza qui pubblicata: *La lucciola in trincea: "Non va condannato chi ci aiuta a lavorare"*, in *Il Resto del Carlino*, 7 febbraio 2018, p. 9.

Sul tema si legga anche V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*, cit., p. 320 ss.

prezzo alla prostituta, perché anche relativamente a questo punto si deve ritenere che il cliente sia consenziente, e d'altra parte nessuno può porre in dubbio che questi possa disporre dei suoi interessi patrimoniali. È chiaro che sotto questo punto di vista bisogna distinguere tra clienti maggiorenni e clienti minorenni, ma relativamente ai clienti maggiorenni, non vedo quale danno possa derivare al cliente dall'attività della prostituta.

Certo, si potrebbe dire che la prostituta danneggia sé stessa, magari perché lede la propria dignità. Ma qui si ritorna a concetti già discussi. La dignità non può essere quella oggettiva che l'ordinamento postula in base a valori morali magari anche condivisi dalla collettività. Deve essere quella dignità soggettiva che deve essere riconosciuta ad ogni soggetto adulto capace di autodeterminarsi. Giustificare la proibizione della libertà di prostituirsi in base alla considerazione che la prostituta esercitando tale attività danneggia sé stessa potrebbe in definitiva reggersi in piedi solo passando attraverso il riconoscimento della legittimità di interventi moral-paternalistici nel diritto penale anche a scapito di soggetti adulti e capaci di determinarsi.

In definitiva, non si vede perché non si dovrebbe estendere il concetto di *libertà sessuale* anche alla libertà di prostituirsi⁹⁷. Certo, si potrebbe obiettare che il prostituirsi non è attività moralmente commendevole, e quindi si potrebbe sostenere che il nostro diritto non dovrebbe riconoscere una simile libertà proprio in quanto immorale. Ma possiamo negare un diritto o limitare una libertà solo per la sua supposta immoralità? Credo che nessuno sia oggi disposto ad accogliere così platealmente il moralismo giuridico come buona giustificazione per la repressione penale di una certa condotta⁹⁸.

Un altro argomento per contrastare l'inclusione della libertà di prostituirsi nell'ambito della più generale libertà sessuale (e a sua volta nell'ambito della più ampia "autonomia personale") potrebbe essere quello di ritenere *illecita* la prostituzione. Se si dimostrasse l'illiceità della prostituzione, si potrebbe naturalmente negare una libertà di prostituirsi, e a maggior ragione una rilevanza costituzionale di tale libertà.

Ma che la prostituzione sia attività pienamente *lecita*, nel nostro ordinamento, è fuori discussione. Non si tratta solo di opinioni dottrinali. Lo stesso giudice barese di prime cure del processo sfociato in appello nell'Ordinanza qui pubblicata riconosce la piena liceità giuridica della prostituzione.

Ma soprattutto, vi sono ormai varie sentenze della sezione tributaria della Cassazione che hanno riconosciuto tale liceità. Così, Cass., sez. trib., 1° ottobre 2010, n. 20528, che ha affermato che l'attività di prostituzione può essere "discutibile sul piano morale", ma "non può essere certamente ritenuta illecita". Analogamente ha poi deciso Cass., sez. trib., 2 marzo – 13 maggio 2011, n. 10578, e ancor più di recente Cassazione civ. Sez. V, 27 luglio 2016, n. 15596.

⁹⁷ Si può citare sul punto anche D. A. J. RICHARDS, *Sex, Drugs, Death and the Law. An Essay on Human Rights and Decriminalization*, Totowa NJ, 1982, che sostiene che "la gente ha un diritto umano di praticare il sesso commerciale".

⁹⁸ Sul punto rinvio a quanto ho già scritto più sopra, *passim*.

Tutte queste sentenze dichiarano la *piena liceità* della prostituzione, al fine di evitare qualsiasi dubbio sulla possibilità di assoggettarla a tassazione⁹⁹.

Tali sentenze menzionano estesamente, a supporto della tesi della liceità, la nota sentenza della Corte di Giustizia Europea del 20 novembre 2001, C-268/99, in cui la prostituzione viene considerata, in casi come quelli di cui al processo barese (escort non dipendenti o subordinate al alcuno o ad alcuna organizzazione), come “attività economica svolta in qualità di lavoratore autonomo”. Insomma, quando si tratta di attività libero-professionale, o comunque non subordinata, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea considera la prostituzione un lavoro come un altro, tanto da garantire a chi lo esercita di poterlo esercitare in ogni paese dell’Unione stessa in base al noto principio della “libera circolazione dei lavoratori” nell’ambito dell’Unione.

A tutte queste pronunce si può aggiungere una recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione Penale, che, distinguendo giustamente fra minorenni e maggiorenni, in relazione a questi ultimi ha definito attività “del tutto libera, non sanzionabile dall’ordinamento” “l’esercizio del meretricio che sia frutto di una scelta non condizionata da forme di coazione o di sfruttamento”¹⁰⁰.

Ma questi principi trovano conferma nella stessa giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che ha affermato nel 2007¹⁰¹ che la prostituzione sarebbe incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo quando “oggetto di costrizione”, il che significa che quando essa è frutto di libera scelta è anzi espressione di quegli stessi diritti.

La prostituzione – se libera e esercitata autonomamente al di fuori di forme di coazione o di sfruttamento – è dunque attività del tutto lecita, e deve ritenersi espressione del *diritto di libertà sessuale* a sua volta contenuto nel *più ampio diritto di autonomia personale o libertà di autodeterminazione*¹⁰².

⁹⁹ Va rilevato, a dire il vero, che anche i proventi illeciti sono assoggettabili a tassazione, ma resta la statuizione delle sentenze citate, comunque strumentale a togliere ogni dubbio sulla tassazione di quei proventi, e per chiarire la tipologia del reddito imponibile. Senza approfondire oltre questo problema, va rilevato infatti che in passato vi erano stati contrasti giurisprudenziali in materia, anche perché si era sostenuto, tra le altre cose, che il pagamento alla prostituta avrebbe avuto la natura di risarcimento del danno alla stessa, vittima di un fatto illecito altrui. Vi sono poi ulteriori risvolti della complessa questione, relativamente ai quali cui rinvio fra i tanti, per un sintetico quadro, a M. TASINI, *La rilevanza fiscale dell’attività di prostituzione*, in *Euroconference News*, rivista online, 11 novembre 2017; e a G. SALANITRO, *Attività di prostituzione, tra liceità e illiceità, abitualità e occasionalità*, in *Il Corr. Trib.*, n. 47/2016, p. 3659 ss.

¹⁰⁰ Cass. Pen., SS.UU., n. 16207 del 2014.

¹⁰¹ Sentenza 11 settembre 2007, *Tremblay v. Francia*.

¹⁰² La liceità della prostituzione differenzia la prostituzione stessa rispetto alla detenzione e consumo di stupefacenti, attività non sanzionata penalmente nel nostro ordinamento entro certi limiti, ma comunque illecita in quanto, allo stato, costituente illecito amministrativo. Considerando l’illiceità della detenzione di stupefacenti, è evidente che *de iure condito* la nostra legge non ritiene che il possesso e il consumo di stupefacenti (anche “leggeri”) siano espressione di un diritto di libertà costituzionalmente garantito. Ciò giustifica, sempre *de iure condito*, la punibilità di varie condotte, come lo spaccio, collegate al possesso e al consumo, poste in essere da terzi nei confronti del consumatore finale. Sulla distinzione tra i due campi, quello della prostituzione e quello del consumo di stupefacenti, per approfondimenti rinvio al mio *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., pp. 295-296. È evidente che in ogni caso sul piano dei diritti costituzionali la questione potrebbe essere considerata in altro modo, e non si potrebbe escludere la tesi

D'altronde abbiamo visto sopra che nella giurisprudenza più recente il bene giuridico dei reati di prostituzione è stato ravvisato nella libertà di autodeterminazione in materia sessuale della prostituta, il che conferma senza bisogno di ulteriori sforzi dimostrativi il riconoscimento, da parte del nostro "diritto vivente", di questa libertà costituzionalmente garantita.

Nelle ipotesi di cui al processo qui considerato – il Tribunale barese nella sentenza di primo grado lo attesta più volte – il meretricio, se vi è stato, è stato esercitato liberamente, senza condizionamenti determinati da "forme di coazione o di sfruttamento", tanto che le imputazioni di sfruttamento della prostituzione e persino quelle di induzione sono immediatamente cadute. Se è così, nel caso di specie siamo di fronte, per usare le citate parole delle SS.UU., ad una prostituzione "del tutto libera, non sanzionabile dall'ordinamento", ovvero *assolutamente lecita*.

Allora si può dire che – relativamente a ipotesi come quelle di cui al processo barese – la repressione penale del favoreggiamento della prostituzione (e anche del reclutamento) sia *contrastante con il diritto di libertà sessuale della prostituta*, come manifestazione del suo più ampio diritto di autonomia personale o di autodeterminazione, sancito dagli artt. 2 e 3 Cost., come interpretati dalla giurisprudenza costante della stessa Corte costituzionale.

Naturalmente, questa violazione non si verificherebbe nelle ipotesi costrittive o di sfruttamento, ma siccome – almeno stando al "diritto vivente" – i nn. 4 e 8 dell'art. 3 della legge Merlin vengono ad essere integrati anche da condotte che non presentano affatto quei caratteri, come accade nei casi di cui al processo barese, a meno di interpretazioni davvero evolutive e costituzionalmente orientate degli stessi, si deve ritenere che le norme in questione violino le predette prescrizioni della Costituzione. In sostanza, si devono ritenere lesive della libertà di autodeterminazione in materia sessuale le disposizioni in esame, nella misura in cui permettono la repressione penale di condotte che non scalfiscono minimamente tali libertà, contribuendo anzi a renderle effettive in concreto¹⁰³.

dell'incostituzionalità degli illeciti di cui alla predetta legge, anche eventualmente di quelli semplicemente amministrativi. La differenza fra disciplina delle droghe e della prostituzione comunque resta innegabile, *rebus sic stantibus*.

Va peraltro invero presente che anche in relazione alle droghe esiste un filone di pensiero che le riconduce al diritto di autonomia personale: v. ad es. D. HUSAK, *Droghe illecite: un test dei "limiti morali del diritto penale" di Joel Feinberg*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale – The Moral Limits of the Criminal Law*, cit. E recentemente al Parlamento si è discusso un Disegno di legge che liberalizzerebbe entro certi limiti le droghe leggere, passo già compiuto pochi anni fa in alcuni Stati USA, e in progressiva espansione in quel Paese.

¹⁰³ Rileva giustamente T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 288, che la prostituzione, "come tutte le attività lecite, per svolgersi ha non solo bisogno, ma in linea di principio anche il diritto di fruire di attività collaterali di ausilio". E aggiunge (p. 303) rilevando l'assurdità di punire un'attività di ausilio di una condotta lecita: "Sarebbe come dire che non è vietato radersi la barba [...] ma è vietato, tuttavia, fornire rasi di qualunque tipo, saponi, forbici creme depilatorie e quant'altro possa servire per il taglio. A questo punto radersi sarà anche un'attività in sé lecita, ma in pratica è assistita da una tale messe di divieti da risultare impossibile da svolgere in condizioni di liceità, dal momento che, per svolgere la rasatura, occorre qualche strumento, un intervento esterno; occorre, in altri termini, entrare in qualche

Va considerata sul tema un'ultima questione. Uno scoglio ad una simile argomentazione si potrebbe considerare il testo dell'art. 5 c. c. nella misura in cui vieta atti di disposizione del proprio corpo in violazione del [...] "buon costume". Va però detto che la norma non concerne atti che riguardano il mero utilizzo sessuale del proprio corpo. Essa riguarda invece atti che implicano lesioni del corpo o diminuzioni fisiche dello stesso. Tanto è vero che chi tratta dell'art. 5 discute di tematiche quali la vendita di organi, le operazioni chirurgiche e i trapianti, i trattamenti sanitari obbligatori, le parti staccate del corpo, la donazione del sangue, le mutilazioni genitali, il cadavere, ed altro; ma mai della prostituzione¹⁰⁴. Questa attività, in sostanza, non rientra proprio nella nozione di "atti di disposizione del proprio corpo" di cui all'art. 5.

Ma in ogni caso, anche se la si volesse estendere oltre i propri limiti naturali, la norma deve ritenersi del tutto superata, e da questo punto di vista in odore di incostituzionalità, come dimostrato da cospicua e recente dottrina sia penalistica¹⁰⁵ che costituzionalistica¹⁰⁶. La si può ritenere costituzionalmente legittima solo a patto di reinterpretarla in sintonia con i principi di una concezione liberale e non autoritaria (né moralistica) del diritto, concezione che almeno dai tempi di Beccaria non dovrebbe essere considerata in discussione. Sicché essa non potrebbe comunque ostare a ritenere la prostituzione, se libera, esercizio della libertà costituzionalmente garantita di autodeterminazione in materia sessuale¹⁰⁷.

relazione col mondo per acquistare i prodotti necessari o fruire delle attività collaborative utili allo svolgimento dell'attività, in sé e per sé lecita.

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

¹⁰⁴ Si vedano fra gli altri M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche, capacità, status, diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2014, p. 364 ss.; G. CIAN – A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Complemento giurisprudenziale, Padova, 2015, p. 70 ss.; G. ALPA – A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996, p. 247 ss.

¹⁰⁵ Cfr. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim* e *Id.*, *Dignità personale e diritto alla propria morte*, cit., pp. 105-126.

¹⁰⁶ Cfr. S. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo* in F. D. BUSNELLI – U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 73 ss. Più di recente, si veda G. RESTA, *La disposizione del corpo, regole di appartenenza e di circolazione* in S. CANESTRARI – F. GILDA – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto – Il governo del corpo*, Tomo I, parte IV, *La disposizione del corpo*, Milano, 2011, pp. 805-854.

¹⁰⁷ Men che meno potrebbe essere utilizzata per dimostrare la pretesa insussistenza di un diritto costituzionalmente garantito di libertà sessuale comprendente anche la libertà di prostituirsi, con ogni correlativa conseguenza, la oggi contrastata "illiceità della causa" del contratto di prostituzione sotto il profilo civilistico, per contrarietà al "buon costume". A parte il fatto che, anche laddove una simile illiceità dovesse essere ritenuta ancora sussistente, essa non produrrebbe comunque un mancato riconoscimento della libertà costituzionalmente garantita di prostituirsi (per la diversità delle due prospettive), va rilevato che oggi questa illiceità viene contestata radicalmente dalla dottrina più moderna almeno rispetto a contratti relativi ad esercizi di libertà sessuale: fra gli altri posso menzionare V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss.; nonché G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, n. 1, p. 629 ss.

Restano dunque i profili di illegittimità costituzionale già rilevati, che del resto trovano sempre più ampi consensi nella dottrina più recente¹⁰⁸, e che sicuramente sono rilevanti nell'ambito del processo di cui all'Ordinanza, come conferma l'Ordinanza stessa.

In questo senso anche, con particolare riferimento alla prostituzione, P. DI NICOLA, *La rilevanza giuridica dell'accordo tra la persona che si prostituisce e il cliente: questioni problematiche*, in P. DI NICOLA – V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, cit., p. 147 ss.; v. anche, nello stesso volume, la sentenza pronunciata da Trib. Roma, sez. VIII pen., 7 maggio 2014, p. 159 ss.

Analogamente, non dovrebbe rilevare quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 9071 (pubblicata nel medesimo volume, p. 203 ss.), per cui l'esercizio della prostituzione "non costituisce comune fonte lecita di guadagno, in quanto contraria al buon costume e, in quanto tale, nemmeno tutelabile in sede giurisdizionale, essendo nulli gli accordi raggiunti al riguardo (art. 1343 e 2035 c.c.), sicché è legittimo il provvedimento di revoca del permesso di soggiorno, rilasciato inizialmente per motivi di lavoro, sulla base del fatto che la richiedente svolgeva attività di meretricio". In primo luogo, la sentenza appare praticamente priva di ogni motivazione, e rinvia sul punto semplicemente ad un precedente della stessa sezione del Consiglio di Stato. In secondo luogo, va osservato che a questo punto i vari organi giudiziari dello Stato italiano dovrebbero chiarirsi l'uno con l'altro. Perché per la Cassazione, sezione tributaria, la prostituzione è un'attività perfettamente lecita, e non la è per il Consiglio di Stato? Perché è perfettamente lecita per le Sezioni Unite penali, e non per il Consiglio di Stato? Perché, quando è ora di tartassare le prostitute, si forza il diritto a proprio piacimento? Perché quando è ora di far loro pagare le tasse, si ritiene lecita la loro attività, mentre quando è ora di revocare loro un permesso di soggiorno, la si ritiene illecita? In che modo vengono trattati esseri che comunque hanno lo stato di persone dalle nostre magistrature? E come si può conciliare la decisione del Consiglio di Stato con quella emanata nel 2001 dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee? Nel caso europeo, varie prostitute provenienti dall'Europa dell'est ottenevano addirittura il riconoscimento del diritto di poter lavorare in Olanda come prostitute; mentre nel caso italiano, una prostituta veniva cacciata via da un Comune, e il Consiglio di Stato affermava la legittimità di quel provvedimento di "espulsione"!

Credo che abbia ragione chi ha affermato che nel nostro paese la libera scelta di migliaia di persone non è considerata, evidentemente – almeno dai burocrati più retrogradi – "degnata di riconoscimento, è ignorata, se non repressa": A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 227. E ha ragione pure Pia Covre, da anni a capo del Sindacato per i diritti civili delle prostitute, che sostiene che se lo Stato vuole che le prostitute paghino le tasse, allora deve considerare il loro lavoro degno come qualsiasi altro, con il riconoscimento dei correlativi diritti e benefici sociali (l'opinione della Covre è riportata nel libro della Chirico, p. 276).

¹⁰⁸ A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., p. 291 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*, cit., p. 321 ss.; P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., p. 48 ss.; F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 155. Sembra orientato in questo senso anche F. Parisi, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta*, cit., pp. 673-674. Sul punto si vedano anche i rilievi di M. BERTOLINO, *Introduzione al focus*, cit., p. 631. Sembra così orientato da ultimo anche F. P. LASALVIA, *Reclutamento e favoreggiamento*, cit.

La tesi è accolta anche da G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, cit., pp. 225-229, cui si rinvia per importanti considerazioni di taglio spiccatamente costituzionalistico.

Si tratta comunque di una tesi che trova un autorevole precedente già nelle considerazioni espresse oltre quarant'anni fa da F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio*, cit., p. 705, che indicava la prostituzione "esercitata autonomamente ed indipendentemente come conseguenza di libera scelta" come attività "giuridicamente del tutto lecita", e configurabile "come esercizio del diritto alla libera disponibilità del proprio corpo".

7.1.4. Il diritto di esercitare la prostituzione come lavoro in condizioni di salute e sicurezza.

Abbiamo visto che – anche in base alla già citata sentenza della Corte di Giustizia – la prostituzione, almeno quella autonoma e libera, deve essere considerata un lavoro come un altro.

Ebbene, va aggiunto qui, se ve ne fosse bisogno, che le varie proibizioni di cui alla legge Merlin rendono sostanzialmente impossibile al *sex worker* di svolgere la sua attività liberamente scelta in condizioni di sicurezza, di incolumità e di igiene¹⁰⁹. Infatti, tutto ciò di cui la prostituta ha bisogno perché siano protetti questi diritti le viene negato, visto che tutte le attività di supporto alla prostituzione, a causa della rete di divieti della legge del '58, costituiscono reato (per i terzi che le pongono in essere).

Si pensi ad una prostituta che voglia assumere un addetto alla sua sicurezza per svolgere il suo lavoro senza rischi per la sua incolumità: questo addetto commetterebbe probabilmente favoreggiamento della prostituzione, non essendo dubitabile che la sua attività favorirebbe la prostituzione, oltre che la prostituta. Ma gli esempi potrebbero essere molti altri. La stessa locazione di un appartamento a fini di prostituzione dovrebbe essere negata alla prostituta, dal momento che chi dà in locazione ad essa l'appartamento commetterebbe un reato sanzionato dalla legge Merlin (potrebbero applicarsi, a seconda dei casi, i nn. 2, 3 e 8 dell'art. 3 della legge)¹¹⁰.

Ma più in generale, “grazie” al reticolo di delitti e di divieti della legge Merlin, la prostituta, o anche la stessa escort è obbligata a svolgere il suo lavoro (tutelato dalle norme dell'Unione europea) in condizioni di clandestinità¹¹¹, non essendole teoricamente neppure concessa attività di pubblicità con l'aiuto di terzi (nn. 5 e 8 dell'art. 3), salve interpretazioni *praeter legem*, se non addirittura “*contra legem*” talora attuate in tempi recenti da parte della giurisprudenza, pur tra vari contrasti e distinguo non sempre comprensibili; e soprattutto mai prevedibili in anticipo dal cittadino e dalla stessa prostituta, in barba al principio di “prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni” (precipitato se non essenza stessa del principio di legalità).

¹⁰⁹ Scrive A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 276, parlando del Comitato per i diritti civili delle prostitute, che “si battono da anni per l'abolizione dei reati di adescamento e di favoreggiamento che rendono impossibile la vita a chi decide di prostituirsi”.

La stessa Chirico, a p. 279, riporta l'opinione di Morgane Merteuil, portavoce del sindacato delle prostitute francesi, che ha pubblicato recentemente un pamphlet contro le leggi liberticide in tema di prostituzione vigenti in Francia e contro le “radical-femministe” schierate per la proibizione totale della prostituzione (*Libérez le féminisme!*, Paris, 2012). La Merteuil ha scritto: “La prostituzione volontaria esiste. Noi non vogliamo il ritorno alle case chiuse dove un padrone ci tenga in schiavitù. Ma la normativa attuale ci impedisce di affittare un posto per incontrare i clienti e di lavorare in gruppo per avere maggiore sicurezza”. Il tema della *sicurezza* è dunque strettamente connesso a quello delle leggi che vietano le condotte agevolatrici della prostituzione come fa la legge Merlin. Si veda in proposito anche quanto scrive P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., pp. 55-56.

¹¹⁰ Si è già detto che sul punto vi sono applicazioni giurisprudenziali contrastanti, e non è il caso di approfondire ulteriormente. Ma non è negabile che la lettera della legge Merlin imporrebbe comunque la condanna nella maggior parte di questi casi.

¹¹¹ Insiste su questo aspetto giustamente F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 306.

Non è un mistero, d'altronde, che dai tempi della approvazione della legge Merlin le prostitute non sono affatto calate di numero, ed anzi si sono moltiplicate in modo esponenziale¹¹². Ma la maggior parte di esse è stata costretta a riversarsi nelle strade dando vita a problemi non da poco di ordine e di decoro pubblico, e di sicurezza e salute per le stesse prostitute. Esse almeno un tempo erano protette all'interno delle case di prostituzione, sia nella loro incolumità, sia nella loro salute (grazie anche ai periodici controlli), mentre oggi il mestiere viene spesso esercitato in luoghi malsani, freddi, nascosti, ma nello stesso tempo esposti al pubblico che è costretto a subire viste a dir poco imbarazzanti¹¹³.

Il risultato di tutto ciò è che il lavoro dei *sex workers* è un lavoro rischioso sia per l'incolumità fisica che per la salute degli stessi. Non a caso da anni i rappresentanti delle organizzazioni dei "lavoratori del sesso" lottano per avere diritti pari a quelli degli altri lavoratori. Ma la società attuale non se la sente di offrire protezioni e diritti a chi compie scelte che la stessa Corte di Cassazione, sezione tributaria, ritiene "discutibili sul piano morale", ma certamente "non illecite". Viene un sospetto: lo Stato, quando si tratta di racimolare soldi dai contribuenti, non va tanto per il sottile e giustifica giuridicamente anche scelte forse immorali; ma quando si tratta di riconoscere diritti, anche basilari, a quelle stesse persone li nega.

Va riferito che la Corte Suprema canadese recentemente¹¹⁴, sulla base di considerazioni simili a quelle svolte finora, ha dichiarato incostituzionali tre norme-chiave nell'ambito della repressione penale della prostituzione in Canada. La questione era stata sollevata da tre prostitute che volevano vedere affermati i loro diritti di *sex workers*. In sintesi, sono caduti sotto la mannaia della Corte (adattando la terminologia inglese al nostro lessico giuridico-penale) il delitto che proibiva le case chiuse (artt. 210 e 197 c.p. canadese), il delitto di sfruttamento della prostituzione (art. 212 stesso codice), e quello di sollecitazione alla prostituzione (art. 213 stesso codice). Essi sono stati ritenuti contrari alla "sicurezza" delle prostitute, e non in sintonia con i principi di giustizia fondamentale di cui all'art. 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. La pronuncia parte dall'assunto di fondo che "non è un reato vendere sesso per denaro"¹¹⁵. Premesso ciò, le disposizioni canadesi – non molto dissimili da alcune di quelle previste dalla legge Merlin, e frutto della stessa politica "abolizionista" – sono state ritenute troppo ampie e

¹¹² Alcune stime pubblicate in apprezzati quotidiani italiani parlano di circa 45000 prostitute attive in Italia oggi: A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 222, ed ivi riferimenti alla fonte. Nel 1958, al momento della approvazione della legge Merlin, le prostitute nelle case chiuse erano circa 4000, stando al discorso dell'onorevole Tozzi Condivi alla Camera già citato.

¹¹³ A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 221, descrive il fallimento, da questo punto di vista, della legge Merlin: "La legge Merlin sottrae ai lavoratori e alle lavoratrici del sesso l'opzione della legalità. Ne amplifica l'emarginazione e la stigmatizzazione sociale, li relega a un rapporto di ostilità e diffidenza verso la pubblica autorità"; e ancora: "Le prostitute si riversano in strada, ben visibili dai finestrini delle automobili. Battono i marciapiedi dove sono ancora più esposte alle malattie, agli abusi dei clienti e all'arbitrio delle forze dell'ordine. Condannate al degrado di un luogo di lavoro che non è un luogo di lavoro, ma un cespuglio, un anfratto, un'automobile in sosta sul ciglio di una strada".

¹¹⁴ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, del 20 dicembre 2013.

¹¹⁵ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, cit., § 61.

sproporzionate rispetto agli obiettivi a cui il legislatore aveva mirato con la previsione delle norme medesime. Ad esempio, nel proibire i bordelli (*brothels*), il legislatore aveva preso di mira l'obiettivo di prevenire molestie alla collettività; ebbene, la Corte ritiene sproporzionato aver messo a repentaglio la sicurezza delle prostitute (costringendole alla prostituzione clandestina in strada o in casa propria) al fine di perseguire un simile meno importante obiettivo¹¹⁶. Quanto allo sfruttamento, esso è stato proibito per mettere al bando i lenoni (ovvero i parassiti "controllanti e abusivi"); ma, a cagione dell'eccessiva ampiezza della fattispecie, con l'effetto pratico di punire ogni persona di cui anzi la prostituta può aver bisogno, anche al fine di organizzare meglio il lavoro e renderlo più sicuro (guardie del corpo, centralinisti, autisti, segretari, ecc.). Non a caso, anche in Italia con lo sfruttamento si puniscono ipotesi molto dissimili tra loro: dal vero e proprio "magnaccia", magari violento e sopraffattore, a colui che semplicemente fornisce servizi alla prostituta utili all'esercizio meno pericoloso e più ordinato di un mestiere che per sua natura presenta insidie di varia natura.

La sentenza appare di grande interesse, e pare applicabile *de plano* ed anzi *a fortiori* alla normativa italiana, in cui addirittura si punisce il favoreggiamento, delitto amplissimo e tentacolare, dentro il quale può finire di tutto, anche molte condotte utili alla tutela dei predetti diritti dei *sex workers*.

I diritti di cui qui si tratta (salute, sicurezza, ecc. sul lavoro) sono ovviamente tutelati dalla Costituzione italiana: si pensi agli artt. 2, 3, 4, 32, e allo stesso intero tessuto dei diritti della persona sanciti dalla Carta costituzionale stessa.

Nei fatti di cui al processo barese la presente censura di costituzionalità può ritenersi rilevante, dal momento che il punire condotte come quella di chi procura un cliente alla prostituta in condizioni di sicurezza (come è accaduto nel caso di specie) spinge la prostituta stessa a cercare altre soluzioni clandestine e auto-gestite con maggiori rischi per i predetti diritti della persona e del lavoratore.

7.1.5. Altre violazioni costituzionali della legge Merlin relativamente ai reati in esame.

La legge Merlin, e in particolare i delitti di reclutamento e di favoreggiamento così come interpretati nella Sentenza di primo grado del Tribunale di Bari (alla base dell'Ordinanza qui pubblicata) comportano sicuramente altre violazioni della Costituzione italiana.

In primo luogo, risulta violato il principio costituzionalmente rilevante di *laicità*. Sul punto non vale la pena diffondersi in questo parere, rinviando a chi in dottrina ha recentemente sostenuto questa condivisibile opinione¹¹⁷. Solo si può osservare che non ha pregio, da questo punto di vista, la critica a questa tesi mossa dalla Cassazione, nella già più volte citata sentenza n. 49643 del 2015, quando rileva che: "il concetto di laicità e

¹¹⁶ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, cit., §§ 130-136.

¹¹⁷ A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*, cit., p. 321 ss.; conf. F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 155. Accoglie questa prospettiva, ora, anche F. PARISI, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta*, cit., pp. 673-674, nonché p. 685.

aconfessionalità dello Stato non esclude che condotte eticamente scorrette lo siano anche sotto il profilo penale, laddove entrino in rotta di collisione con beni costituzionalmente garantiti, in quanto il principio di laicità ha, pur sempre, un significato relativo e non assoluto al punto da togliere rilievo penale ad azioni che siano confliggenti con la morale o con la religione, laddove queste stesse azioni possano entrare in contrasto – come nel caso in esame – con altri interessi costituzionalmente protetti e meritevoli di tutela penale”.

Non è certo dubitabile che anche condotte immorali o contrarie a precetti religiosi possano costituire reato quando ledono o pongono in pericolo beni giuridici, o, detto altrimenti, quando recano danno ad altri. L’omicidio è certamente un fatto immorale, forse il più immorale di tutti; ed è forse il più grave peccato di tutti; ma nessuno discute che per questo motivo esso debba essere espunto dal novero dei reati! Il fatto è che il principio di laicità vieta la repressione penale di una certa condotta quando essa risulta inoffensiva di beni giuridici e non dannosa ad altri, ma è esclusivamente censurabile sotto il profilo morale o religioso. In altre parole, la immoralità o la peccaminosità di un certo comportamento non possono essere di per sé giustificazioni sufficienti per la repressione penale dello stesso. Questo è il vero significato del principio di laicità.

Ma nei casi dei favoreggiamenti e dei reclutamenti nelle ipotesi di cui al processo barese, l’unica reale giustificazione per punire tali condotte sarebbe proprio la loro immoralità se non la loro contrarietà a precetti religiosi. Si è infatti dimostrato più sopra che tali condotte non violano né pongono significativamente in pericolo beni giuridici, né sono capaci di cagionare danni ad altri. Ecco perché il principio di laicità osta ad una repressione penale di tali fatti. Del resto, sotto questo profilo, il ragionamento si salda e si sovrappone a quello già fatto relativamente al “paternalismo morale”¹¹⁸. Sarebbe giustificato punire queste ipotesi solo aderendo alle tesi che vedono nel paternalismo morale, ovvero nel moralismo giuridico, una sufficiente ragione per punire. Ma il paternalismo morale, o il moralismo giuridico, fanno a pugni con principio di laicità. Insomma, si ritorna a cose già dette con altre parole.

Si potrebbero poi ravvisare altre violazioni costituzionali. Si pensi al principio di *uguaglianza* (art. 3 Cost.)¹¹⁹. Come è possibile che nella legge Merlin siano punite allo stesso modo (come minimi e massimi edittali) tutte le condotte previste dai vari numeri di cui all’art. 3 della legge del ‘58? Dalle più innocue (come il favoreggiamento specie in casi di prostituzione volontaria) alle più gravi, come quella di cui al n. 7, e come lo stesso sfruttamento (almeno in certe ipotesi)? Ma si tratta di una censura alla legge fin troppo vecchia e consolidata¹²⁰ per necessitare di ulteriori dimostrazioni.

¹¹⁸ Sul punto rinvio a quanto ho già scritto più sopra ai §§ 7.1.2.1, 7.1.2.2 e 7.1.2.3, e alle citazioni ivi riportate.

¹¹⁹ In dottrina si può citare F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., pp. 155-156.

¹²⁰ Si veda già F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 415: “l’articolo in esame [art. 3] attua un livellamento tra fatti di diversissima entità, colpendo con la medesima sanzione comportamenti che sono sentiti dalla coscienza sociale come particolarmente gravi, altri assai meno riprovevoli, e persino alcuni che solo con difficoltà possono considerarsi immorali”. F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio*, cit., p. 695 ss., al fine di superare questo problema, proponeva una serie di riaggiustamenti interpretativi delle norme della legge su cui ritornerò tra breve nel testo. Recentemente, si veda T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 227, nonché M. BERTOLINO, *Introduzione al focus*, cit., p. 629.

Strettamente collegata, ed anzi sovrapponibile alla precedente, è la questione della proporzionalità delle pene (art. 27 Cost.). Le pene previste per alcuni dei delitti più innocui non sono affatto proporzionate alla innocuità degli stessi (paradigmatico il caso del favoreggiamento), considerando che pene identiche sono previste per reati molto più gravi previsti nello stesso art. 3 della legge medesima. Né sul punto occorre aggiungere altro¹²¹.

7.1.6. Quale pronuncia si richiederebbe alla Corte costituzionale?

Ci si potrebbe domandare. Di fronte a questioni di costituzionalità delle ipotesi della legge Merlin come sopra prospettate, cosa dovrebbe fare la Corte costituzionale? Si tratta di un problema rilevante, anche perché a seconda della tipologia della Sentenza della Corte, le ripercussioni in materia potrebbero essere più o meno deflagranti.

Vi è chiaro punto di partenza: tutte le questioni proposte in fondo sono riconducibili ad un “minimo comun denominatore”. La legge Merlin non contrasta *in toto* con la Costituzione – anche se sarebbe auspicabile una nuova e più moderna legge

Va detto che la Corte cost., con la sentenza n. 119 del 1973, ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità su questo punto, rilevando che: “non sussiste alcuna violazione del principio di uguaglianza, come conseguenza di una irragionevole disciplina adottata dal legislatore, al quale, come è stato già deciso ([sentt. n. 45 del 1967](#); [n. 109 del 1968](#); [nn. 45 e 114 del 1970](#); [n. 22 del 1971](#) e [n. 36 del 1972](#)), compete la valutazione della congruità fra reato e pena e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, sempre che non ricorra il caso che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da benché minima giustificazione. Nella specie non ricorre siffatto caso perché la latitudine della pena, che va da un minimo di due ad un massimo di sei anni di reclusione e da un minimo di centomila ad un massimo di quattro milioni di multa, ben consente al giudice di infliggere in concreto una pena del tutto proporzionata alla gravità della violazione”. Ma se quanto ha scritto la più illustre dottrina da ormai sessant’anni risponde al vero, è ben difficile continuare a sostenere (a maggior ragione a seguito del recente rimodellamento del bene giuridico in materia) che la normativa della legge Merlin non violi in principio di uguaglianza.

¹²¹ V. la nota precedente. Non mi soffermo qui sulla possibile lesione dell’art. 41 Cost., relativa al diritto di libera iniziativa economica privata, rinviando sul punto a quanto scritto nell’Ordinanza qui pubblicata. I profili di incostituzionalità prospettati nel testo sono comunque sufficientemente numerosi.

Relativamente all’art. 41 Cost., va piuttosto registrata un’opinione di segno opposto, ovvero quella di L. BONTEMPI, in *Codice penale commentato* a cura di E. DOLCINI – G.L. GATTA, cit., p. 1988, che ritiene che potrebbero contrastare con il predetto articolo della Costituzione certe proposte emerse di recente volte a sottoporre a regolamentazione la prostituzione (di cui si è detto a nota 72, e su cui si tornerà più oltre), per il fatto che esse legittimerebbero “il trarre profitto dalla prostituzione anche da parte di chi non si prostituisce”. Invero, l’art. 41 prescrive che l’attività economica “non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale, né recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana”, e questi limiti comporterebbero il divieto delle predette attività di sfruttamento economico del lavoro della prostituta. Occorrerebbero svariate pagine per considerare attentamente quanto rilevato dall’a; qui, basti dire – ai limitati fini del presente contributo – che le considerazioni citate potrebbero, se accolte, valere tutt’al più per la messa al bando dello sfruttamento della prostituzione, non certo del reclutamento o del favoreggiamento, condotte in cui la tipicità del fatto non contempla alcun genere di sfruttamento economico del lavoro di chi si prostituisce. E in questa sede le uniche due condotte prese in esame relativamente alla loro contrarietà alla Costituzione sono proprio, come più volte evidenziato, il reclutamento e il favoreggiamento.

in materia al passo con quanto mostra il diritto comparato¹²² – ma solo per il fatto che relativamente ad alcune delle sue ipotesi specialmente essa porta all'incriminazione di *fatti che non producono vittime*; fatti che si sostanziano in veri e propri aiuti o sostegni – più o meno retribuiti – all'attività della prostituta, ed attuati col pieno suo consenso, e nell'ambito di prostituzioni per scelta.

Per ricondurre la legge – nell'attesa di una sua sostanziosa modifica – al rispetto dei basilari principi costituzionali più sopra individuati, basterebbe poco. In fondo, se si desse *rilievo di esclusione della punibilità al consenso della prostituta* – se libero e volontario, ben inteso – quantomeno nell'ambito delle fattispecie della legge più sopra considerate, ovvero del reclutamento e del favoreggiamento, si risolverebbero tutti i problemi di incostituzionalità della stessa.

Se si desse rilievo al consenso, si annullerebbero i problemi di violazione del principio di legalità, dal momento che le eccessive ampiezze e gli slabbrati confini delle ipotesi più sopra analizzate (e dello stesso concetto di prostituzione) sarebbero sanati dalla esclusiva rilevanza penale di fatti contrari al consenso di vere e proprie vittime. La stessa cosa si può dire quanto al principio di offensività e alla correlativa questione della lesione della libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Se si puniscono solo le condotte prive del consenso libero della prostituta, allora sicuramente non si pone più il problema dell'offensività, che i fatti punibili lederebbero davvero, in tal caso, la libertà di autodeterminazione della persona; e al contempo la repressione penale di quelle condotte costituirebbe una giusta protezione, e non una lesione del diritto di autodeterminazione.

Lo stesso diritto alla sicurezza delle prostitute sarebbe tutelato laddove si desse loro la possibilità, nei casi di prostituzione dovuta a libera scelta, di farsi aiutare o agevolare nel loro lavoro da terzi non costrittivi, non abusivi, non sfruttatori né violenti. E infine il principio di laicità sarebbe rispettato, laddove si punissero solo condotte lesive della libertà di autodeterminazione delle persone, escludendo dalla punibilità i fatti liberamente acconsentiti e puramente immorali. In tal modo, eliminando dalla sfera del penalmente rilevante i fatti non lesivi dell'interesse protetto, si rimedierebbe anche, *ipso facto*, ai problemi delle enormi differenze di gravità fra le varie fattispecie della legge e i vari casi punibili, il che eliminerebbe il problema della lesione degli artt. 3 e 27 Cost.

In definitiva, la Corte dovrebbe semplicemente dichiarare l'incostituzionalità del favoreggiamento (e del reclutamento se interpretato come ha fatto il giudice di I grado) *nella misura in cui risultino applicabili a fatti a cui la "persona offesa" ha liberamente acconsentito, nell'ambito dell'esercizio della prostituzione per libera scelta.*

Una simile pronuncia non porterebbe affatto a vuoti di tutela. Resterebbero applicabili, nei casi non consensuali, tutti i delitti di cui all'art. 3 della legge Merlin, e comunque resterebbero sicuramente applicabili le ipotesi aggravate di cui all'art. 4 della legge, che (forse tutte) implicano per loro natura il dissenso della prostituta e quindi una vittima. La Corte potrebbe dunque dichiarare la incostituzionalità delle norme

¹²² Sugli aspetti comparatistici delle legislazioni in tema di prostituzione rinvio ad A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 62-271, e ivi ai contributi di vari autori stranieri.

impugnate senza portare a sconvolgimenti del sistema, ma anzi finalmente spostando davvero l'assetto della tutela verso la libertà della persona.

Va peraltro rilevato che una simile pronuncia di accoglimento limitatamente alle ipotesi di prostituzione libera e volontaria (in linea peraltro con quanto sostenuto nell'Ordinanza della Corte d'Appello barese) si sostanzierebbe in una sentenza in fondo "additiva" o "manipolativa". Le fattispecie di cui ai nn. 4 e 8 dell'art. 3 l. Merlin verrebbero infatti sostanzialmente riscritte, limitandone l'applicabilità alle ipotesi in cui si riscontri un dissenso o una mancata libera scelta da parte della prostituta rispetto a quelle condotte. Un simile intervento da parte della Corte potrebbe esporsi a qualche critica, benché la Consulta non si sia risparmiata in passato nell'emanare sentenze di questo genere (si pensi alla stessa fondamentale e indiscussa Sentenza n. 364 del 1988 in materia di *error iuris*).

Per evitare simili problemi, la Corte potrebbe optare per una scelta ben più radicale. Potrebbe dichiarare incostituzionali *tout court*, per violazione dei medesimi principi più sopra considerati, le norme che contemplano il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione. In effetti, si è visto che le norme in questione, nella loro "tipicità", non richiedono affatto in capo all'autore attività costrittive, violente, minacciose, né di incitamento o sfruttamento nei confronti delle prostitute. Dunque, come tali, le norme si devono ritenere incostituzionali. In più, sia con riferimento al reclutamento (così come interpretato dai giudici baresi), sia con riferimento al favoreggiamento (nella sua comune interpretazione), tali reati implicano condotte che per loro natura non paiono comunque essere applicabili a casi di sfruttamenti o costrizioni, visto che si sostanziano nella semplice intermediazione fra la prostituta e il cliente (l'una) e nel semplice ausilio alla stessa (la seconda). Si potrebbe dunque ritenere tali fattispecie affatto incompatibili con situazioni di coartazione, costrizione o sfruttamento. Del resto, se ricorrono induzioni, costrizioni, minacce, sfruttamenti, si possono comunque applicare varie altre fattispecie della legge, specie nella versione aggravata di cui all'art. 4 della legge; e nei casi più gravi gli stessi artt. 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù) o 601 c.p. (tratta di persone), se non addirittura l'art. 603-bis (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro).

È questa una strada percorribile, che avrebbe il vantaggio di non dar luogo ad una pronuncia "additiva", e che allo stesso tempo non produrrebbe, a ben vedere, alcun vuoto di tutela.

7.2. La questione della reinterpretazione "costituzionalmente orientata" di alcune delle fattispecie della legge.

Si è detto finora della violazione di alcuni principi e diritti costituzionali da parte di certe norme della legge Merlin, e in particolare da parte dei delitti di reclutamento e favoreggiamento così come interpretati dal Tribunale di Bari nella sentenza di primo grado. La Corte d'Appello, nell'Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale qui pubblicata, ha in sostanza confermato quelle interpretazioni, ritenendo di conseguenza l'incostituzionalità delle norme predette.

Vale la pena verificare, peraltro, se sia possibile proporre soluzioni interpretative, relativamente alle predette fattispecie, “costituzionalmente orientate”, in modo da scongiurare la necessità di una declaratoria di incostituzionalità in materia.

Si tratta di una via d’uscita spesso tentata dalla stessa giurisprudenza, anche di legittimità¹²³, e pure dal giudice barese in primo grado, anche se con esiti spesso deludenti. Sul punto qualcosa è già stato detto, ma vale la pena soffermarsi qui *ex professo* sulla questione, che appare comunque di grande rilevanza.

7.2.1. La ridefinizione del bene giuridico: possibili ricadute interpretative.

Abbiamo visto che nell’impostazione tradizionale della giurisprudenza le fattispecie in questione tutelavano il bene giuridico moralità pubblica e buon costume (con qualche cenno talvolta alla salute pubblica).

Conseguenza immediata di quell’inquadramento teleologico era la inammissibilità della costituzione di parte civile da parte della prostituta nei processi di prostituzione. Infatti, il bene giuridico non era la persona, ma la moralità pubblica. Persona offesa del reato, di conseguenza, non era la prostituta, ma lo Stato. Per questo motivo, si negava la costituzione di parte civile. Si faceva eccezione per le ipotesi di cui all’aggravante del n. 1) dell’art. 4, per il fatto che qui non si poteva negare la qualifica di soggetto passivo alla prostituta, vittima di violenza minaccia o inganno¹²⁴.

Altra conseguenza del vecchio inquadramento della tutela: l’attenuante del concorso doloso della persona offesa (art. 62 n. 5 c.p.) non era considerata applicabile alle fattispecie della legge. Infatti, anche in questo caso, la prostituta non poteva dirsi “persona offesa”. E d’altra parte, per aversi tale attenuante occorre una disponibilità dell’interesse protetto, laddove il concorso volontario della persona offesa alla causazione dell’evento diminuisce l’offesa all’interesse stesso. Se l’interesse protetto non è disponibile, questa diminuzione dell’offesa non si realizza, e così non si applica l’attenuante. Nel caso di specie, il bene giuridico moralità pubblica era ritenuto ovviamente indisponibile dai privati, perché di natura collettivo-pubblicistica. Di qui, l’inapplicabilità dell’attenuante¹²⁵. Anche in questo caso, si faceva eccezione nei casi di applicazione dell’aggravante di cui all’art. 4 n. 1) della l. n. 75/58, perché in questi casi, ricorrendo una violenza o una minaccia, non poteva negarsi la sussistenza di una parte offesa¹²⁶.

La ridefinizione del bene giuridico cambia tutto. Non si tratta più di un bene giuridico collettivo-statuale (moralità pubblica), ma *individuale*: la *libertà di*

¹²³ Si veda ad es. Cass., sez. III, 22 settembre 2015, n. 49643, cit., relativa a ipotesi simili a quelle di cui al processo barese, e allo stesso cliente finale. Si veda anche Cass., 9 novembre 2004, cit., in tema di riaccompanamento della prostituta da parte del cliente.

¹²⁴ Si vedano le numerose sentenze citate in L. BONTEMPI, *Codice penale commentato* a cura di E. DOLCINI – G. L. GATTA, cit., p. 1989.

¹²⁵ Per es. Cass 26 novembre 1999, CED 215353.

¹²⁶ Cass. 12 maggio 1972, citata in L. BONTEMPI, *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI – G. L. GATTA, cit., p. 2030.

autodeterminazione della prostituta in materia sessuale. Per cui si deve, da un lato, *ammettere la costituzione di parte civile* (ed è ciò che è avvenuto nel processo di I grado a Bari, grazie proprio alla ridefinizione del bene giuridico da parte dello stesso Gip). In secondo luogo, per lo stesso motivo, si deve ritenere in astratto *applicabile anche l'attenuante di cui all'art. 62 n. 5*.

Ma le conseguenze del nuovo inquadramento di tutela sono ulteriori e più rilevanti.

La giurisprudenza, come si è visto più sopra, interpreta molte delle fattispecie della legge Merlin in modo assai estensivo. Né dà rilievo al consenso o dissenso della vittima, normalmente, per attenuare (v. quanto appena detto sull'attenuante di cui all'art. 62 n. 5 c.p.), o a maggior ragione per elidere la punibilità del fatto.

Il risultato è che nei processi si puniscono non di rado condotte che non arrecano danno alle prostitute o alla loro attività, ma anzi recano loro vantaggi.

7.2.2. Il favoreggiamento e una sua possibile reinterpretazione.

Si pensi al favoreggiamento. In questo caso, la condotta del favoreggiatore, come dice "la parola stessa", reca un vantaggio alla prostituta, la favorisce, o meglio (entro i limiti in cui tale distinzione sia possibile) favorisce la sua attività.

Il favoreggiamento è sicuramente il reato "più innocuo" dell'intera legge Merlin. Tanto che da sempre la dottrina si domanda come la pena del favoreggiamento possa essere appaiata a quelle delle altre condotte punite da quella legge.

Questo reato, tra l'altro, reca con sé una congenita contraddizione: come è possibile che sia illecito penalmente aiutare un'altra persona che sta commettendo un fatto lecito? Già se lo domandava il Carrara, con un disarmante esempio ancora attualissimo: "è un vero assurdo che mentre la prostituta esercita senza pericolo il suo turpe mestiere si carceri l'amica di lei che le accomodò una stanza alle opere sue"¹²⁷!

La Cassazione ha talvolta tentato di attuare interpretazioni atte a restituire al favoreggiamento una qualche dimensione offensiva di cui sembra privo geneticamente.

Si pensi al caso del riaccompagnamento della prostituta da parte del cliente sul luogo dove essa esercita il mestiere dopo la prestazione. In questo caso – a seguito di vari contrasti giurisprudenziali e di varie condanne! – la Suprema Corte ha assolto, con due importanti sentenze del 2004, sulla base di una reinterpretazione della norma in chiave di offensività, sottolineando che l'interesse tutelato non è solo la moralità pubblica, ma anche "la libertà e la dignità delle persone che si prostituiscono di fronte alle insidie di terzi". Lo scopo della legge era anche quello di "impedire che le persone dedite alla prostituzione siano sfruttate, strumentalizzate e comunque indotte alla loro umiliante attività". A seguito di questa "aggiunta" al previo bene giuridico – quello della moralità pubblica – il reato di favoreggiamento diviene reato "plurioffensivo", come la stessa sentenza sottolinea. La Cassazione si rende conto dei rischi che la norma che

¹²⁷ F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Lucca, 1870, p. 531.

prevede il favoreggiamento pone sotto il profilo della costituzionalità, e prosegue: “Tra tutte quelle introdotte dalla l. 75/58 essa è quella caratterizzata da maggiore indeterminazione nella descrizione della condotta tipica; richiede pertanto un’esegesi costituzionalmente adeguatrice, che rispetti i principi di determinatezza del precetto penale e di responsabilità penale personale, consacrati rispettivamente negli artt. 25 e 27 della Carta repubblicana.

Orbene – prosegue la Corte – per evitare ogni assurda dilatazione della condotta incriminata, soccorre il ricorso all’oggettività giuridica del reato come sopra individuata, che impone di escludere dal perimetro penale quelle condotte di astratto favoreggiamento che non offendono né la moralità pubblica o il buon costume né la libertà delle persone dedite alla prostituzione, che la l. 75/58 ha inteso tutelare. In altri termini, è il principio di offensività che in questo caso consente di restringere la tipicità della condotta nei limiti imposti dai principi costituzionali”.

Il percorso logico-giuridico della Corte è condivisibile, anche se dal riconoscimento della natura plurioffensiva del reato avrebbe dovuto derivare conseguenze diverse. Perché vi sia offensività in concreto, relativamente a un reato plurioffensivo “proprio”, occorre la lesione o la messa in pericolo di tutti i beni protetti, e non di uno solo di essi. La mancanza dell’offesa anche di uno solo di essi dovrebbe far ritenere inoffensivo il fatto, e dunque – se è corretto farlo dal punto di vista dei principi dell’interpretazione – insussistente la tipicità del reato.

Comunque sia, la Corte passa subito ad affermare che il riaccompagnamento della prostituta sul luogo di lavoro non offende “né la moralità pubblica o il buon costume, né la libertà della prostituta, ma anzi si configura semplicemente come una condotta accessoria alla consumazione del rapporto sessuale mercenario, che risponde a un sentimento di cortesia e di rispetto della dignità personale della prostituta”.

Il ragionamento della Corte evidenzia l’intento di non punire la condotta del cliente perché ritenuta in definitiva “non degna” di sanzione penale. Tuttavia, a rigore, la Cassazione, seguendo le premesse logico-giuridiche da cui muoveva, avrebbe dovuto condannare. Infatti, se si può dire che il riaccompagnamento non lede la libertà della prostituta, e neppure la sua “dignità personale”¹²⁸, non si può certo dire che non lede o pone in pericolo il bene della moralità pubblica o buon costume. E nella logica della Corte, in un reato plurioffensivo, basta che sussista la offesa di uno degli interessi protetti perché sia giustificata la punizione.

A prescindere comunque da discettazioni in tema di reato plurioffensivo, e da un’analisi più puntuale della sentenza del 2004, che ci porterebbe fuori dagli obiettivi del presente studio, si può dire che oggi è stata superata anche la visione del favoreggiamento (o anche di altri reati della legge del ’58) come reato plurioffensivo: infatti, nella giurisprudenza più recente e moderna, come detto più sopra, il bene giuridico moralità pubblica è stato definitivamente accantonato o, se menzionato,

¹²⁸ Si ricorderà quanto detto sopra sulla distinzione fra dignità oggettiva (o impersonale) e dignità soggettiva (o personale): ebbene, significativamente qui la Cassazione parla proprio di “dignità personale”; se avesse sposato una nozione oggettiva o impersonale della dignità, ne avrebbe dovuto riscontrare una lesione anche nel fatto del riaccompagnamento.

espressamente subordinato come rango a quello della libertà di autodeterminazione della prostituta, che è diventato il vero fulcro della tutela (v. *supra*).

Se è così, dobbiamo verificare le conseguenze di un simile spostamento di asse del bene giuridico, che, come più volte rilevato, da “sovra-individuale” è divenuto individuale.

Ebbene, la stessa sentenza da ultimo citata ci offre qualche buono spunto per proseguire il discorso: l’accompagnamento da parte del cliente della prostituta non deve essere punibile non perché non favorisce la prostituzione. Favorisce la prostituzione, e non solo la prostituta, perché rende molto più celere e agevole il rientro nel posto di lavoro e dunque offre alla prostituta la possibilità di dedicarsi ben presto ad un nuovo cliente (che poi, sperabilmente, la riaccompanied). Ma il punto non è questo. Non è ricorrendo alla già più sopra screditata distinzione fra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta che si risolve il problema; ma considerando le condotte astrattamente riconducibili ad un favoreggiamento alla luce della *libertà di autodeterminazione della prostituta*. Le condotte di favoreggiamento che non ledono la libertà di autodeterminazione in materia sessuale della prostituta non devono costituire reato, proprio perché non offendono né pongono in pericolo il bene tutelato, che, oggi, non è più la moralità pubblica, ma la libertà stessa.

Dunque, se consideriamo le ipotesi in cui la prostituta, o la escort, decide liberamente di cedere favori sessuali a pagamento – come quelle “di scuola” di cui al processo barese che ha generato l’Ordinanza – le condotte astrattamente configurabili come favoreggiamenti che non ledono questa libera scelta non debbono costituire reato. Nel caso di specie, non si dubita che le condotte poste in essere dal supposto favoreggiatore nei confronti delle escort non hanno leso alcuna libertà delle stesse. Al contrario, sono state utili e vantaggiose alle escort per permettere loro di realizzare in un caso concreto la loro libera scelta di prostituirsi, o, per dirla altrimenti, di lavorare come *sex workers*.

Si potrebbe dunque tentare di reinterpretare il reato di favoreggiamento escludendo dalla tipicità, per mancanza di offensività in concreto, le ipotesi in cui il favoreggiamento non lede la libertà della prostituta, perché questa ha scelto volontariamente il suo lavoro, e accetta volentieri l’agevolazione altrui.

Questa può essere una strada, e del resto già autorevole dottrina, da oltre quarant’anni, a seguito della rilettura del bene giuridico in materia come libertà della persona, aveva proposto una reinterpretazione dei delitti di prostituzione in simili termini, definendo la prostituzione come “esercizio di abituale attività sessuale mercenaria da parte di un soggetto che si trova, rispetto ad altri, o in un attuale stato di sfruttamento o in una situazione che può determinare il pericolo di sfruttamento”¹²⁹. E rispetto al favoreggiamento, notava che, a differenza di altre condotte di cui alla legge del ’58, si trattava di condotta “logicamente e ontologicamente compatibile con un’attività prostitutiva esercitata liberamente ed autonomamente”. Rilevava poi che “sarebbe incongruente punire la pura e semplice agevolazione – sprovvista, perciò, di

¹²⁹ F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto*, cit., p. 705.

un suo proprio disvalore – di un’attività ritenuta giuridicamente lecita”; e proponeva dunque una reinterpretazione del favoreggiamento, da ritenersi punibile solo nei casi in cui la prostituzione sia “svolta in uno stato di soggezione”¹³⁰. Diversamente, la stessa sanzione prevista per il favoreggiamento – identica a quella dello sfruttamento – sarebbe stata incomprensibilmente sproporzionata e ingiustificata.

Si potrebbe dunque affidare all’interprete del caso concreto (il giudice) il compito di discernere di volta in volta le ipotesi in cui il favoreggiamento interviene in un contesto di libertà limitata o assente della prostituta, e quelle in cui invece si può rinvenire una prostituzione liberamente scelta, e un consenso valido nei confronti della condotta agevolatrice del terzo.

Del resto una simile soluzione sembrerebbe auspicata dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione, quando, nella importante sentenza n. 16207 del 2014 – richiamando testualmente la motivazione di una precedente sentenza della Corte (Sez. III, n. 20384 del 2013) – rilevavano che le sanzioni penali della legge n. 75 del 1958 “debbono essere applicate a coloro che condizionano la libertà di determinazione della persona che si prostituisce, a coloro che su tale attività lucrano per finalità di vantaggio e, infine, a coloro che offrono un contributo intenzionale all’attività di prostituzione eccedendo i limiti dell’ordinaria prestazione di servizi”.

Nel caso di specie, per quanto è emerso nella sentenza di primo grado, e per quanto ha rilevato più volte il giudice di prime cure, ci si trova chiaramente cospetto di escort che liberamente hanno scelto, in quelle occasioni, di prostituirsi (se lo hanno fatto), e hanno ampiamente acconsentito alla condotta agevolatrice dell’imputato; né si può dire che l’attività degli imputati sia andata “oltre ai limiti dell’ordinaria prestazione di servizi”, dal momento che l’attività di intermediazione da essi svolta era strumentale all’effettiva possibilità di svolgimento della libera cessione lucrativa della sessualità da parte delle escort¹³¹.

Sicché, reinterpretando in chiave di offensività il favoreggiamento, anche sulla base di autorevoli indicazioni giurisprudenziali, non lo si dovrebbe ritenere integrato nei fatti di cui al processo barese, o di fronte a fatti simili¹³².

7.2.3. Il reclutamento e sue possibili reinterpretazioni.

Sempre al fine di evitare le predette censure di incostituzionalità, si deve verificare se sia possibile suggerire una diversa interpretazione del delitto di reclutamento.

¹³⁰ F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto*, cit., p. 706.

¹³¹ Sul punto appaiono particolarmente efficaci le argomentazioni di cui alla Ordinanza qui pubblicata, § 11.1.

¹³² Suggestisce una simile reinterpretazione “secondo Costituzione”, in un commento rapido alla Ordinanza barese, N. MADIA, *Legge Merlin e fenomeno delle Escort: un binomio al vaglio di costituzionalità*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa* (rivista online), 22 febbraio 2018.

In questo caso la strada è ancora più semplice, perché, come si è visto *retro*, anche nella concezione originaria della legge Merlin il reclutamento aveva connotazioni tali da presupporre una menomazione della libertà della prostituta. Infatti, è ben vero che non si richiedeva, fin dall'inizio, che la stessa fosse persona non dedita ancora al mestiere; ma il reclutamento – come si è visto in apertura – era vero e proprio ingaggio della donna ai fini di farla entrare in un meccanismo organizzato di prostituzione, dove avrebbe immediatamente perso ogni residua libertà. Tanto è vero che spesso si richiedeva un rapporto di subordinazione fra la reclutata e il reclutatore. In sostanza, lo stato di soggezione di cui si parlava poc' anzi, che dovrebbe connotare tutte le ipotesi punibili di prostituzione, nel reclutamento era *in re ipsa*¹³³.

Anche in questo caso si è verificata, almeno in alcune sentenze, un'espansione – o almeno così pare – del concetto di reclutamento. Sicché oggi sembra non più richiesta questa sottoposizione della prostituta reclutata ad una organizzazione strutturata in qualche modo, anche se modesta nelle dimensioni.

Ebbene: per recuperare l'offensività perduta basterebbe discriminare fra le ipotesi in cui la prostituta agisce in base ad una sua scelta assolutamente libera e viene contattata semplicemente al fine di procurarle un cliente nuovo, e le altre ipotesi in cui la prostituta viene assodata per essere inserita in un contesto organizzativo volto a farle perdere quella libertà di autodeterminazione che la legge dovrebbe tutelare. Ovviamente, nelle prime ipotesi non vi sarebbe reclutamento; nelle seconde sì.

Nei casi di cui al processo barese, non vi era certo una "casa chiusa" in cui immettere la prostituta per farle perdere la sua libertà. Si trattava solo di andare a cene, dove fra l'altro la prostituta avrebbe ben potuto rifiutare rapporti sessuali. E comunque avrebbe mantenuto la sua sfera di autonomia anche relativamente al possibile esercizio del mestiere in altri contesti. Se reinterpretato in questi termini, anche il reclutamento può ritrovare un'offensività che forse lo caratterizzava nelle intenzioni del legislatore e nei primi decenni di applicazione, e che col passare del tempo si era appannata.

7.2.4. Il ruolo del consenso dell'avente diritto nei reati di prostituzione.

Sinora si sono proposte alcune strade interpretative "costituzionalmente orientate" relativamente ai delitti di favoreggiamento e di reclutamento della prostituzione.

Naturalmente, seguire quelle strade significa andare sostanzialmente a ritoccare la stessa "tipicità" di quelle fattispecie, restringendone la portata in accordo con le esigenze del bene giuridico. Si tratta di un procedimento che spesso segue la giurisprudenza, anche quella di Cassazione, e che appare legittimo soprattutto quando si tratta di ritocchi interpretativi *in bonam partem*, come avverrebbe in questo caso. La stessa Corte costituzionale spesso auspica che le corti di merito o di legittimità attuino interpretazioni "*secundum constitutionem*".

¹³³ Lo notava lo stesso F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto*, cit., pp. 696 e 705.

Tuttavia si tratta pur sempre di interventi in qualche modo “ortopedici” su testi normativi. Inoltre, le reinterpretazioni di fattispecie hanno il problema di essere di fonte giurisprudenziale, come tale spesso cangiante da noi per effetto dell’assenza di un vincolo del precedente giudiziale presente viceversa in altri ordinamenti. Un giudice potrebbe interpretare la fattispecie in un modo; un altro giudice in un altro. Con l’effetto peculiare di mantenere l’attuale situazione di forte incertezza e indeterminatezza di molte delle ipotesi della legge Merlin¹³⁴.

La strada maestra sarebbe dunque quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale di quelle fattispecie, in base a quanto esposto più sopra.

Tuttavia, resta anche un’altra via interpretativa meno dirompente di quelle abbozzate perché non volta a modificare interpretativamente le stesse fisionomie delle fattispecie, ma, senza toccarne la tipicità, a rendere operativa in materia una causa di giustificazione che fino ad ora non è mai stata, per quanto ne so, applicata.

Alludo alla scriminante del *consenso dell’avente diritto* (art. 50 c.p.): “Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporre”.

La scriminante come è noto ha applicazione generale. Solamente, postula che il bene tutelato sia un bene *disponibile*, perché nell’ambito dei beni indisponibili il consenziente “non può validamente disporre”¹³⁵.

Ovviamente, nell’inquadramento tradizionale che vedeva come bene giuridico rilevante in materia la moralità pubblica e il buon costume, il bene tutelato non era disponibile. Si è detto poco più sopra della non ammissione della costituzione di parte

¹³⁴ Va rilevato che in dottrina, relativamente al pur differente caso di lesioni inferte a taluno nell’ambito di attività di “sesso estremo”, si è ritenuto peraltro da più autori che nell’ipotesi del consenso a tale attività venga meno la stessa tipicità, e non la sola antigiuridicità per l’intervento della scriminante del consenso dell’offeso. Si veda M. PELISSERO, *Bondage e sadomasochismo: i limiti della responsabilità penale fra fine di piacere e libero consenso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, pp. 356 e 357: «laddove il rapporto sia liberamente accettato, manca in radice l’offesa all’incolumità fisica ed il fatto non rappresenta altro che esplicazione del soggetto nell’ambito intangibile della sua sessualità [...] Nell’ambito dei rapporti sessuali, mi sembra che la piena autonomia del soggetto nell’esercitare la sua libertà di autodeterminazione e di disporre dei beni toccati dalla estrinsecazione della stessa (incolumità fisica, libertà personale, onore), senza il coinvolgimento di terzi non consenzienti, giustifichi l’inquadramento del consenso come elemento di esclusione dello stesso fatto tipico». Sulla tematica, che comunque ha più di un nesso con la nostra, e per altri puntuali riferimenti, v. M. MATTHEUDAKIS, *Il bondage e le “corde” dell’imputazione colpevole*, in *Indice pen.*, 2017, p. 549 ss.

¹³⁵ Si veda, relativamente alla disponibilità degli attributi della personalità (o diritti personalissimi), quali la libertà sessuale, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 280; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 262.

Qualche autore rilevava che nell’ambito di questi diritti il consenso avrebbe ingresso solo se non contrario alla legge, all’ordine pubblico e al buon costume, ma con riferimento a casi limite, relativi ad es. alla totale abdicazione della propria libertà (es. in rapporto ai delitti di riduzione in schiavitù e di plagio, allora ancora esistente: v. per questa opinione C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell’avente diritto*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, 1961, p. 143). Se si estendesse questa opinione ad un cieco divieto di consenso relativamente a diritti di libertà solo per la contrarietà ad un supposto “buon costume”, si ricadrebbe *tout court* nel “paternalismo morale” già screditato più sopra nel presente testo, *passim*.

Per una lettura moderna e al passo della Costituzione del principio del consenso dell’avente diritto nel diritto penale vale la pena citare ancora una volta S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, cit., *passim*.

civile in materia, fino a qualche tempo fa la regola, derivante appunto dal fatto che persona offesa dal reato si riteneva lo Stato e non la prostituta.

Si è anche detto del diniego dell'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 5 (concorso doloso della persona offesa), che a lungo ha caratterizzato i reati in materia sempre per lo stesso motivo.

Si è anche rilevato che queste preclusioni venivano meno solo in presenza dell'aggravante di cui all'art. 4 n. 1) della legge Merlin, perché in tale caso la violenza o minaccia o inganno usati ai danni della prostituta evidenziavano che la stessa doveva considerarsi vittima e dunque persona offesa.

E abbastanza semplice tirare le conclusioni di questo discorso. Se oggi il bene tutelato è quello della persona, *sub specie* della libertà di autodeterminazione in materia sessuale di chi si prostituisce, è chiaro che si tratta di un *bene individuale e disponibile*.

Lo stesso bene è disponibile anche nell'ambito della violenza sessuale, laddove, se l'atto sessuale avviene col consenso della "vittima", naturalmente non vi è reato. In quel caso vien meno addirittura la tipicità, visto che l'art. 609 bis postula l'esistenza di una "costrizione" con violenza o minaccia (o abuso di autorità), cosa che qui non è richiesta dalla norma. Ma nessuno vieta in questa sede, una volta dimostrata la disponibilità del bene giuridico o del diritto tutelato dalle norme sulla prostituzione, di ritenere applicabile l'art. 50, ovvero il consenso dell'avente diritto.

Certo, si potrebbero riproporre le solite tematiche già ampiamente trattate: la questione della protezione paternalistico/moralistica della dignità intesa in senso oggettivo o impersonale, ecc. Ma su tutti questi punti ci siamo già soffermati in vari paragrafi di questo scritto. Qui si tutela un diritto individuale della persona pienamente disponibile. In più, l'attività di prostituzione è pienamente *lecita*.

Per cui, il *consenso* relativamente a condotte agevolatrici della stessa *va riconosciuto, in materia penale, senza mezzi termini*.

Ovviamente, il discorso cambia relativamente a ipotesi in cui non si ravvisi una libera scelta da parte della prostituta. Ovvero: il consenso (anche relativamente all'aiuto ricevuto da terzi) deve presentare i caratteri che sempre deve avere per potersi applicare. Deve essere *libero e volontario*, ovvero immune da vizi¹³⁶.

Si tratta di caratteri che dovranno essere vagliati caso per caso dal giudice, il quale potrà valutare se nel caso specifico la prostituta sia o non sia in realtà libera di decidere (naturalmente, entro i limiti di libertà di tutte le scelte umane...)¹³⁷.

In questo modo, senza toccare le fattispecie della legge, si possono già raggiungere risultati importanti, ovvero distinguere le ipotesi di "prostituzione volontaria" da quelle in cui la prostituta è costretta, abusata, sfruttata o in uno stato di

¹³⁶ Si vedano ancora G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 277-278; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 263 s.

¹³⁷ Rileva giustamente T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 95, che "nella logica del diritto penale" è normale e necessario distinguere, anche a livello giudiziale, fra condotte volontarie e involontarie, e in base a questa considerazione critica il neo-proibizionismo dei paesi nordici, basato sul rilievo che sarebbe impossibile distinguere i casi di libera scelta da quelli di scelta non libera, e presumendo senza possibilità di dimostrazione contraria la mancanza di libertà nella scelta di prostituirsi.

soggezione, attuando ciò che illustre dottrina auspicava già oltre quarant'anni fa¹³⁸, e su cui sussiste oggi ampio consenso fra gli studiosi¹³⁹.

Nei casi di cui al processo barese, lo stesso giudice di prime cure ha sottolineato più volte che si è trattato di “prostituzione volontaria”, che le escort hanno avuto benefici e non danni dalle attività di intermediazione del principale imputato, e che ben volentieri le hanno accettate nell'esercizio del loro diritto di libera autodeterminazione in campo sessuale.

Dunque, si deve ritenere ampiamente applicabile la scriminante del consenso dell'avente diritto.

8. Conclusioni.

Si possono riassumere le principali risultanze del presente studio in tre punti:

- a) L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin, fra cui il favoreggiamento e il reclutamento, se ritenute applicabili in ipotesi di libera scelta da parte della prostituta di prostituirsi al di là di costrizioni o soggezioni di sorta: la legge Merlin, relativamente a queste ipotesi, deve ritenersi incostituzionale per violazione di vari principi e diritti, ovvero del principio di legalità/determinatezza, del principio di offensività, del diritto/libertà di autodeterminazione in materia sessuale, dei diritti ad esercitare un lavoro (da parte del *sex worker*) in condizioni di salute e sicurezza, del principio di laicità, del principio di uguaglianza, di quello di proporzionalità della pena, e forse di altri ancora.
- b) La possibilità di una reinterpretazione costituzionalmente orientata delle fattispecie di favoreggiamento e di reclutamento (e anche di altre fattispecie della legge): difetterebbe la tipicità del favoreggiamento per mancanza di offensività nel caso dell'agevolazione dell'attività di prostituzione di una prostituta che sceglie liberamente di prostituirsi e che accetta liberamente l'attività di agevolazione compiuta dal terzo. Quanto al reclutamento, esso scatterebbe solo

¹³⁸ F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto*, cit., pp. 705-706.

Nel 1992, va poi registrata l'opinione di T. PADOVANI, in T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose – Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1992, p. 61, che osservava che, in tema di prostituzione, si sarebbero dovute “considerare lecite tutte le attività volte a consentire una simile scelta, che non rappresentino tuttavia né forme di coazione, né forme di sfruttamento”.

¹³⁹ Tra gli altri, in vario modo, A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 294 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali*, cit., p. 324 ss.; P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., pp. 50-51; F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 305 ss.; nonché D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 310. Che la dottrina maggioritaria sia orientata in questo senso è confermato da M. BERTOLINO, *Post art. 536*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti – S. SEMINARA – G. ZUCCALÀ, Padova, 2017, p. 1744.

In questo senso, più in generale, V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss.

Si veda anche, con un taglio più giornalistico e politologico-sociologico, A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim*, ed ivi numerosissimi riferimenti ulteriori, anche ai contrasti emersi nel pensiero femminista in materia.

nei casi in cui una persona viene “ingaggiata” nell’ambito di una vera e propria organizzazione di prostituzione (analoga a quella di una “casa chiusa” prima dell’abolizione delle stesse), e in vista della sottoposizione alle regole di quella organizzazione, con immediata perdita correlativa della propria libertà di autodeterminazione in materia sessuale.

- c) L’applicabilità – a seguito della reinterpreteazione del bene giuridico rilevante in materia (oggi consistente nella libertà di autodeterminazione in materia sessuale della prostituta) – della causa di giustificazione del consenso dell’avente diritto (art. 50 c.p.), nei casi in cui la prostituta scelga liberamente la sua attività, e accetti liberamente l’attività di intermediazione di un terzo in vista del reperimento di un cliente.

9. Osservazioni finali.

Siano concesse alcune osservazioni finali di taglio più generale.

La prostituzione è certamente attività composita. Vi sono anzi molti tipi di prostituzione, di talché è più corretto oggi parlare di “prostituzioni” invece che di prostituzione.

La prostituzione di ragazze, straniere o non, catapultate con l’inganno o con violenza o minaccia nelle strade e obbligate a prostituirsi loro malgrado, nonché sfruttate per il loro lavoro coatto, è un fatto di enorme gravità, e va severamente represso e punito. Si tratta del resto, percentualmente, dell’ipotesi di gran lunga più diffusa, e di ciò occorre sicuramente tener conto nel ragionare su questo argomento.

Tuttavia, vi sono anche altre categorie di prostitute e di prostituzioni, e all’estremo opposto di questa scala sta l’ipotesi della escort che per i più vari motivi, ma in base ad una sua libera scelta, decide di concedere favori sessuali a pagamento¹⁴⁰. Quest’ultima figura non è molto dissimile dall’attrice o dall’attore di *film pornografici*. Usa il sesso e ciò che le ha concesso la natura per guadagnare. Eppure, nessuno ha mai ipotizzato di ritenere punibile chi mette in contatto una donna adulta col produttore di film pornografici, o con un porno-attore, sempre che si tratti di una sua scelta libera e volontaria. E dire che i possibili danni prodotti ad una donna – e più in generale ad una persona – nel caso della pornografia sono sicuramente ben maggiori di quelli ipotizzabili relativamente a libere prostituzioni. Nel caso della pornografia, infatti, una volta prodotto un video o un film, esso resta potenzialmente “per sempre” a disposizione del pubblico interessato. Sicché chi ha – pur consapevolmente – deciso di fare l’attore, o l’attrice in film del genere, “macchia”, per così dire, la propria immagine, potenzialmente, per tutta la vita, e per un pubblico potenzialmente infinito, se il video viene riversato, come spesso accade, nel *web*. Nel caso della prostituta, una volta compiuto l’atto sessuale a pagamento col cliente – specie nel caso di scelta non

¹⁴⁰ Fabrizio De André si mostrava ben consapevole della varietà del fenomeno, e della possibilità di “scegliere” quel mestiere, nel memorabile testo di “Bocca di rosa”: “C’è chi l’amore lo fa per noia/ Chi se lo sceglie per professione/ Bocca di rosa né l’uno né l’altro/ Lei lo faceva per passione”.

indiscriminata – essa può riappropriarsi della sua privacy, e la sua immagine non necessariamente sarà per sempre, reiteratamente ed universalmente “macchiata”.

Il fatto è che – salvi questi aspetti – la prostituzione è fenomeno davvero simile, e in non pochi casi sovrapponibile, alla pornografia. Non è un caso che i paladini della morale spesso auspichino, accanto alla repressione penale della prostituzione, anche la proibizione della pornografia. Analogamente, le femministe radicali che ritengono comunque violata la dignità della donna in ogni “contratto sessuale”¹⁴¹, proibirebbero sia l’uno che l’altro fenomeno.

I giuristi – almeno nel nostro paese – non ipotizzano neppure, attualmente, la punibilità della pornografia in contesti di libere scelte, né oggi è più punita la pornografia nel contesto dell’osceno, ovvero ex art. 528 c.p.: dapprima le Sezioni Unite della Cassazione e poi la stessa Corte costituzionale, a seguito della ridefinizione del bene giuridico, hanno limitato la punibilità di questa ipotesi ai casi in cui un terzo venga ad essere sottoposto a visioni oscene contro la sua volontà. In più, il reato di cui all’art. 528 c.p., pur nella sua sfera interpretativa residua, è stato recentemente depenalizzato, e ridotto a illecito amministrativo. Che peraltro resterà applicabile, verosimilmente, ai soli contesti indicati dalle predette alte corti, e non porterà certo a condannare produttori o commercianti di materiale pornografico destinato ad adulti consenzienti.

Dunque, non può aver senso neppure la repressione penale della prostituzione, pur *sub specie* della punizione delle condotte “satelliti” all’atto prostitutivo in sé, sempre che si tratti di prostituzione libera e volontaria.

La prostituzione non è certo condotta “edificante”, anche se la può persino diventare in casi specifici (si pensi alla c.d. “assistenza sessuale” di persone disabili per assicurare un loro “diritto alla sessualità”¹⁴²). Sicuramente il meretricio viene ritenuta attività immorale dalla stragrande maggioranza delle persone. Ma, se si tratta di una libera scelta nell’ambito del diritto di autodeterminazione in materia sessuale, come tale va rispettata.

È opportuno ricordare che sino a pochi decenni fa un’altra libera scelta in materia sessuale era considerata immorale ed era per questo motivo addirittura repressa dal diritto penale di molti paesi (USA, Germania, Inghilterra, Irlanda, ecc.). Ci sono voluti molti anni perché l’omosessualità venisse considerata una scelta rispettabile di un individuo. E in alcuni casi sono dovute intervenire delle Corti supreme per sancire l’incostituzionalità di leggi che, come ai tempi di Oscar Wilde, la punivano. La Supreme

¹⁴¹ Sul tema si vedano, tra le altre, le considerazioni della femminista radicale C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Roma, 1997, spec. p. 245 ss.

¹⁴² Sul tema v. F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., p. 306, che richiama il recente film “*The Sessions*”, e M. N. DE LUCA, *Marien, escort dei disabili. “Col sesso faccio del bene”*, in *La Repubblica*, 28 aprile 2009. Più ampiamente sull’interessante argomento, ora, 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 corso di pubblicazione sull’*Indice penale*.

Si vedano anche B. D. EARP – O. M. MOEN, *Paying for Sex – Only for People with Disabilities?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2016, vol. 42, n. 1, p. 56, che sostengono che la legalizzazione dell’assistenza sessuale potrebbe costituire un primo passo verso la legalizzazione della prostituzione (in ottica neo-regolamentarista) anche laddove per ora si è optato per il neo-proibizionismo.

Court americana è intervenuta nel 2003 col caso *Lawrence v. Texas*¹⁴³; la Corte Edu è intervenuta contro l'Irlanda nel 1981 col già citato caso *Dudgeon*.

Ebbene. Non si vuole qui “santificare” la prostituzione, né, ancor meno, incentivarne l'esercizio. Tuttavia, allo stesso tempo, non si può accettare la visione autoritaria e moralistica patrocinata da alcuni della prostituzione come “il peccato delle donne”, come una sorta di “eresia sessuale” addirittura inconcepibile, perché capace di sconvolgere l'immagine “ideale” della donna che si vorrebbe immortalare come unica immagine ammissibile e lecita¹⁴⁴. In questa sede, comunque, si vuole prescindere da questi problemi di ordine morale: si mira piuttosto a far sì che – da parte dell'ordinamento giuridico, specie quello penale – vengano rispettati i diritti di libertà delle persone. E prostituirsi è una *scelta di tipo sessuale* che rientra fra i diritti di libertà delle persone, ricollegabili al più ampio concetto di *autonomia personale*.

È noto che oggi vi sono organizzazioni di prostitute libere che portano avanti i diritti delle prostitute stesse. Lo fanno apertamente, in pubblico, sostenendo qualcosa che del resto già la legge – persino a livello europeo – riconosce: che la prostituzione è un lavoro come altri, se frutto di libera scelta e attuato in autonomia e senza subordinazioni o sfruttamenti.

È noto altresì che la legge Merlin, che proprio in questi giorni compie sessant'anni, è invecchiata forse ancor più delle ragazze che prima del 1958 popolavano i bordelli di Stato. Già era nata male, tecnicamente, e lo avevano rilevato i più grandi maestri italiani del diritto penale (Antolisei, Vassalli e Mantovani per tutti¹⁴⁵) non appena era stata approvata.

È costituita da fattispecie farraginose, tutte accomunate sotto la stessa cornice edittale nonostante la enorme differenza di disvalore fra l'una e l'altra, in violazione palese di svariati principi costituzionali.

Non è un mistero che da decenni si propongono nuove normative in materia. Si sa che, a livello comparatistico, si danno tre modelli, quello *abolizionistico*, quello *neo-proibizionistico* e quello *neo-regolamentaristico*¹⁴⁶. Il primo è quello seguito ormai quasi solo

¹⁴³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁴⁴ Molto interessante sotto questi profili è la lettura di M. L. MAQUEDA ABREU, *La prostitución: el “pecado” de las mujeres*, pp. 64-89, che evidenzia peraltro le ricadute giuridiche di questi atteggiamenti, spesso riconducibili a un certo tipo di femminismo radicale intransigente.

¹⁴⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 414; G. VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della “legge Merlin”*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, Milano, 1965, p. 349 ss.; F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale*, cit., *passim*, e p. 459 e nota 11, dove il chiaro A. sosteneva che il legislatore del '58, una volta abolite e sanzionate le case di prostituzione, avrebbe fatto meglio per il resto a lasciare vigenti le pregresse disposizioni del codice penale, che – pur criticabili – contemplavano solo reati “con vittime”. Gli AA. Predetti auspicarono fin da subito una immediata riforma della legge (almeno nelle parti penali) che oggi, a distanza di quasi sessant'anni, non è mai avvenuta.

¹⁴⁶ Rinvio sul punto, per una sintesi, ad A. CADOPPI, *Note introduttive*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 1 ss.

Nel volume vari autori stranieri riferiscono delle leggi e della loro pratica attuazione in vari paesi: in Inghilterra e Galles (M. Boggiani, p. 62 ss.), in Germania e Austria (M. Helfer, p. 88 ss.), in Svizzera, (D. Item, p. 114 ss.), in Francia (R. Parizot, p. 134 ss.), in Spagna (J. Tamarit Sumalla, p. 146 ss.), in Olanda (J. Vervaele, p. 160 ss.), in Svezia (C. Wong, p. 177 ss.), negli USA (M. Boggiani, p. 200 ss.), in Canada (E. MacKinnon, p.

dalla legge Merlin, perché in quasi tutti i paesi europei e non solo si è adottato di recente o il modello neo-proibizionista o quello neo-regolamentarista. Il modello abolizionista a parole sancisce la liceità di prostituirsi, ma poi reprime a tappeto tutte le condotte di terzi collegate alla prostituzione, rendendone l'esercizio quasi impossibile e soprattutto condannando anche le "prostitute per scelta" a vivere a contatto continuo con la criminalità, in un clima di clandestinità che non giova né alla sicurezza né alla salute delle stesse¹⁴⁷. Si tratta di un modello ipocrita – perché vuole combattere la prostituzione ma non vuole punire il cliente¹⁴⁸ – e lesivo dei diritti delle prostitute, almeno di quelle che si prostituiscono liberamente.

Il modello *neo-proibizionista* (adottato in alcuni stati del Nord Europa e ora parzialmente in Francia¹⁴⁹) appare il frutto della lotta femminista radicale contro ogni forma di sesso a pagamento. Chi sostiene quel modello, come si accennava, non a caso proibirebbe anche la pornografia¹⁵⁰. Si tratta però di un modello sostanzialmente autoritario, paternalista e moralista, che muove dalla posizione di subordinazione della donna nella società, ma finisce per negare a molte di loro ulteriori diritti e libertà fondamentali (compresa la loro dignità "soggettiva"). In più, non tiene conto del fatto che oggi la prostituzione non è solo un mestiere femminile, e quindi va a ledere paradossalmente anche i diritti di uomini che – secondo lo stesso pensiero femminista radicale – non meriterebbero tutele paternalistiche. Infine, ha l'inevitabile effetto pratico di riversare nell'illegalità e dunque nella clandestinità le stesse prostitute, oltre a chi le sta attorno, col paradossale risultato di peggiorare ulteriormente – persino rispetto al modello abolizionista – le condizioni di esercizio del "mestiere" e di aumentare a dismisura rischi per la salute e per l'incolumità di quelle stesse persone la cui "dignità" (oggettiva, ovvero etero-imposta) si vorrebbe "salvare"¹⁵¹.

238 ss.) e in Nuova Zelanda (G. Mousourakis, p. 257 ss.). Non mancano le relazioni dedicate alla storia della prostituzione nel mondo giuridico romano (S. Puliatti, p. 15 ss.), un capitolo dedicato alla criminologia (I. Merzagora e G. Travaini, p. 38 ss.). La parte III del volume è dedicata al diritto italiano (con scritti di D. Balestrieri, A. Cadoppi, F. Giunta e A. Manna).

¹⁴⁷ Sulla questione – anche relativamente alla diffusione di malattie quali il virus HIV tra le prostitute – si vedano ora A. CADOPPI – F. MANFREDI, *Prostituzione e tratta di persone*, cit., pp. 651-666, con la ribadita conclusione dell'illegittimità costituzionale del favoreggiamento e di altre fattispecie della legge Merlin, e sulla opportunità dell'adozione di un modello neo-regolamentarista.

¹⁴⁸ Che a rigore sarebbe il maggiore favoreggiatore della prostituta e della prostituzione, e la cui non punibilità, anche a livello giurisprudenziale, resta un mistero giuridico: sul punto si vedano le interessanti considerazioni di T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 290. Si tratta di una tesi già sostenuta dal Carrara: F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, cit., p. 531.

¹⁴⁹ Si veda la l. n. 2016-444 del 13 aprile 2016, emanata a seguito di un lungo e contrastato dibattito. Sul dibattito e sulle opinioni decisamente contrarie alla legge sostenute da parte di persone di grande autorevolezza, si veda A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 261 ss.

¹⁵⁰ Su questi temi rinvio alle analisi di V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss., e della stessa A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim*.

¹⁵¹ Per critiche simili, fra gli altri, R. DAMASO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, cit., p. 22 ss.

Va rilevato che il numero delle prostitute in Svezia resta altissimo: per rendersene conto basta consultare siti web su escort e simili. Il fenomeno è stato descritto tra gli altri da C. WONG, *Prohibition in Swedish Law of the Purchase of Sexual Service*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 191 ss.

Il modello *neo-regolamentarista* è oggi accolto in molti paesi moderni europei, come la Germania, l’Austria, la Svizzera e l’Olanda. Parte dall’idea che la prostituzione è un lavoro paragonabile ad altri, se frutto di una libera scelta. Di conseguenza, liberalizza questa attività, ma la regola, per venire incontro alle sue specifiche esigenze e limitare i pericoli ad essa connessi. Naturalmente questo approccio mira, fra l’altro, a portare allo scoperto il lavoro nero in questo ambito, incrementando le entrate fiscali dello Stato. Entrate che potrebbero poi essere impiegate nel settore, per cercare di porgere un aiuto soprattutto alle prostitute coatte, al fine di recuperarle ad una vita più accettabile.

Non è il caso qui di approfondire tutti questi argomenti¹⁵².

Si deve solo aggiungere che al Parlamento sono state presentate negli ultimi anni molte proposte di legge, alcune firmate da un notevolissimo numero di parlamentari, che accolgono, quasi tutte, un modello sostanzialmente *neo-regolamentarista*¹⁵³.

I tempi sono maturi forse per un “addio” alla ormai vetusta legge Merlin¹⁵⁴.

Nel frattempo, i giudici devono cercare di rimediare almeno ai difetti più marcati di quella legge, che ne determinano addirittura la più che sospetta illegittimità costituzionale, denunciata ormai da quasi tutti gli autori che si sono occupati della tematica negli ultimi anni. O con reinterpretazioni costituzionalmente orientate delle sue norme, o sottoponendo le questioni rilevanti alla Corte. Questa seconda strada, che è probabilmente la più corretta istituzionalmente, è stata seguita dall’Ordinanza qui pubblicata della Corte d’Appello di Bari.

Mentre per gli omosessuali – un tempo oggetto di proibizioni civili e penali – recentemente si è addirittura, e giustamente, approvata una legge sancendone le “unioni civili”¹⁵⁵, le prostitute sono ancora in attesa che lo Stato riconosca i loro diritti. Sono ancora costrette a subire (indirettamente) processi penali per episodi innocui di favoreggiamenti, ovvero di mere attività di intermediazioni coi loro clienti liberamente

Lo stesso autore peraltro evidenzia che – almeno stando a certi sondaggi – la legge avrebbe avuto l’effetto di far mutare fra la gente la percezione sociale del disvalore della prostituzione. Su questo punto, due osservazioni: la prima, che il diritto penale non deve essere utilizzato per scopi “promozionali”, come ha ampiamente dimostrato la dottrina italiana pressoché compatta da svariati decenni: ed è invece questo che avrebbe fatto la legge svedese; la seconda, che il fatto di aver incrementato nel corpo sociale la stigmatizzazione della prostituzione non fa altro che mettere ancor più in difficoltà e ghettizzare i *sex workers* che liberamente volessero svolgere (anche solo occasionalmente) tale attività.

¹⁵² Rinvio ancora sul punto al volume da me curato *Prostituzione e diritto penale*, cit.

¹⁵³ Per una proposta di riforma delle norme penali della legge Merlin, rinvio ad A. CADOPPI, *Una proposta di riforma della legge Merlin*, in *ID.* (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 333 ss.; alcune delle proposte di legge presentate ultimamente al Parlamento sono ivi riportate in *Appendice* a p. 363 ss. Si veda anche *retro*, la nota 73, relativamente ad iniziative di pubbliche presentazioni delle proposte di legge Spilabotte e Vargiu in materia.

Va detto che una proposta di legge (la n. 3890 presentata il 9 giugno 2016 tra gli altri dell’on. Bini), darebbe attuazione ad un modello proibizionista simile a quello svedese: per una critica alla stessa impostazione di quella proposta, per tutti, R. DAMASO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, cit., p. 24.

¹⁵⁴ V. anche in materia di prospettive di riforma della legge F. PALAZZO, *Moralismo e “bagatellizzazione” del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, cit., in *Dir. pen. e proc.*, n. 11/2008, p. 1341 ss.; A. CADOPPI, *Prostituzione: addio Merlin?*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 7/2015, p. 781 ss.

¹⁵⁵ V. la l. n. 76 del 20 maggio 2016.



3/2018

scelti: e in questi casi, mentre traevano solo un vantaggio dai loro intermediari, subiscono un enorme danno, paradossalmente, dallo stesso insorgere di un processo penale, che dovrebbe costituire invece l'attuazione delle esigenze della Giustizia. Sono ancora costrette a vivere e a lavorare nella clandestinità. Ma quando lo Stato ha bisogno dei loro soldi, delle loro tasse, allora si affretta a dichiarare "forse immorale" ma "certamente lecita" la loro attività. È sicuramente tempo che anche la giurisprudenza penale faccia un salto di qualità, e anticipi quello che le leggi sanciranno forse fra pochi anni. La dottrina, come spesso avviene, ha già da tempo indicato ai giudici varie strade percorribili. È ora che i giudici raccolgano questi inviti, e facciano progredire il diritto nel rispetto delle libertà fondamentali sancite dalla nostra Costituzione. Per questi motivi si deve accogliere con la più ampia approvazione la limpida Ordinanza della Corte d'Appello di Bari, qui riportata, e la cui lettura è sicuramente consigliabile a chi ancora non si fosse convinto sfogliando questo mio modesto ma sincero e appassionato contributo.

Tante sono le conquiste fatte dal nostro ordinamento in questi decenni verso il riconoscimento di inalienabili diritti di libertà degli individui. Si pensi – per stare ai progressi più recenti – all'appena menzionata legge sulle "unioni civili", o alla lungamente attesa legge sul "fine vita"¹⁵⁶. L'ulteriore passo verso il superamento, in un modo o nell'altro, delle norme più retrograde e liberticide della legge Merlin costituirebbe una nuova, non meno importante conquista di civiltà

¹⁵⁶ Per tutti v. sulla legge n. 219 del 2017, prima che venisse approvata, S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento")*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 975 ss.: Canestrari ne è stato uno dei compilatori.

Sempre in materia di "fine vita", va segnalata la recentissima questione di legittimità costituzionale sollevata dalla I Corte d'Assise di Milano il 14 febbraio 2018 nel caso "Cappato". Anche questo provvedimento costituisce un coraggioso riconoscimento di un diritto fondamentale dell'individuo, peraltro ben più controverso rispetto a quelli emergenti in materia di prostituzione, trattandosi comunque, qui, della tutela del supremo bene giuridico della vita. Volendo sottolineare anche una sola fondamentale differenza fra le due ipotesi, si deve rilevare che in un caso (quello della Ordinanza milanese) la repressione penale si fonderebbe comunque su di un *paternalismo fisico* (e a tutela del bene fisico supremo), mentre nell'altro (quello dell'Ordinanza di Bari) esclusivamente su di un *paternalismo morale*; e fra gli stessi *liberals*, se nessuno ammette il paternalismo morale, non pochi ammettono il paternalismo fisico, almeno in casi estremi (si pensi per tutti all'insigne filosofo del diritto Herbert Hart: v. *retro*, nota 75).

Non è un caso peraltro che Marco Cappato, e Marco Pannella prima di lui, con altri esponenti del Partito Radicale, abbiano sostenuto da anni e con forza la causa della legalizzazione e regolamentazione della prostituzione. Lo stesso Cappato era intervenuto il 18 maggio 2015 a Milano al convegno "#Addio Merlin. Tra diritto e tabù. Stato dell'arte e prospettive di cambiamento della legge sulla prostituzione", uno dei convegni organizzati in varie città d'Italia in quell'anno per presentare le due proposte di legge Spilabotte e Vargiu di riforma della legge Merlin, e il volume da me curato *Prostituzione e diritto penale*, più volte citato (v. *retro* nota 72).