



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. I

(ESTRATTO)

ANDREA BONOMI

**IL RECLUTAMENTO E IL FAVOREGGIAMENTO DELLA
PROSTITUZIONE AL BANCO DI PROVA DEI PRINCIPI
COSTITUZIONALI.
QUALCHE OSSERVAZIONE ALLA LUCE DI UNA RECENTE
ORDINANZA DI RIMESSIONE ALLA CORTE
COSTITUZIONALE**

22 MARZO 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Andrea Bonomi*

Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Alcune osservazioni critiche sull'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale con riferimento al mancato tentativo di valutare la possibilità di un'interpretazione adeguatrice.* – 3. *I profili sostanziali della supposta incostituzionalità dei reati di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione.* – 3.1. *La violazione del principio di tassatività o determinatezza delle fattispecie criminose.* – 3.2. (segue) *La violazione del principio di offensività.* – 3.3. (segue) *La violazione dell'art. 2 Cost. in riferimento al diritto di disporre liberamente della propria sessualità: la dignità è disponibile e rinunziabile?*

1. *Premessa.*

Recentemente, con ordinanza emessa il 6 febbraio 2018, la Corte di Appello di Bari ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, n. 4) prima parte e n. 8 l. n. 75/1958 in particolare nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata, intendendosi per reclutamento l'intermediazione nella fase di incontro fra domanda e offerta di libero esercizio prostitutivo, per favoreggiamento il sostegno nella fase di esercizio del libero meretricio.

La questione di legittimità è prospettata per il sospetto contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25, comma 2, 27 e 41 Cost.

La Corte di Appello muove dal principio che il diritto di disporre della sessualità nei termini contrattualistici dell'erogazione della prestazione sessuale, a fronte del pagamento di denaro o di altra compatibile utilità, è un diritto costituzionalmente garantito, come si evincerebbe dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Quest'ultima, nella [decisione n. 561 del 1987](#), ha affermato come la sessualità sia “uno degli essenziali modi di espressione della persona umana”, per cui “il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le situazioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire”.

Da questa premessa la Corte d'Appello di Bari trae la conseguenza che “sicuramente intacca l'invulnerabilità di tale diritto una previsione normativa che sanziona penalmente il compimento, ad opera di terzi, di attività materiali che tuttavia non siano in grado di incidere sulla primigenia attività autodeterminativa delle cd. *escort* nella gestione della propria corporeità in cambio di vantaggi patrimonialmente apprezzabili”¹:

In conclusione, si dovrebbe valutare “inesigibile la connotazione di penale illiceità nei riguardi di comportamenti intesi ad intermediare il contatto tra *escort* e clienti (reclutamento) ovvero ad offrirne occasione di più comodo esercizio (favoreggiamento)”².

L'ordinanza prosegue affermando che non sarebbe accettabile neppure l'ipotesi che tali comportamenti possano arrecare offesa alla moralità pubblica e al buon costume perché “invero la tutela della morale pubblica e del buon costume, nella misura in cui comporta l'inibizione penale delle condotte di reclutamento delle *escort*, va a costringere inevitabilmente l'espansione attuativa

*Ricercatore di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Cfr. i punti 12-13 dell'ordinanza di rimessione.

² Cfr. il punto 13 dell'ordinanza di rimessione.

della presupposta libertà autodeterminativa sessuale ed offende il carattere inviolabile del relativo diritto...”³.

Ancora risulterebbe violato l’art. 41 Cost.: non vi sarebbe, infatti, alcun dubbio sul fatto che le forme di supporto agevolativo dell’iniziativa economica privata al libero esercizio prostitutivo – quali quelle dell’intermediazione e dell’agevolazione –, “ove ancora disincentivate dal carattere deterrente della loro inclusione nell’ambito della penale rilevanza, non possono avere libero giuoco e consentire la fisiologica espansione di tale forma d’iniziativa economica, private della possibilità di evolversi al pari delle altre forme imprenditoriali operanti nel nostro ordinamento”⁴.

Quanto poi alla violazione degli artt. 13, 25, comma 2 e 27 Cost., la Corte di Appello di Bari esamina la questione anche dal punto di vista del principio di offensività, quale principio d’indubbia rilevanza costituzionale alla luce della [sentenza n. 364 del 1988](#) della Corte costituzionale.

A questo riguardo la Corte osserva che sia la condotta propriamente reclutativa, sia quella favoreggiatrice “non solo non arrecano alcuna lesione alla suddetta e presupposta libertà autodeterminativa, ma addirittura ne facilitano la piena attuazione, arrecando vantaggi ai soggetti che ne sono destinatari: invero se la *escort* sceglie liberamente di offrire sesso a pagamento chi le dà una mano nell’effettuazione di tale sua scelta produce un vantaggio e non un danno allo stesso bene giuridico tutelato”⁵. L’ulteriore conclusione è quella per cui “sicuramente le condotte (interferenti) prive di penale offensività debbono identificarsi in quelle che non condizionano la volontà della prostituta al libero esercizio della prostituzione, perché ove di condizionamento sia a parlarsi (nel senso della determinazione o rafforzamento dell’intendimento prostitutivo) ricorre evidentemente la figura dell’induzione alla prostituzione della cui legittimità costituzionale non vi è ragione di dubitare”⁶.

Infine, in riferimento alla lesione dell’art. 25, comma 2 Cost. e dunque del principio di determinatezza o tassatività dallo stesso enucleabile, la Corte d’Appello di Bari non incentra i propri dubbi di costituzionalità in relazione alla fattispecie di reclutamento ai fini di esercizio della prostituzione perché essa “esige soltanto una forma di attualizzazione interpretativa della nozione di reclutamento; nozione evidentemente connessa al momento storico di approvazione della normativa suddetta, finalizzata alla rimozione dello sfruttamento della prostituzione siccome esercitata nelle cosiddette case chiuse”⁷; la Corte prospetta, invece, i dubbi in ordine al favoreggiamento della prostituzione, che si attegga per definizione quale reato a forma libera intendendo punire “chiunque in qualsiasi modo favorisca la prostituzione altrui”, e in questo senso “il problema della

³ Cfr. il punto 14 dell’ordinanza di rimessione, la quale prosegue nel senso che “la libertà tutelata dall’art. 2 della Costituzione [non può] ammettere deroghe al proprio portato di esclusività ed inviolabilità autoaffermapiva in ragione del quale non è concepibile che proprio l’ordinamento che si pone a garanzia di attuazione della stessa ne crei le ragioni di inibizione alla sua compiuta realizzazione” (punto 16 dell’ordinanza di rimessione).

⁴ Cfr. il punto 17 dell’ordinanza di rimessione, la quale prosegue così: “trattasi indubbiamente di una ghezzizzazione indebita del libero esercizio di una peculiare forma di lavoro autonomo che non trova giustificazione rispetto ad altre forme di professionalità riconosciute dall’ordinamento e che sicuramente contraddice la finalità del dettato costituzionale in tema di libera iniziativa economica privata, che si assume debba essere tutelata dal rischio del danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

⁵ Cfr. il punto 20 dell’ordinanza di rimessione, la quale prosegue così: “Né in senso contrario può argomentarsi ritenendo che la condotta ausiliativa abbia un portato di offensività siccome idonea a rappresentare il primo passo verso lo sfruttamento economico ad opera di terzi del corpo della donna. È invero agevole replicare, per un verso, che lo ‘sfruttamento’ economico della prostituzione rappresenta fattispecie autonoma di reato, secondo l’articolazione della Legge Merlin, rispetto a quella di reclutamento e favoreggiamento, e, per l’altro verso, che proprio il costruire l’offensività delle norme sanzionatorie della condotta d’intermediazione agevolativa in ragione di una supposta capacità di interferire con altre fattispecie penalmente rilevanti comprova che le stesse da sole non sono dotate di intrinseca offensività” (punto 21 dell’ordinanza di rimessione).

⁶ Cfr. il punto 22 dell’ordinanza di rimessione, la quale prosegue così: “ove la condotta ausiliatrice sia causale non in quanto interferente sulla pratica attuazione di una scelta già autonomamente assunta ma in quanto incidente sul processo di formazione della volontà di autodeterminazione sessuale della *escort*, allora essa va ad integrare una modalità d’induzione alla prostituzione e, quindi, acquisisce un diverso titolo di penale rilevanza” (punto 23 dell’ordinanza di rimessione).

⁷ Cfr. il punto 24 dell’ordinanza di rimessione.

costituzionalità... si pone non tanto in relazione alla descrittività della condotta costitutiva del “favorire la prostituzione altrui” ma alla correlazione di tale generica condotta con il raddoppio d’indeterminatezza connesso all’utilizzo dell’espressione “in qualunque modo”, di guisa che la sanzione penale pare davvero non conoscere limiti al suo spazio operativo”⁸.

La Corte di Appello da ultimo definisce “fallace”⁹ il tentativo di perimetrare concettualmente il favoreggiamento della prostituzione mediante un intervento correttivo esterno che consista nell’assumere quale linea di demarcazione della fattispecie la condotta di favoreggiamento della prostituta.

Questa considerazione parte dal presupposto che sia concettualmente impossibile che una qualsiasi forma di ausilio alla prostituta, ovvero operato a causa e/o nell’esercizio della sua attività, non si riverberi positivamente sulla prostituzione stessa dalla medesima praticata.

Inoltre, “se sulla base di tale opzione interpretativa si vuol tutelare da incostituzionalità la carenza di determinatezza della fattispecie del reato di favoreggiamento... si ricade nella violazione ancor più inaccettabile del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., poiché condotte di pacifica idoneità ausiliativa vengono arbitrariamente sottratte alla scure della sanzione penale rispetto ad altre di pari efficacia strumentale al solo scopo di porre un limite alla caotica onnicomprensività della nozione di favoreggiamento della prostituzione”¹⁰.

2. Alcune osservazioni critiche sull’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale con riferimento al mancato tentativo di valutare la possibilità di un’interpretazione adeguatrice.

A dire il vero, l’ordinanza di rimessione, i cui contenuti sono stati, sia pure per sommi capi, ricordati, sembra foriera di un vizio originario che potrebbe portare ad una pronuncia di inammissibilità da parte della Corte costituzionale.

Infatti non pare in alcun modo esplicitato nell’ordinanza il percorso argomentativo in grado di condurre la Corte di Appello di Bari a ritenere che la normativa che deve applicare non sia assolutamente interpretabile in senso conforme alla Costituzione: il giudice d’appello non ha dimostrato affatto di aver profuso uno sforzo interpretativo volto ad assodare se una tale interpretazione adeguatrice fosse possibile¹¹.

Peraltro, è noto che la più recente giurisprudenza costituzionale – con particolare riferimento al nuovo indirizzo inaugurato dalla [decisione n. 221 del 2015](#) – sembra applicare un principio diverso rispetto a quello che fin dal 1996 in tema di obbligo di interpretazione conforme la Consulta aveva seguito.

Infatti il principio diventa ora quello per cui la frase della storica [sentenza n. 356 del 1996](#) “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma *perché è impossibile* offrirne interpretazioni costituzionali” viene modificata in questo senso: è sufficiente per il giudice motivare in modo

⁸ Cfr. il punto 25 dell’ordinanza di rimessione.

⁹ Cfr. i punti 25 e 26 dell’ordinanza di rimessione.

¹⁰ Cfr. il punto 26 dell’ordinanza di rimessione.

¹¹ In tal senso cfr. anche N. MADIA, *Legge Merlin e fenomeno delle Escort: un binomio al vaglio di costituzionalità*, in [Diritti Comparati](#), 22 febbraio 2018, 1 ss., secondo il quale la Corte di Appello di Bari non ha verificato «se gli argomenti utilizzati per sollevare l’eccezione di costituzionalità non potessero essere specularmente utilizzati per escludere dall’area d’incidenza del precetto, in omaggio ad una sua esegesi attualizzante, talune fattispecie concrete»; in tema cfr. già F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Studi in onore di Costantino Mortati*, 4, Milano, 1977, 461, il quale ragionava chiaramente del «dovere del giudice di adeguare, nei limiti consentiti dalla tipicità, la legislazione penale ai nuovi valori costituzionali, interpretando estensivamente o restrittivamente la norma penale quando questa non corrisponda in pieno al valore costituzionale (ad es.: individuando il momento consumativo del furto non nello spoglio ma nel passaggio della cosa nella disponibilità piena dell’agente), riplasmando gli interessi tutelati nella loro accezione più conforme alla Costituzione, valori da questa protetti...».

plausibile la scelta di non seguire una interpretazione che supera i dubbi di costituzionalità, giacché la fondatezza delle diverse interpretazioni attiene al merito della questione.

Nella suddetta [pronuncia n. 221 del 2015](#) la Corte costituzionale non ha accolto l'eccezione opposta dall'Avvocatura dello Stato: quest'ultima chiedeva alla Corte di esprimersi nel senso dell'inammissibilità per non avere il giudice rimettente adeguatamente verificato la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata.

La Consulta ha rilevato come, al contrario, il giudice avesse mostrato di aver sperimentato tale possibilità, pur giungendo alla conclusione che il testo della legge non avrebbe consentito di conseguire, dati i limiti inerenti ai poteri interpretativi del giudice, un risultato in linea con i principi costituzionali, il quale poteva essere perseguito solo attraverso la dichiarazione di incostituzionalità.

La Corte ha riconosciuto come il giudice *a quo* avesse tentato una lettura corretta, adeguata e conforme alla Costituzione e l'avesse consapevolmente esclusa: tuttavia, la stessa Corte ha concluso, al contrario di quanto accadeva precedentemente, nel senso che tale lettura era in realtà possibile, come dimostrato dalla giurisprudenza che l'aveva seguita.

In virtù del «depotenziamento»¹² dell'opera di interpretazione conforme a Costituzione determinatosi a partire dalla [decisione n. 221 del 2015](#) alla Corte di Appello di Bari sarebbe risultato sufficiente dimostrare di aver individuato, sì, una interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni in tema di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione, esponendo, però, al contempo i motivi sulla base dei quali non poteva adottare questa soluzione eseguita.

Ma nemmeno questo è ascrivibile all'ordinanza di rimessione, che, dopo aver motivato in punto di rilevanza della questione, non si è dedicata affatto alla *quaestio* dell'interpretazione conforme.

Tuttavia, al di là di quella che sarà la sorte nel caso specifico dell'ordinanza in esame e dunque anche se la Consulta dovesse rispondere con una formula meramente processuale e pertanto senza scendere nel merito della questione posta alla sua attenzione, comunque i profili di costituzionalità sollevati dalla medesima ordinanza consigliano alcune riflessioni: questo tanto più che non è per nulla escluso che in futuro altre questioni siano sollevate sulla stessa tematica sostanziale.

3. I profili sostanziali della supposta incostituzionalità dei reati di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione.

3.1. La violazione del principio di tassatività o determinatezza delle fattispecie criminose.

In riferimento alla tematica sostanziale innanzitutto devono essere distinte due ipotesi.

La prima riguarda la scelta di prostituirsi imposta dall'azione costringente di terzi.

A questo proposito occorre dire che nella legislazione penale della gran parte degli ordinamenti viene allestita una tutela intransigente nei confronti delle condotte di avviamento coattivo alla prostituzione: viene, infatti, in considerazione un'aggressione alla libertà sessuale che può assumere livelli di gravità ancora più accentuata quando si accompagna alla lesione della libertà personale, ossia ad una vera e propria forma di moderna schiavitù.

La seconda ipotesi riguarda la scelta di prostituirsi del tutto libera, sebbene in certi casi indotta dalle circostanze o da condizionamenti o da fattori predisponenti: in merito a tale libera scelta «soccorre il diritto di prostituirsi quale aspetto della più generale libertà di disporre di sé»¹³.

Focalizzando l'attenzione solo su questa seconda ipotesi, è bene ricordare che il fenomeno della prostituzione ha ricevuto nel corso del tempo varie regolamentazioni, benché i modelli classici di disciplina si riducano sostanzialmente a tre: il proibizionismo, che sanziona sia la parte venditrice, sia la parte acquirente della prestazione, sulla scorta di una condanna morale del meretricio; il regolamentarismo, che ha lo scopo di eliminare la prostituzione di strada mediante l'apertura delle

¹² L'espressione è di C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. cost.*, 2015, 2063.

¹³ F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *La giust. pen.*, 2013, 473-474.

case di tolleranza; l'abolizionismo, che persegue la decriminalizzazione della prostituzione in sé e per sé al fine di perseguire la pratica dello sfruttamento e del favoreggiamento del meretricio.

La scelta verso cui si è orientato l'ordinamento italiano con la l. n. 75/1958 è quella di un «abolizionismo ristretto»¹⁴, in virtù del quale «si vieta la prostituzione al chiuso, mentre è ammessa quella all'aperto, anche se essa comporta crescenti problemi di ordine pubblico»¹⁵.

Ma soprattutto la l. n. 75/1958 punisce tutta una serie di specifiche condotte satellitari e serventi rispetto all'attività di prostituzione, che trovano, quali fattispecie di chiusura, le ipotesi di sfruttamento e di favoreggiamento: si potrebbe così efficacemente concludere che tale legge «fa terra bruciata intorno alla persona che si prostituisce»¹⁶.

In sintesi, in nome della tutela della sua dignità, la normativa tuttora in vigore, punendo l'altrui condotta per così dire collaborativa, spinge la persona dedita alla prostituzione in una condizione di «solitudine non solo professionale, ma... esistenziale. La prostituta la si vuole libera, ma isolata, perché chiunque le sta vicino o la favorisca rischia di incorrere in responsabilità penale»¹⁷.

Tanto premesso, ci si potrebbe chiedere quale sia l'oggetto di tutela della legge in esame e, a monte del problema, se siffatta legge protegga effettivamente un determinato bene giuridico o no.

Del tema ci si occuperà più avanti.

A questo proposito ci si limita per il momento ad osservare quanto segue.

Se alcune voci dottrinali più risalenti nel tempo individuavano l'oggetto tutelato dalla legge nella «pubblica moralità» e più specificamente nella sola «moralità sessuale»¹⁸, la dottrina più recente¹⁹ e anche la stessa Corte costituzionale, che si è occupata della questione²⁰, sembrano pressoché concordi nel rinvenire l'oggetto di tutela in questione sia nella moralità pubblica e nel buon costume, sia nella libertà e dignità delle persone che si prostituiscono di fronte alle insidie di terzi.

Sebbene, infatti, lo scopo specifico del sistema così come delineato dal legislatore nel 1958 debba essere individuato nella moralizzazione della vita pubblica e nell'interesse dello Stato a preservare la moralità della società civile e il buon costume, tuttavia dal significativo titolo della legge e dal complesso delle disposizioni – le quali puniscono severamente chiunque interferisca nelle attività delle meretrici, lasciando impunte queste ultime – si dovrebbe evincere che la *ratio* della normativa sia anche quella di difendere la libertà personale e la dignità della prostituta contro lo sfruttamento e la strumentalizzazione da parte di terzi della sua attività.

Partendo da queste premesse, la domanda che a questo punto viene spontaneo porsi è la seguente: i reati di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione sono costituzionalmente legittimi?

La stessa domanda si è posta anche il giudice di Bari nella predetta ordinanza di rimessione.

¹⁴ Così L. CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità*, in U. BRECCIA - A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. ROMBOLI, Pisa, 2007, 200.

¹⁵ L. CRUCIANI, *op. e loc. cit.*

¹⁶ F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., 476.

¹⁷ F. GIUNTA, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁸ In questi termini A.A. CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, 69, secondo il quale «lo spirito della “legge Merlin” si risolve... nella volontà di tutelare più vigorosamente la pubblica moralità» e l'*intentio legis* «denota, in effetti, la volontà di riaffermare con maggior decisione alcune esigenze inquadabili, senza dubbio, nel fondamentale valore della moralità sessuale»; M. PETRONE, *Moralità pubblica e buon costume (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 68, secondo cui non può dubitarsi che, consistendo tutte le figure criminose previste in materia di prostituzione in comportamenti contrastanti con l'interesse dello Stato ad un ordinato svolgimento delle manifestazioni sessuali, debbano esse continuare ad essere inquadrate, malgrado la disciplina autonoma, fra i delitti contro il buon costume.

¹⁹ Cfr. in tal senso, *inter alios*, G. LA CUTE, *Prostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 465; G. PIOLETTI, *Prostituzione*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 282-283; L. PAVONCELLO SABATINI, *Prostituzione (disposizioni in materia di)*, in *Enc. giur. trecc.*, XXV, Roma, 1991, *ad vocem*, 8-9; F. SERRAINO, *Principio di offensività e favoreggiamento della prostituzione*, in *Foro it.*, 2005, II, 459-460.

²⁰ Cfr. [la sentenza n. 44 del 1964](#), in cui la Corte poteva osservare che “particolari ragioni di tutela della dignità umana hanno indotto il legislatore ad abolire la regolamentazione della prostituzione, la registrazione, il tesseramento e qualsiasi altra degradante qualificazione o sorveglianza sulle donne che esercitano la prostituzione...” (punto 3 del cons. in dir.).

Pare opportuno fin da subito osservare che i dubbi di costituzionalità incentrati sulla violazione sia del principio di offensività, sia di quello di tassatività o determinatezza delle fattispecie criminose potranno essere difficilmente accolti *in subiecta materia* da parte della Corte costituzionale.

Il principio di tassatività o determinatezza della norma penale viene definito in dottrina «l'ultimo e più raffinato frutto dell'evoluzione del principio di legalità»²¹ e indica l'esigenza che il *Begriffskern* della norma penale fornisca una descrizione del fatto punibile tale che sia facilmente riconoscibile la corrispondenza, o meno, di un comportamento realizzatosi concretamente alla fattispecie astratta prevista dalla disposizione incriminatrice²².

La Corte, che nella sua giurisprudenza ha potuto individuare siffatto principio nella riserva di cui all'art. 25, comma 2 Cost., ha chiarito che per assodare il rispetto dello stesso occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce: in particolare, «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato [l'art. 25, comma 2 Cost.], quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»²³.

Non a caso la Consulta è sembrata orientata ad assolvere espressioni normative indeterminate qualora fosse possibile un'interpretazione tale da ridurre il margine di incertezza della norma.

Si veda più nel dettaglio la questione.

Il Giudice delle leggi è parso indirizzato a dichiarare l'incostituzionalità di previsioni incriminatrici per violazione del principio di tassatività o determinatezza solo in seguito alla verifica

²¹ M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale – Art. 1-84*, Milano, 2004, 42.

²² Sul punto cfr. P.G. GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, Milano, 1972, 156 ss.; M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 315 ss.; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 61 ss.

²³ Cfr. concordemente, *inter alia*, [le decisioni n. 122 del 1993](#), [n. 34 del 1995](#), [n. 5 del 2004](#), [n. 327 del 2008](#), [n. 282 del 2010](#), [n. 172 del 2014](#): la citazione di cui sopra nel testo è tratta comunque dalla [sentenza n. 282 del 2010](#), nella quale la Corte può così concludere che «in questo quadro, la prescrizione di «vivere onestamente», se valutata in modo isolato, appare di per sé generica e suscettibile di assumere una molteplicità di significati, quindi non qualificabile come uno specifico obbligo penalmente sanzionato... Tuttavia, se è collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5 e se si considera che è elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, il quale può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, essa assume un contenuto più preciso, risolvendosi nel dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di «vivere onestamente» si concreta e si individualizza. Quanto alla prescrizione di «rispettare le leggi», contrariamente all'opinione espressa dal rimettente, essa non è indeterminata ma si riferisce al dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale. Né vale addurre che questo è un obbligo generale, riguardante tutta la collettività, perché il carattere generale dell'obbligo, da un lato, non ne rende generico il contenuto e, dall'altro, conferma la sottolineata esigenza di prescrivere il rispetto a persone nei cui confronti è stato formulato, con le garanzie proprie della giurisdizione, il suddetto giudizio di grave pericolosità sociale. Infine, in ordine alla prescrizione di «non dare ragione di sospetti», ancora una volta essa non va considerata in modo isolato ma nel contesto delle altre prescrizioni contemplate dall'art. 5, tra cui assume particolare rilevanza, al fine di dare concretezza al dettato normativo, il divieto posto al sorvegliato speciale di non frequentare determinati luoghi o persone». Sul punto da ultimo cfr. sinteticamente N. PIGNATELLI, *sub art. 25*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2018, 177.

dell'impossibilità di rendere determinata la norma sottoposta al suo giudizio o mediante vere e proprie decisioni manipolative o attraverso un intervento interpretativo: in quest'ultimo caso ha voluto precisare che la norma impugnata è determinata “nei sensi e nei limiti di cui in motivazione”, pronunciando così una decisione interpretativa di rigetto.

Tutto questo è valido anche senza considerare che in alcune decisioni, sebbene non in tutte²⁴, la medesima Corte ha sostenuto il principio secondo cui il requisito di determinatezza della fattispecie criminosa non deve essere ritenuto leso se sulla disposizione legislativa, pur se genericamente formulata, si forma un orientamento interpretativo consolidato di origine giurisprudenziale: infatti “la costante enunciazione di coerenti statuizioni da parte della... Corte di Cassazione fuga ogni preoccupazione di incertezza circa le conseguenze penali della violazione della norma impugnata”²⁵.

Partendo da queste basi, risulta pertanto arduo o quanto meno non scontato che la Corte dichiari l'incostituzionalità della previsione secondo cui è punito “chiunque in qualsiasi modo favorisca la prostituzione altrui”.

Al di là della formazione di un diritto vivente di origine giurisprudenziale sulla previsione incriminatrice in esame, non pare così facile dimostrare che la formulazione linguistica della fattispecie in questione sia tale da impedire all'operatore e *in primis* al giudice – per usare le già citate parole della Corte – “di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente... di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo”.

Del resto, esiste un precedente, sebbene lontano nel tempo, che depone a sfavore dell'accoglimento della questione di costituzionalità della norma che incrimina il favoreggiamento per violazione del principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici.

Il riferimento è alla [decisione n. 44 del 1964](#).

In tale occasione la Corte era stata posta di fronte alla *quaestio* di legittimità costituzionale della norma che incrimina chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui: essa infatti non sarebbe stata formulata con determinazione sufficientemente precisa e si sarebbe ridotta al nome o titolo del reato senza specificazione del contenuto; di conseguenza, sarebbe stato violato il principio costituzionale della espressa riserva di legge in materia penale.

Ebbene la Consulta osservò, nel rigettare la questione che era stata posta alla sua attenzione, che “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... 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... 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... 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...”.

(segue) 3.2. *La violazione del principio di offensività.*

²⁴ Nella [sentenza n. 327 del 2008](#) la Corte afferma infatti che l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non vale di per se stessa “a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”.

²⁵ Così [la sentenza n. 122 del 1993](#). Criticamente su questo orientamento della Corte cfr. M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza*, cit., 370; A. ODDI, *Ordinamento militare, libertà costituzionali e determinatezza dei reati*, in *Giur. cost.*, 2001, 779.

Ad analoghe riflessioni e conclusioni si potrebbe giungere in riferimento al principio di offensività, che pure l'ordinanza di remissione ha ritenuto violato: infatti tanto la condotta reclutativa quanto quella favoreggiatrice non arrecherebbero alcuna lesione alla libertà autodeterminativa della prostituta ma anzi ne faciliterebbero la piena attuazione.

A questo proposito ci si potrebbe limitare a constatare che sono modestissimi gli interventi della Corte costituzionale che abbiano dichiarato l'illegittimità di una qualche norma per violazione del principio dell'offensività²⁶, che, come ben noto, non è espresso nella Costituzione italiana ma è ricondotto *in primis* all'art. 25 cpv. Cost.²⁷.

In ogni caso, anche nelle rare ipotesi in cui ciò è avvenuto quasi mai tale principio è stato utilizzato da solo, ma ad esso i giudici costituzionali hanno fatto ricorso perlopiù in aggiunta o sul tronco di un principio più consolidato, come nel caso dei principi di ragionevolezza o di legalità, oppure in relazione alla funzione rieducativa della pena e ai connotati del diritto penale del fatto²⁸.

Questa constatazione non osta comunque a che la Corte possa decidere di sanzionare una previsione incriminatrice in quanto contrastante col principio di offensività: di conseguenza, è necessario verificare se esso possa dirsi effettivamente violato dalle norme che incriminano il reclutamento e il favoreggiamento.

²⁶ Si ricorda la sentenza sull'ubriachezza aggravata e cioè la [sentenza n. 354 del 2002](#) sull'art. 688 cpv. cod. pen. (ubriachezza in luogo pubblico aggravata dalla presenza di precedenti suppostamente "indizianti", ma in realtà non connessi al fatto dell'art. 688 e dunque espressione di una valutazione sul tipo d'autore), la quale motiva l'annullamento a causa dell'"aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte..."; si ricorda altresì la sentenza sull'aggravante della presenza nel territorio dello Stato dell'extracomunitario irregolare e cioè la [sentenza n. 249 del 2010](#) sull'art. 61-bis cod. pen., norma contrastante con l'art. 25 cpv. Cost. non per l'inoffensività in senso stretto, ma per violazione del principio del diritto penale del fatto – che vieta la punibilità per ragioni relative alla mera presunta pericolosità dell'autore – che però è un presupposto dell'offensività.

²⁷ Oltre che nell'art. 25, cpv. – e forse pure nell'art. 49, comma 2 cod. pen. che esclude la punibilità del reato c.d. impossibile (cfr. sul punto F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, cit., 451) –, il principio di offensività trova anche implicito riconoscimento negli artt. 3, 13 e 27, commi 1 e 3 Cost. e dunque nel principio di eguaglianza, nel vincolo e nel rango del bene giuridico più importante e tipico colpito dal diritto penale costituito dalla libertà personale e nel complesso delle garanzie che compongono lo statuto dell'intervento penale, a cominciare dalla distinzione fra pene e misure di sicurezza e dall'esigenza che il fatto punibile esprima un disvalore tale da giustificare un'esigenza non solo di personalizzazione della responsabilità (che un fatto di inosservanza formale neanche comporterebbe), ma anche di rieducazione-risocializzazione: partendo da queste basi, il principio di offensività opera come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore, così come ha stabilito la Corte costituzionale – che pure nella [sentenza n. 62 del 1986](#) aveva osservato che "può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio di offensività" – nella [sentenza n. 360 del 1995](#), che per la prima volta ha affermato in motivazione l'esistenza di un sindacato sull'offensività astratta in generale (cfr. in tal senso C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 91), con concetto ribadito anche in seguito (cfr., ad es., Corte cost., [sentenza n. 263 del 2000](#)).

²⁸ Sul punto cfr., per tutti, le osservazioni perspicue di V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) 10 ottobre 2011, 3, secondo il quale il principio d'offensività «generato con pretese molto ambiziose... si è dimostrato incapace di un controllo qualitativo sui "beni giuridici", e foriero di prestazioni ancora deboli anche per quanto concerne il controllo sulle "tecniche di tutela", oggetto di possibile sindacato solo nei margini del più generale (e duttile) principio di ragionevolezza», osservando infine che – come dimostra la sent. n. 250 del 2010 sul reato c.d. di clandestinità – «il giudizio di meritevolezza circa beni/interessi/valori suscettibili di protezione penale appare un territorio dove la Corte costituzionale dimostra tutta la propria cautela: il merito dell'incriminazione penale come anche le scelte in termini di sussidiarietà – la *Strafwürdigkeit* come la *Strafbedürfnis* – da questa angolatura, appaiono dominio esclusivo della politica, e la Corte dimostra una indubbia deferenza al riguardo»; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) 20 settembre 2013, partic. 37, il quale si augura che «la pochezza delle pronunce... sia il segno della fase ancora nascente, o di sviluppo, di questo principio, che già... è stato capace di orientare un enorme contributo ermeneutico e di approdi istituzionali e persino legislativi»; A. MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività. Un'analisi integrata dei principi*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) 12 ottobre 2016, 21-22.

A questo proposito è stato sostenuto che, poiché l'attività di prostituzione non costituisce un illecito né penale né amministrativo nel nostro ordinamento, «non si vede come una condotta volta a favorire una attività non illecita possa essere ritenuta *lesiva di un qualche bene giuridico*»²⁹.

In questo senso si è aggiunto che non potrebbe reggere, a ben guardare, il parallelismo, pure apparentemente possibile, fra favoreggiamento della prostituzione e spaccio di sostanze stupefacenti.

Infatti, dal momento che anche l'assuntore di sostanze stupefacenti, nel momento in cui acquista dette sostanze, lo fa per conseguire un vantaggio, secondo una sua prospettiva soggettiva, allora lo spacciatore sembrerebbe arrecare al compratore un vantaggio piuttosto che un danno, con un'evidente assimilazione all'ipotesi del favoreggiamento della prostituzione³⁰.

In realtà, si fa osservare che la detenzione di sostanze stupefacenti, anche se in modica quantità, costituisce comunque un illecito amministrativo e quindi una condotta giuridicamente, anche se non penalmente, vietata, per cui la condotta dello spacciatore che vende droga ad un soggetto pare plausibilmente riconducibile al principio di offensività: il consenso dell'acquirente di droga, pur trattandosi di soggetto non ancora caduto nella tossicodipendenza e dunque capace di scelte libere, «*non sarebbe comunque giuridicamente efficace*, dal momento che coll'acconsentire un tale soggetto realizzerebbe *ipso facto* quantomeno un illecito amministrativo»³¹.

Invece col favoreggiamento alla prostituzione – così come col reclutamento della stessa, si potrebbe aggiungere – si agevola un'attività del tutto lecita e dunque non si può ritenere inefficace il consenso a tale condotta da parte della prostituta: questo a meno di non voler ritenere che osti a tale consenso l'art. 5 cod. civ. nella misura in cui vieta atti di disposizione del proprio corpo in violazione, *inter alia*, del buon costume.

Tuttavia, secondo questa tesi dottrinale, tale disposizione codicistica dovrebbe ritenersi «del tutto superata, e... in odore di incostituzionalità» o, meglio, potrebbe essere ritenuta costituzionalmente legittima «solo a patto di reinterpretarla in sintonia con i principi di una concezione liberale e non autoritaria (né moralistica) del diritto...»³².

Si conclude in ultimo osservando che risultano insufficienti i tentativi, pur lodevoli, di temperare la frizione della norma che incrimina il favoreggiamento della prostituzione con il principio costituzionale di offensività attraverso una reinterpretazione costituzionalmente orientata della norma stessa, mediante la quale, appunto, ricondurla nell'alveo di parametri accettabili sotto il profilo costituzionale.

A titolo esemplificativo, si porta la distinzione, operata in giurisprudenza, fra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta, e si pensa che solo il primo costituirebbe reato.

In virtù di tale distinzione, è stato assolto, ad esempio, il cameriere che, svolgendo attività quali acquistare bevande per la prostituta e consegnarle la biancheria, è stato ritenuto in condizione di agevolare la prostituta come persona ma non la sua attività di meretricio; all'opposto è stato ritenuto colpevole di favoreggiamento un soggetto che si era limitato ad intrattenere i clienti della prostituta chiacchierando e preparando loro del caffè, poiché è stato escluso in tale fattispecie che si trattasse di mere cortesie separate dall'attività di prostituzione.

Si rileva come queste aperture giurisprudenziali nella loro ambiguità non risolvano affatto il problema dell'incostituzionalità del favoreggiamento in esame.

Infatti, anche chi favorisce la prostituta con dei comportamenti analoghi a quelli del cameriere nel caso sopra citato ne favorirebbe pure l'attività di prostituzione; così come non avrebbe senso punire

²⁹ Così A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *L'Ind. pen.*, 2013/2, 242.

³⁰ Per tale accostamento cfr. ancora A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 243, il quale osserva altresì che «un altro punto in comune tra le due ipotesi è che in entrambi i casi si verte nell'ambito del "vizio": sia la prostituzione che il drogarsi sono attività di tipo "vizioso". Conseguentemente, in entrambi i casi si potrebbe ravvisare una sorta di immoralità della condotta, in un caso da parte della prostituta, e nell'altro caso da parte del drogato».

³¹ A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 244.

³² Entrambe le ultime citazioni sono tratte da A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 241 e 244 nota 16.

per un grave reato il soggetto di cui al secondo caso portato come esempio per una condotta in fin dei conti analoga per non dire quasi identica a quella del primo soggetto.

Di conseguenza, è stato osservato che «il favoreggiamento come tale non dovrebbe mai essere punibile, perché per definizione attuato nei confronti di soggetti che liberamente acconsentono ad esso»³³.

A dire il vero, non sembra che la tesi esposta debba andare totalmente esente da critiche.

È certamente sostenibile che, per i motivi in precedenza delineati, occorre distinguere l'attività di spaccio di sostanze stupefacenti da quella di favoreggiamento della prostituzione e che l'esercizio della stessa prostituzione è un'attività lecita, sebbene non sia punita sotto il profilo né amministrativo né tanto meno penale.

Tuttavia, a parte il fatto che la liceità dell'esercizio dell'attività di prostituzione non è da tutti accettata e condivisa in dottrina³⁴, il principio di offensività non sembra comunque violato dalle fattispecie incriminatrici di cui si discorre: esse perseguono lo scopo di impedire che le persone dedite alla prostituzione vengano strumentalizzate, reclutate e comunque indotte alla loro attività valutata come umiliante.

Le norme penali in questione tutelano il bene della dignità di questi soggetti³⁵.

Certo si può anche convenire sul fatto che l'attività di meretricio sia una pratica giuridicamente lecita; ci si deve chiedere però se questa liceità sia davvero espressione del diritto di disporre liberamente della propria sessualità, di quel diritto che la stessa Corte costituzionale nella famosa [sentenza n. 561 del 1987](#) ha riconosciuto essere “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”³⁶.

(segue) 3.3. *La violazione dell'art. 2 Cost. in riferimento al diritto di disporre liberamente della propria sessualità: la dignità è disponibile e rinunziabile?*

Si apre così una questione interpretativa di non facile soluzione: la condotta con cui un soggetto si prostituisce è espressione del diritto, riconosciuto dall'art. 2 Cost. come principio fondamentale, di disporre liberamente della propria sessualità?

Non pare in effetti che possa sostenersi una risposta negativa sulla base del “limite” del buon costume.

³³ A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 245.

³⁴ A giudizio di L. PAVONCELLO SABATINI, *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, cit., 2, proprio sulla base del rilievo che è stato sostanzialmente criminalizzato tutto ciò che attiene all'esercizio della prostituzione viene in considerazione una disciplina penale diretta a contrastare quella che resta un'attività illecita, sebbene gli autori non vengano perseguiti.

³⁵ In senso contrario, oltre che ovviamente Cadoppi nello scritto più volte citato nelle precedenti note, cfr. anche A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in [Archivio Penale](#), 2013, n. 3, 10-11, il quale osserva quanto segue: «il favoreggiamento della prostituzione, non ledendo l'autodeterminazione della vittima e non ledendo alcun ulteriore bene giuridico (nell'accezione penalistica), contrasta con il principio di laicità perché non danneggia altre persone, ecco perché il favoreggiamento costituisce un'ipotesi classica di “paternalismo penale”. Un atteggiamento paternalistico quello che si riscontra nella giurisprudenza... Davvero il favoreggiamento del mestiere di “escort” lede la libertà di autodeterminazione delle donne? E, soprattutto, la “dignità” teoricamente lesa da tale attività costituisce un quid in grado di legittimare la sanzione penale? Qualche riserva critica sia consentita, almeno per il penalista laico, dal momento che la dignità è un concetto ad ampio spettro, in grado di essere plasmato a piacimento dal legislatore e dall'interprete ed incapace di fornire qualsivoglia direttrice selettiva del penalmente rilevante. Una diversa prospettiva, capace di legittimare la tutela penale, potrebbe solo essere quella offerta da una lettura restrittiva della dignità, declinata in chiave soggettiva come capacità di autodeterminazione, così da scongiurare tendenze paternalistiche».

³⁶ Come ben ricorda da ultima D. TEGA, *sub art. 2*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, cit., 25, a partire proprio dalla dec. n. 561 del 1987 la Consulta ha man mano riconosciuto una tutela costituzionale a numerosi “nuovi diritti”; sul punto cfr. già R. ROMBOLI, *La “relatività” dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, n. 4, 570-71.

In altri termini, poiché si tratta di un principio generale dell'ordinamento giuridico o addirittura di un "valore" di rilevanza costituzionale, l'unico limite cui va incontro l'attività di prostituzione consapevole appare rappresentato dal «concetto-polmone»³⁷ del buon costume codificato nell'art. 5 cod. civ. in tema di atti di disposizione del proprio corpo: il buon costume peraltro va inteso nella sua limitatissima accezione di ossequio al pudore sessuale³⁸.

In riferimento al buon costume così come contemplato nel suddetto art. 5, si può considerarlo un «valore residuale»³⁹: esso, infatti, viene preso in considerazione solo nel caso in cui si possa escludere che l'atto dispositivo del proprio corpo abbia comportato una diminuzione permanente dell'integrità fisica ed allora in tal caso l'atto dispositivo sarà illecito se contrasta con il buon costume⁴⁰.

Tuttavia, sembra che si possa dire che tale "limite" del buon costume prescinde da una valutazione etica del fatto sessuale, il quale pertanto non potrebbe essere punito in quanto deviante o innaturale: il "limite" in questione opera soltanto in considerazione del rapporto relazionale fra lo stesso fatto e i soggetti che vi rimangono estranei e cioè quando vi sia pubblicità dell'atto sessuale, caso nel quale si ricadrebbe nel "concetto" di oscenità di cui all'art. 529 cod. pen.⁴¹.

In questo senso è stato bene osservato che risulta giustificata la punizione dell'adescamento offensivo o l'eventuale divieto di esercizio della prostituzione in luogo pubblico o aperto al pubblico⁴².

Una volta sgombrato il campo dall'ostacolo, rappresentato dal buon costume, a ritenere sussistente la libertà di autodeterminarsi liberamente in merito alla propria sessualità, non ogni problema pare però *ex se* superato.

La questione infatti si complica in qualche modo non foss'altro perché l'attività di prostituzione, rispetto ad una qualsiasi attività sessuale, è caratterizzata per essere un'attività sessuale a pagamento.

A questo proposito è stato rilevato che, più che un'attività lecita, quella inerente l'esercizio del meretricio è un'attività giuridicamente tollerata e che questa tolleranza non è affatto imposta dalla necessità di garantire una libertà meritevole di tutela: infatti «chi vende sesso si degrada»⁴³, con la conseguenza che «nessun principio costituzionale impedirebbe... di abbandonare la politica della tolleranza e di sposare quella della sanzione»⁴⁴.

³⁷ Così R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo - Art. 5*, Bologna-Roma, 1990, 232, il quale osserva che in ogni caso «è fuori dubbio che l'elemento più caratterizzante della nozione di buon costume consiste nella sua predisposizione a funzionare come "concetto-polmone" che consente all'ordinamento di avere innovazioni sostanziali senza necessità di procedere a modifiche formali, infatti, data la labilità e la genericità del concetto in esame, esso è suscettibile inevitabilmente di mutare, non soltanto da un particolare momento storico ad un altro, ma anche da persona a persona, con la conseguente possibilità che la sua concreta applicazione determini più o meno evidenti discriminazioni».

³⁸ È ben noto che con riguardo al "concetto" di buon costume si è riproposta la nota contrapposizione, sorta e sviluppatasi in ordine a tale concetto quale limite alla libertà di manifestazione del pensiero stabilito dall'art. 21 Cost., fra la tesi c.d. penalistica, secondo cui occorre far riferimento alla sola sfera sessuale ed al pudore sessuale, e quella c.d. costituzionalistica, in base alla quale il "concetto" dovrebbe avere un'estensione più ampia rapportabile grosso modo ai *boni mores* latini ed alla comune coscienza morale di un certo tempo. Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1982, 119; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 63.

³⁹ Così sempre R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., 233.

⁴⁰ Nell'ipotesi, invece, di lesioni che abbiano comportato una diminuzione permanente dell'integrità fisica, l'atto dispositivo sarà, per ciò solo, illecito, restando del tutto irrilevante il suo rapporto con il "concetto" di buon costume. Cfr. R. ROMBOLI, *op. e loc. ult. cit.*

⁴¹ In questi termini cfr. anche L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Foro it.*, 1989, I, 2115, nonché la Corte cost. nella [sentenza n. 368 del 1992](#), in cui la Corte stessa afferma, *inter alia*, che «la <pubblicità> – intesa come reale o potenziale percezione da parte della collettività, o comunque di terzi non consenzienti, del messaggio trasmesso per mezzo di scritti, disegni, immagini o rappresentazioni – si configura come un requisito essenziale della nozione del «buon costume»» (punto 3 del cons. in dir.).

⁴² In tal senso cfr. G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in U. BRECCIA - A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 227.

⁴³ Così M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2002, 401.

⁴⁴ M. LUCIANI, *op. e loc. cit.*, il quale conclude che «è importante ribadire che, qui, non c'è alcuna libertà meritevole di tutela e che sui piatti della bilancia stanno soltanto gli interessi della collettività (la salute e la morale) e la dignità di esseri umani che sono usati come oggetti. È di questo che, nel bilanciamento, si deve tener conto, modulando gli interventi

Si potrebbe così concludere nel senso che in un ordinamento democratico e pluralista la libertà di disporre senza condizionamenti della propria sessualità non pare potersi spingere fino al punto di incidere sulla dignità della persona umana, la pietra su cui l'ordinamento stesso è inciso.

Da ciò il passo sarebbe breve nell'arrivare all'affermazione che la repressione penale del favoreggiamento e del reclutamento non limita affatto una libertà costituzionalmente garantita e dunque non comporta per nulla una lesione dell'art. 2 Cost. visto come contenitore di un catalogo aperto dei diritti di libertà.

A queste conclusioni potrebbe opporsi – ed in effetti è stato obiettato⁴⁵ – l'argomento secondo cui il “concetto” di dignità può essere inteso in due significati.

In un primo significato sarebbe individuabile una dignità oggettiva.

Essa costituirebbe un qualcosa di esterno alla volontà del soggetto da proteggere e derivante da parametri di tipo sociale o morale di riferimento ricavabili dall'opinione collettiva o comunque dalle norme di cultura di una certa società.

Infatti, la donna maggiorenne che liberamente decide di prostituirsi in base al “concetto” oggettivo di dignità manca di dignità perché la sua scelta di autodeterminarsi sessualmente nel senso del meretricio non è conforme alle norme sociali o morali diffuse nella società, ma è moralmente o socialmente deviante; *a fortiori* allo stesso modo dovrebbero essere giudicati i responsabili di una condotta di favoreggiamento o di reclutamento della prostituzione.

In un secondo significato, invece, sarebbe enucleabile una dignità soggettiva.

Essa conseguirebbe alle libere scelte di un soggetto capace di autodeterminarsi: di conseguenza, ciascuno avrebbe una propria dignità e un proprio tipo di dignità, e, soprattutto, ogni dignità sarebbe diversa da soggetto a soggetto; ciò che è ripugnante moralmente per qualcuno potrebbe essere bensì dignitoso per qualcun altro e questo dovrebbe valere anche in materia di libertà sessuale.

Se ne trae la conclusione che, se il diritto penale può tutelare la dignità sotto un profilo non oggettivo ma solo soggettivo, allora non si può punire una condotta – qual è quella di favoreggiamento o di reclutamento della prostituzione – solo perché essa è poco dignitosa per un'ampia maggioranza della popolazione.

Si potrebbero invece e, anzi, si dovrebbero sottoporre a pena quei comportamenti lesivi della dignità soggettiva, come quelli che costringono un soggetto ad agire diversamente rispetto a quanto lo stesso considera dignitoso e dunque, a titolo ancora esemplificativo, a prostituirsi contro la propria volontà.

A dire la verità, questa distinzione in seno al “concetto” di dignità non lascia completamente persuasi per un motivo assorbente.

Infatti, ai fini della individuazione della nozione di dignità oggettiva, fare riferimento all'opinione collettiva o alle norme di cultura o morali di una certa società pare operazione inevitabilmente vaga e difficilmente ancorabile a parametri certi e obiettivi; così come, allo stesso modo, ritenere che la dignità sia un “concetto” diverso da soggetto a soggetto porta a relativizzare eccessivamente il “concetto” stesso.

Più proficuo pare invece impostare il problema sotto un altro profilo.

Risulta decisivo verificare se possa essere configurata un'indisponibilità ed irrinunciabilità della dignità di un individuo con vincoli assoluti nei confronti del titolare stesso.

La dignità umana è un bene costituzionalmente tutelato e su questo nessuno pone dei dubbi.

È un bene che gode di una particolare posizione di primazia fra i beni protetti dalla Costituzione: così è considerato anche dalla giurisprudenza costituzionale e da buona parte degli studiosi.

Il punto è stabilire se la tutela della dignità si imponga, o meno, anche nei riguardi del medesimo titolare del bene e se, di conseguenza, possano o debbano essere vietati e puniti comportamenti di un individuo in nome della sua dignità.

repressivi in base al solo scopo di perseguire la tutela di questi valori. Lo spazio per le scelte legislative insomma, è aperto, ma bisogna aver ben chiaro in mente quale sia il bilanciamento che deve guidarle e legittimarle» (cfr. M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, cit., 401-402).

⁴⁵ Cfr. A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 232-233.

Sul punto i commentatori si dividono e manifestano piuttosto opinioni opposte.

Si parta dall'ipotesi di ritenere che – come vuole una parte della dottrina costituzionalistica⁴⁶ – la dignità dell'individuo capace non può mai essere protetta coercitivamente contro il medesimo: ciò sarebbe, infatti, in contraddizione insanabile con il principio della sua autodeterminazione e la dignità in siffatta ipotesi si convertirebbe in un disvalore costituzionale, cioè «in un retaggio di una concezione paternalistica incompatibile con le “basi filosofiche” del costituzionalismo»⁴⁷.

Se si ritiene, dunque, che sussista «il diritto a vivere una vita poco dignitosa, se ciò sia il frutto di una scelta volontaria, senza costrizioni»⁴⁸, allora è evidente che non si può sostenere che la prostituzione sia un'attività semplicemente tollerata da un punto di vista giuridico, ma se ne deve affermare il collegamento con una libertà garantita *ex art. 2 Cost.*, quella di esprimere la propria sessualità.

L'ulteriore conseguenza è che la repressione penale dell'attività di favoreggiamento o di reclutamento della prostituzione non può ritenersi costituzionalmente legittima sulla base del presupposto che essa tutelerebbe il bene della dignità della prostituta.

Infatti la prostituta ha deciso di disporre della propria dignità e più in particolare di rinunciarvi o comunque di rinunciare a una “porzione” o “quota” di essa: secondo la tesi esposta questa decisione è legittima.

L'intervento penale, in altri termini, si giustificerebbe semmai soltanto in un'ottica “paternalistica”.

Il principio cosiddetto paternalistico, infatti, ritiene che sia una ragione sufficiente, per intervenire con il diritto penale, l'esigenza di evitare che il soggetto consenta una condotta di terzi ritenuta dannosa nei suoi confronti: il soggetto può essere rappresentato dalla prostituta e i terzi dal reclutatore o dal favoreggiatore.

Tuttavia, tale principio non può trovare accoglimento in un ordinamento, come il nostro, in cui – come si ricava anche dalla giurisprudenza del Giudice delle leggi – lo strumento penale costituisce l'*extrema ratio*: esso ha, infatti, il solo scopo di garantire le condizioni minime del vivere democratico in attuazione del generale principio del *favor libertatis*, in base al quale «il *di più* di libertà soppressa costituisce un *abuso*»⁴⁹.

A conclusioni diverse si perviene, invece, qualora si ritenga – con altra parte della dottrina costituzionalistica e non solo⁵⁰ – che il rispetto della dignità umana implica la tutela dell'elementare ma indisponibile diritto di chiunque di essere trattato come uomo, da uomini suoi pari; ciò indipendentemente dal rapporto sociale nel quale lo stesso si venga a trovare⁵¹.

A questa conclusione si perviene quindi qualora si ritenga che la dignità sia una dote «indisponibile»⁵² o un «valore oggettivo e inderogabile, sottratto alla libera disponibilità dell'individuo che ne è portatore»⁵³.

⁴⁶ Cfr. G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2008, 379 ss.

⁴⁷ G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, cit., 381, il quale suggerisce di riflettere sulle «conseguenze assurde cui si perverrebbe se la dignità potesse legittimare restrizioni di libertà nei confronti del suo titolare: si potrebbe, ad esempio, ammettere l'imposizione di una separazione legale a un coniuge, oggetto di soprusi e di menomazione alla sua dignità da parte dell'altro, dal quale pure non desiderasse separarsi» (380).

⁴⁸ G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, cit., 380.

⁴⁹ G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, cit., 226, secondo cui «ne risulta confermata l'inammissibilità, nello Stato pluralista, di un uso della sanzione penale strumentale alla realizzazione di fini etici o trascendenti...» (226-27); sul “concetto” di paternalismo cfr., fra i molti contributi perlopiù critici su di esso, quello di S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 105 ss., alla quale si rinvia per un esame di tutta una serie di casi di paternalismo di norme, quali quello dell'obbligo di indossare il casco o le cinture di sicurezza (cfr. *op. cit.*, 112 ss.) o quello del consumo di sostanze stupefacenti (cfr. *op. cit.*, 118 ss.).

⁵⁰ Cfr. perlomeno i riferimenti compiuti nelle tre note successive.

⁵¹ Sul punto cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 113 ss.

⁵² M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 18.

⁵³ G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 840, il quale conclude che con riferimento a tale valore oggettivo e inderogabile il soggetto «a)... non può validamente dismetterlo; b) la sua determinazione non è rimessa alla persona interessata, ma ad un terzo, ossia,

L'adozione di questa soluzione interpretativa renderebbe possibile considerare la repressione penale del favoreggiamento e del reclutamento non illegittima sotto il profilo della compatibilità costituzionale: tale condotta, infatti, andrebbe ad incidere su di un bene non disponibile dalla prostituta ma che l'ordinamento, per così dire, deve proteggere "a prescindere".

In questo senso non si potrebbe sostenere neppure la violazione dell'art. 41 Cost., pure prospettata dall'ordinanza di rimessione, almeno se la dignità è ritenuta indisponibile e irrinunciabile e posto che tale disposizione costituzionale afferma che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto, *inter alia*, con la dignità umana.

Infatti, nel nostro ordinamento «la libertà del singolo di perseguire il proprio fine di profitto è tutelata a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti»⁵⁴, con particolare riferimento *in primis* proprio al valore della dignità umana.

L'adesione a quest'ultima tesi interpretativa lascerebbe irrisolto solo il seguente problema: perché l'attività di favoreggiamento, pur legittimamente punita, deve essere però sanzionata penalmente con la medesima pena edittale prevista per fatti che appaiono caratterizzati da un tasso di offensività assai diverso, come lo sfruttamento e l'induzione alla prostituzione?

Non sussiste forse nella fattispecie una lampante violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.?

Alla domanda parte della dottrina ha risposto in senso affermativo⁵⁵, mentre la Corte costituzionale ha già risposto in passato in modo negativo.

La Corte, infatti, con la [sentenza n. 119 del 1973](#) ha chiarito che, da un lato, non sussiste alcuna violazione del principio di uguaglianza, come conseguenza di una irragionevole disciplina adottata dal legislatore: allo stesso compete la valutazione della congruità fra reato e pena e su di essa nessun sindacato si rende possibile in sede di giudizio di costituzionalità, sempre che non ricorra il caso che la sperequazione assuma dimensioni tali da non essere sorretta da benché minima giustificazione.

Nella specie la Consulta ha osservato che "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"⁵⁶.

Dall'altro lato, la stessa Corte ha rilevato che non "giova affermare, che l'induzione, il reclutamento, la gestione o direzione di una casa di prostituzione nella loro obbiettività e nelle loro modalità esecutive appaiono più gravi dei fatti di favoreggiamento. Infatti, come bene osserva l'Avvocatura generale dello Stato, non si può escludere che, in concreto, certe ipotesi criminose risultino più gravi (e quindi meritevoli di maggiore pena) di altre che, in astratto, sono soltanto apparentemente di maggiore gravità; onde è da ritenere che il legislatore ha preferito lasciare al giudice un largo potere di valutazione della concreta varietà del fatto, prendendo in considerazione tutti gli elementi indicati dall'art. 133 del codice penale fra cui la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo ed il luogo ed ogni altra modalità dell'azione"⁵⁷.

In ogni caso, per ritornare alla tesi interpretativa appena esaminata, che conduce a ritenere costituzionalmente non illegittimo il favoreggiamento e il reclutamento alla prostituzione, pare di un

in ultima istanza al giudice». In senso analogo cfr. G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare in Italia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 2296. Il profilo della rinunciabilità dei diritti fondamentali e pertanto anche della dignità è particolarmente studiato dalla dottrina tedesca: cfr., per tutti, le perspicue osservazioni di C. HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München, 1992, spec. 134 ss., che analizza la *quaestio* attraverso lo schema concettuale della "protezione contro se stesso".

⁵⁴ Così A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Introduzione alla Costituzione*, Roma-Bari, 1987, 91. Sull'art. 41 Cost. cfr., da ultima, L. CASSETTI, *sub art. 41*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana*, cit., 268.

⁵⁵ Cfr. G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, cit., 227, il quale osserva che «inopportuna appare, poi, la sottoposizione di tali condotte (art. 3, l. 75/1958) alla medesima pena edittale prevista per fatti caratterizzati da un tasso di offensività assai diverso (ad es., lo sfruttamento in senso stretto o l'attività svolta nell'ambito di organizzazioni nazionali ed estere dedite al reclutamento)».

⁵⁶ Punto 3 del cons. in dir.

⁵⁷ Punto 3 del cons. in dir.

certo interesse abbozzare un pur prudente accostamento fra l'attività di favoreggiamento e di reclutamento in questione e la pratica dello spettacolo del "lancio dei nani" che ha luogo nelle discoteche francesi: questa pratica consiste nella possibilità riservata agli spettatori di utilizzare come proiettili le persone affette da nanismo, lanciandole il più lontano possibile.

Il Consiglio di Stato francese ha riscontrato una lesione della dignità della persona umana nell'utilizzo come proiettile di una persona affetta da handicap fisico: la dignità stessa è stata valutata quale principio assoluto che non tollera discriminazioni neanche ad opera del suo titolare e che, in quanto tale, è sovraordinato rispetto alla garanzia di altre libertà fondamentali, quali quelle di lavoro e di iniziativa economica⁵⁸.

Si badi bene che questa decisione è stata presa sebbene fossero state predisposte misure di sicurezza finalizzate ad escludere pericoli per l'incolumità fisica del soggetto e benché il nano avesse liberamente scelto di prestarsi allo spettacolo suddetto⁵⁹: proprio questo è il punto che più interessa ora evidenziare.

Se si assume la tesi da ultimo ricordata in relazione alla dignità, potrebbe ritenersi legittima la repressione penale dei soggetti che lanciano il nano, pur senza incriminare in alcun modo anche la condotta di quest'ultimo, fondando tale legittimità sulla protezione dell'indisponibile bene della dignità del nano stesso: il parallelismo con l'attività di favoreggiamento e di reclutamento della prostituzione sarebbe tutto meno che affrettato.

Per concludere, occorre prendere posizione sulla questione se la dignità – nella fattispecie quella del soggetto che decide volontariamente di prostituirsi – sia, o meno, un bene disponibile e dunque rinunciabile⁶⁰.

Solo in seguito si può rispondere a ragion veduta all'interrogativo se la prostituzione sia un'attività semplicemente tollerata da un punto di vista giuridico o se essa, invece, sia ricollegabile ad una libertà garantita *ex art. 2 Cost.*, ovvero al diritto di esprimere la propria sessualità: questa ipotesi considererebbe costituzionalmente illegittima la punizione del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione in quanto essi si limiterebbero a favorire una libertà garantita dalla Costituzione.

Agli studiosi e agli operatori, ma *in primis* alla Corte costituzionale, l'ardua sentenza.

⁵⁸ Per una panoramica delle decisioni del Consiglio di Stato *de quibus*, il cui orientamento è volto ad evitare il rischio di erigere il soggetto a potenziale tiranno di se stesso, cfr. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 839-840 nota 94.

⁵⁹ Sul punto cfr. F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012, 112; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 18 nota 27, mentre G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 842, arriva a sostenere che il comportamento del nano che acconsente ad essere trattato pubblicamente come un oggetto contribuirebbe a legittimare un ben preciso *Menschenbild*, che in quanto tale finisce per riflettersi negativamente anche sulla posizione degli altri nani non consenzienti, e conclude così nel senso che l'orientamento del Consiglio di Stato francese non consacra «affatto la dignità quale *droit de l'homme*, bensì quale *droit de l'humanité*. Il che implica, più precisamente, che in tal modo... ciascun soggetto è reso non già "creditore", bensì "debitore" del dovere di rispetto della propria dignità nei confronti dell'intero genere umano o di una determinata collettività di persone...» (843). Quanto ad indicazioni di autori francesi che hanno criticato anche aspramente l'indirizzo del Consiglio di Stato, cfr. lo stesso G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 846 nota 108.

⁶⁰ Sul punto cfr. le osservazioni di R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Foro it.*, 1991, I, 15 ss., partic. 20.