

**“Verso un superamento della legge Merlin?  
La prostituzione c.d. volontaria all’esame della Corte costituzionale**

*Maria Mocchegiani*

*Sommario: 1. Qualche passo indietro. 2. Il caso di specie: genesi ed evoluzione di un processo (già) celebre. 3. Il fenomeno sociale della prostituzione volontaria e consapevole nella ricostruzione dell’ordinanza di rimessione. 4. Le reazioni della dottrina tra entusiasmo e perplessità: verso la disponibilità della dignità umana? 5. Un caso di scuola o un caso di coscienza?*

1. Che la legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche nota come legge Merlin dal nome della senatrice socialista Angelina Merlin che ne fu la promotrice<sup>1</sup>, abbia suscitato sin dalla sua genesi perplessità esegetiche e culturali – le prime presso gli interpreti, le seconde presso l’opinione pubblica – così divenendo il facile terreno di uno scontro ideologico prima ancora che giuridico appare un dato difficilmente controvertibile.

Basti considerare che, a far corso dalla sua entrata in vigore, la legge Merlin è stata impugnata molteplici volte dinanzi alla Corte costituzionale, la quale – almeno sinora – ha sempre escluso i denunciati contrasti con i principi costituzionali, dichiarando ora inammissibili ora infondate le questioni sottoposte al suo sindacato<sup>2</sup>.

L’ordinanza di rimessione della Corte barese che qui si commenterà rappresenta, pertanto, soltanto l’ultimo segmento di un dialogo tra il

---

<sup>1</sup> Il testo della proposta di legge (C. 1439) presentato alla Camera dei Deputati è reperibile all’indirizzo istituzionale [http://legislature.camera.it/\\_dati/leg02/lavori/stampati/pdf/14390001.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/leg02/lavori/stampati/pdf/14390001.pdf). Per consultare i lavori della I Commissione permanente, nonché la relazione della Commissione presentata il 6 aprile 1956 dall’on. Renato Tozzi Condivi si rinvia rispettivamente agli indirizzi istituzionali [http://legislature.camera.it/\\_dati/leg02/lavori/stencomm/01/Leg/Serie010/1956/0307/stenografico.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/leg02/lavori/stencomm/01/Leg/Serie010/1956/0307/stenografico.pdf) e [http://legislature.camera.it/\\_dati/leg02/lavori/stampati/pdf/14390002.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/leg02/lavori/stampati/pdf/14390002.pdf).

<sup>2</sup> Il riferimento è a Corte cost. nn. 44 del 1964 e 98 del 1964 (aventi ad oggetto l’art. 3, co. 1 n. 8 della legge *de qua*), n. 108 del 1964 (avente ad oggetto l’art. 3, co. 1, n. 3), n. 119 del 1973 (avente ad oggetto l’art. 3), n. 266 del 1974 (avente ad oggetto l’art. 3, co. 1, n. 5 e l’art. 4, co. 1, n. 3), e nn. 205 del 1982, 252 del 1982, 82 del 1984 e 281 del 1985 (aventi ad oggetto l’art. 4, co. 1, n. 2). Si aggiunge, da ultimo, l’ordinanza di rimessione 6 febbraio 2018, Corte d’appello di Bari, III sezione penale, che sarà oggetto di specifica indagine nei paragrafi seguenti.

giudice comune e il giudice costituzionale avviato negli anni '60 e costantemente alimentato, da un lato, dalle attente riflessioni della dottrina e, dall'altro, dalle innovazioni legislative che hanno progressivamente ridisegnato la disciplina dei reati contro la prostituzione, in principio ricompresi tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume (Titolo IX) e poi annoverati tra i delitti contro la persona (Titolo XII)<sup>3</sup>.

Ripercorrendone per brevi cenni le vicende genetiche, giova rammentare che la legge Merlin – rubricata “Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui” – nacque con l'intento di contrastare il fenomeno dello sfruttamento della prostituzione attraverso un superamento dell'approccio regolamentarista adottato in Italia sino a quel momento<sup>4</sup>. Come si ricorderà, tale opzione legislativa aveva confinato lo svolgimento dell'attività prostitutiva nelle c.d. case chiuse, ossia “bordelli di Stato” ove la donna – già vittima di una società arretrata e maschilista – era di fatto privata della libertà (compresa quella di scelta del cliente) e della dignità per essere ridotta in uno stato di semi-schiavitù sessuale<sup>5</sup>.

In netta soluzione di continuità rispetto a tale impianto regolativo, la legge

---

<sup>3</sup> Come è noto, la legge 3 agosto 1998, n. 269, rubricata “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù”, ha disposto (con l'art. 2, comma 1) l'introduzione dell'art. 600-bis, che incrimina la “prostituzione minorile”. Successivamente la legge 6 febbraio 2006, n. 38 ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la modifica dell'art. 600-bis, comma 2 e l'introduzione di due commi dopo il secondo all'art. 600-bis. Da ultimo, la legge 1 ottobre 2012, n. 172 ha disposto (con l'art. 4, comma 1, lettera g) la modifica dell'art. 600-bis.

<sup>4</sup> L'approccio regolamentarista – adottato in Europa dalla Germania, dall'Austria, dalla Svizzera, dall'Olanda e (almeno di fatto) dalla Spagna – muove dal presupposto di considerare il fenomeno prostitutivo come un'attività giuridicamente lecita, paragonabile ad altre attività lavorative. Invero, tale approccio – criticato da una parte della dottrina poiché ritenuto in contrasto con il principio della dignità umana – si coniuga al riconoscimento dei profili di potenziale pericolosità sociale che si accompagnano all'esercizio del meretricio, il quale viene regolato al fine di salvaguardare “gli interessi diffusi dell'ordine pubblico, pubblica decenza e sanità pubblica”: ne consegue che l'intervento punitivo si dirige piuttosto nei confronti della “violazione delle modalità legali di esercizio della prostituzione” (F. PALAZZO, *Moralismo e “bagatellizzazione” del diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 11/2008, 1343). Più precisamente, la regolamentazione normativa si sviluppa su differenti fronti: da un lato, quello igienico-sanitario, mediante una serie di prescrizioni rivolte alla prostituta per impedire o contenere la trasmissione delle malattie sessualmente trasmissibili; dall'altro, quello urbanistico, mediante la concentrazione dei locali autorizzati all'esercizio della prostituzione in luoghi specifici della realtà urbana; infine, quello lavoristico, per prevenire ed evitare fenomeni di sfruttamento della prostituzione (A. CADOPPI, *Prostituzione: addio Merlin?*, in *Diritto penale e processo*, 7/2015, 783-784).

<sup>5</sup> A. CADOPPI, *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 e altri)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2018, 161-162.

Merlin si caratterizzò invece per un'impostazione di tipo abolizionista<sup>6</sup>, che, muovendo dal riconoscimento della liceità penale dell'attività prostitutiva, comportò l'abrogazione degli artt. 531-536 c.p. relativi alla repressione penale della prostituzione e la loro sostituzione con le disposizioni contenute nell'art. 3.

In sostanza, tale cambiamento di prospettiva si realizzò attraverso tre modifiche normative: (a) il divieto di esercizio delle case di prostituzione (art. 1); (b) la chiusura delle case, dei quartieri e di qualsiasi altro luogo chiuso dove si esercitasse la prostituzione entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge (art. 2); (c) l'incriminazione di tutte le condotte di terzi collegate – e sovente necessarie – alla prostituzione (c.d. “condotte parallele”), al fine di rendere pressoché impossibile l'esercizio dell'attività stessa<sup>7</sup> (art. 3).

Tacendo per un attimo le valutazioni critiche formulate dalla dottrina penalistica di allora<sup>8</sup>, pare doveroso rilevare che la legge Merlin rappresentò una vera e propria «rivoluzione copernicana» nella disciplina del fenomeno prostitutivo in Italia: la chiusura delle c.d. case di tolleranza rispondeva, infatti, all'esigenza di impedire che la prostituta fosse considerata come una sorta di “vittima sacrificale” e che fosse trattata come una “merce in mano allo Stato”.<sup>9</sup>

Originariamente, la *ratio legis* doveva infatti rinvenirsi nella tutela della libertà e della dignità *oggettiva* della donna, definitivamente sottratta alla realtà degradata (e degradante) della prostituzione coattiva e, di conseguenza, al rischio stesso di precipitare nel vortice liberticida del bordello autorizzato<sup>10</sup>. In tal senso, può – forse – intravedersi

---

<sup>6</sup> Come rilevato in dottrina, l'approccio abolizionista – praticato tuttora in Europa dalla Francia – fu sostanzialmente imposto da alcuni documenti e convenzioni internazionali adottati nella prima metà del '900, tra cui la Convenzione Onu sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui del 1949 (New York, 2 dicembre 1949) e la Convenzione relativa alla soppressione del traffico delle bianche (Parigi, 4 maggio 1910) (A. CADOPPI, *Prostituzione: addio Merlin?*, cit., 783).

<sup>7</sup> A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 159. Nello stesso senso, v. ID., *Prostituzione: addio Merlin?*, in *Diritto penale e processo*, 7 2015, 783.

<sup>8</sup> Per le quali si rinvia al paragrafo 4.

<sup>9</sup> A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Archivio penale*, 3/2013, 1. Le medesime considerazioni vengono svolte da A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 161-162.

<sup>10</sup> Appaiono, in tal senso, istruttive le parole della Corte costituzionale, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla legge Merlin a pochi anni dalla sua entrata in vigore, osserva quanto segue: “*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*

nell'intenzione dei compilatori della legge un'inclinazione velatamente paternalistica, la quale trovava però la propria giustificazione nell'assunto preliminare di considerare la prostituta sempre come una vittima: ciò in aderenza ad una prospettiva superindividuale, orientata alla tutela del bene giuridico della moralità pubblica e del buon costume<sup>11</sup>.

Pressoché sconosciuto al legislatore del '58 era, invece, il fenomeno della c.d. prostituzione volontaria e professionale, caratterizzata – in via di prima approssimazione – dall'assenza di condizionamento nella deliberazione iniziale di esercitare il meretricio e dunque assai distante dai meccanismi della prostituzione coattiva o necessitata che la legge Merlin aveva inteso contrastare.

La predetta distinzione assume un rilievo centrale ai fini che qui interessano, giacché l'ordinanza di rimessione della Corte barese si incentra, per l'appunto, sulla affermata esigenza di differenziare le varie forme di "prostituzioni" al fine di evitare l'incriminazione di condotte che, nell'opinione del giudice *a quo*, appaiono prive di offensività e quindi penalmente non sanzionabili.

2. La vicenda giudiziaria da cui origina l'ordinanza di rimessione 6 febbraio 2018 della III Sezione Penale della Corte d'appello di Bari (Pres. De Cillis, Est. Blattmann D'Amelj) ha suscitato un interesse mediatico tanto prevedibile quanto bizzarro, al punto da divenire oggetto di appuntamenti televisivi e di opere biografiche<sup>12</sup>: tale clamore ha, probabilmente, deformato e oscurato i contenuti di un dibattito giuridico assai delicato e complesso, polarizzato – tra gli altri – su principi fondamentali come la dignità umana e la libertà di autodeterminazione.

Si tratta, come è noto, del ricorso Gianpaolo Tarantini e altri<sup>13</sup>, imputati di

---

*sorveglianza sulle donne che esercitano la prostituzione. Il legislatore non si è però limitato a dare una nuova disciplina, ma, preoccupato dalle conseguenze dannose che possano derivarne, ha seguito anche un'altra direttiva, che appare riprodotta nel titolo della legge in esame (lotta contro lo sfruttamento della prostituzione). Ha emanato quindi nuove norme penali, atte a reprimere la diffusione di questo male sociale, prevedendo nell'art. 3 della ripetuta legge - varie ipotesi criminose, onde punire quelle attività che in qualsiasi modo vengano a ledere l'interesse che si intende tutelare" (sentenza n. 44 del 1964).*

<sup>11</sup> A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 162, 164-165.

<sup>12</sup> Si pensi, per tutti, al libro di M. TULANTI, P. D'ADDARIO, *Gradisca Presidente*, Reggio Emilia, Aliberti, 2009.

<sup>13</sup> Gli ulteriori co-imputati sono Claudio Tarantini, Sabina Beganovic, Pierluigi Faraone, Letizia Filippi,

aver organizzato in favore dell'allora Presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi, incontri con *escort* occasionalmente o professionalmente dedite alla prostituzione. Più precisamente, il reato contestato agli imputati è quello di associazione per delinquere allo scopo (a) di commettere una serie di delitti relativi al reclutamento di donne finalizzato all'esercizio della prostituzione con l'on. Silvio Berlusconi, in occasione di incontri organizzati presso le sue residenze e (b) di agevolare, indurre, favorire e sfruttare la predetta attività prostitutiva.

Il giudizio di primo grado viene instaurato davanti al Tribunale di Bari nel 2013 e si conclude nel 2015 con la condanna di quattro dei sette imputati – cioè Gianpaolo Tarantini, Massimiliano Verdoscia, Pierluigi Faraone e Sabina Beganovic – cui vengono comminate sia pene detentive sia pene pecuniarie di differente gravità: in particolare, il principale imputato Gianpaolo Tarantini viene condannato alla pena di sette anni e dieci mesi di reclusione e al pagamento di una multa di Euro 3.000.

Ai fini che qui interessano, occorre rilevare che all'udienza del 9 novembre 2015, esaurita l'istruttoria dibattimentale, la difesa del co-imputato Massimiliano Verdoscia aveva sollevato eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, nn. 4, 5 e 8 della legge 20 novembre 1958, n. 75 nella parte in cui prevede come reato o sanziona con la medesima pena edittale i reati di reclutamento, induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione quando la stessa sia volontaria, consapevole e professionale piuttosto che svolta in modo coatto o per bisogno economico per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 e 27 della Costituzione.

Tale eccezione venne rigettata dai giudici di primo grado per difetto dei presupposti previsti dall'art. 23 della l. 87 del 1953.

La pronuncia di primo grado è stata impugnata dinanzi alla Corte d'appello di Bari da tutti gli imputati con distinti ricorsi depositati nel giugno del 2016; nella specie, i difensori di Gianpaolo Tarantini e di Massimiliano Verdoscia hanno reiterato l'eccezione di illegittimità costituzionale respinta nel precedente grado di giudizio.

Difformemente da quanto statuito dal primo giudice, la Corte territoriale ha ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 3,

co. 1, n. 4 e n. 8 della legge n. 75 del 1958 “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 co. 2, 27 e 41 della Costituzione”.

Nel giudizio instaurato davanti alla Corte costituzionale, hanno depositato atto di intervento sia l’Associazione Rete per la Parità<sup>14</sup> sia l’Associazione Differenza Donna ONU<sup>15</sup>.

Nei paragrafi che seguono si tenterà di illustrare il percorso argomentativo adottato dal giudice *a quo* nell’ordinanza di rimessione al fine di individuare luci e ombre di un provvedimento che ha attratto l’attenzione degli interpreti, suscitando opinioni discordanti.

Invero, prima di addentrarsi nelle pieghe della motivazione, si ritiene opportuno svolgere qualche puntualizzazione sull’oggetto, sul parametro e sui requisiti di ammissibilità della presente questione di legittimità costituzionale.

Per quanto concerne l’oggetto, si tratta delle fattispecie incriminatrici previste dall’art. 3, co. 1, n. 4 e n. 8 della legge n. 75 del 1958, che puniscono rispettivamente il reato di reclutamento ai fini di prostituzione (“*chiunque recluti una persona al fine di farle esercitare la prostituzione, o ne agevoli a tal fine la prostituzione*”) e il reato di favoreggiamento della prostituzione (“*chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui*”).

In relazione poi al parametro, la Corte territoriale afferma che le predette disposizioni normative si pongano in contrasto con gli articoli 2, 3, 13, 25 co. 2, 27 e 41 della Costituzione. Pur a fronte della pluralità dei principi costituzionali di cui è denunciata la violazione, può sin da ora anticiparsi che l’argomentazione svolta dal giudice *a quo* è sostanzialmente imperniata sull’asserito *vulnus* dell’art. 2 Cost., sicché le ulteriori deduzioni appaiono piuttosto come corollari di un ragionamento in sé già

---

<sup>14</sup> Si tratta di un’associazione di promozione sociale per la parità uomo-donna secondo la Costituzione Italiana, che persegue il fine esclusivo della solidarietà sociale, umana, civile, culturale e di ricerca. Per maggiore approfondimento sulle attività dell’associazione, si rinvia all’indirizzo: <http://www.reteperlaparita.it>.

<sup>15</sup> Tale associazione si propone di combattere e prevenire la violenza sulle donne; i centri antiviolenza sono lo strumento prioritario di cui l’associazione si avvale per combattere la violenza di genere. Per maggiore approfondimento sulle attività dell’associazione, si rinvia all’indirizzo: <http://www.differenzadonna.org>.

autosufficiente.

Venendo infine ai presupposti processuali, conviene prendere le mosse dal combinato disposto dell'art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 (rubricata "Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale") e dell'art. 23, co. 2, l. 87 del 1953 (recante le "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale"), che impongono all'autorità giurisdizionale rimettente di accertare la sussistenza di due specifiche condizioni di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale: la rilevanza e la non manifesta infondatezza.

È peraltro noto che, a partire da Corte cost. n. 356 del 1996, incombe sul giudice *a quo* un onere ulteriore, rappresentato dal c.d. obbligo di interpretazione adeguatrice, che impone al giudice di dimostrare l'impossibilità di offrire un'interpretazione costituzionalmente conforme della norma impugnata.

Invero, la successiva elaborazione giurisprudenziale sembra aver ridotto la portata precettiva del principio testé enunciato: attualmente, si ritiene infatti sufficiente che il giudice giustifichi in modo adeguato e persuasivo la scelta di non adottare l'interpretazione adeguatrice che avrebbe permesso di superare il dubbio di legittimità costituzionale<sup>16</sup>.

Ciò posto, si tratta ora di indagare le argomentazioni esibite dalla Corte barese in punto di rilevanza e di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, la cui sussistenza – lo si ricorda – era stata esclusa dal giudice di primo grado.

Quanto al reato di reclutamento ai fini di prostituzione, il collegio rimettente afferma che l'accoglimento dell'eccezione di illegittimità costituzionale determinerebbe la riforma delle pronunce di condanna intervenute in primo grado, con assoluzione di tutti gli imputati ai sensi

---

<sup>16</sup> In questi termini Corte cost. n. 221 del 2015, ove si afferma che "La possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice a quo non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità". Per maggiore approfondimento, si rinvia sul punto ai commenti di C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine di sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. cost.*, 2015, 2063 ss. e di G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta online*, 2/2016, 25 luglio 2016, 293 ss.

dell'art. 530, co. 1, c.p.p. perché il fatto non sarebbe più previsto dalla legge come reato. In tal senso, viene giudicata irrilevante la circostanza che alcuni dei reati oggetto delle statuizioni di condanna si siano *medio tempore* prescritti, atteso il maggior favore della formula assolutoria piena rispetto alla pronuncia di non doversi procedere per estinzione del reato.

Parimenti, anche rispetto al reato di favoreggiamento – che il tribunale aveva ritenuto assorbito nel reato di reclutamento – viene riconosciuta la rilevanza della questione: se, infatti, nel giudizio di appello fosse riformata la statuizione di condanna per il reato di reclutamento a fini di prostituzione, si rinnoverebbe la necessità di valutare la responsabilità penale degli imputati in relazione al reato di favoreggiamento.

In relazione, poi, alla non manifesta infondatezza della questione, la Corte è ancora tale requisito alla natura inviolabile del diritto tutelato, ossia la libertà di autodeterminazione sessuale, e alla conseguente necessità di verificare se l'incriminazione delle condotte tipizzate dall'art. 3, co. 1, nn. 4 e 8 leda o meno tale principio fondamentale.

Per quanto attiene, invece, l'obbligo di interpretazione conforme, sarà possibile verificare se questo sforzo interpretativo sia stato assolto oppure no dal giudice *a quo* solo all'esito della ricognizione del percorso logico-argomentativo seguito nell'ordinanza di rimessione, cui è dedicato il prossimo paragrafo.

**3.** Calandoci ora nel merito della questione, si è scelto di scomporre l'indagine che segue in quattro parti, in aderenza all'impostazione adottata dall'ordinanza di rimessione.

Occorre in primo luogo soffermarsi sul primo profilo di illegittimità costituzionale denunciato dal giudice *a quo*: la violazione dell'art. 2 Cost., che viene articolata distintamente per ciascuna delle fattispecie incriminatrici su cui insiste il dubbio di legittimità costituzionale.

In relazione al reato di reclutamento ai fini di prostituzione (art. 3, co. 1, n. 4), la Corte barese osserva preliminarmente che l'elemento di novità che si accompagna al presente giudizio – e che rende necessario un nuovo scrutinio di legittimità costituzionale – consiste nel tipo di attività prostitutiva che ne forma l'oggetto: la prostituzione volontaria e professionale delle c.d. escort, ossia persone retribuite per accompagnare

qualcuno e disponibili anche al compimento di prestazioni sessuali.

Secondo i giudici rimettenti, assistiamo infatti ad un fenomeno sociale né conosciuto né concepibile all'epoca in cui la legge Merlin fu progettata, che impone di riconsiderare la disciplina *de qua* alla luce del principio della libertà di autodeterminazione sessuale, il quale nel caso di specie si estrinseca nel “*diritto di disporre della propria sessualità in termini contrattualistici*”<sup>17</sup>.

La Corte barese ritiene, infatti, che il concetto di *libertà*, declinato dai compilatori del '58 in senso negativo – e cioè come libertà da forme di asservimento della prostituzione dall'altrui potere organizzativo –, si arricchisca ora di una componente positiva, che si atteggia come “*modalità autoaffermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità*”<sup>18</sup>.

Tale cambiamento di prospettiva induce il collegio a ritenere inesigibile l'incriminazione della condotta del terzo che si limiti a svolgere un'attività latamente intermediativa del contatto tra la *escort* e il cliente, giacché tale comportamento non conculcherebbe in alcun modo la primigenia libertà di autodeterminazione della prostituta che scelga consapevolmente di cedere la propria corporeità in cambio di vantaggi patrimonialmente apprezzabili, favorendo piuttosto “*il celere incontro tra domanda e offerta della prestazione sessuale*”<sup>19</sup>.

Ad avviso dei giudici baresi, l'attività di “reclutamento”, presupponendo che le destinatarie del comportamento intermediativo abbiano già optato per il libero esercizio della prostituzione (nel quale è ricompresa la facoltà di rifiutare la prestazione sessuale ove ritenuta non consona), rappresenta dunque una “*mera modalità attuativa della libera autodeterminazione sessuale*”, che “*va a supportare il preminente interesse a segnalarsi ... quali persone contattabili ai fini di rendere favori sessuali verso clienti*”

---

<sup>17</sup> Pag. 10 dell'ordinanza di rimessione, il cui testo integrale è reperibile sulla rivista *Diritto penale contemporaneo* all'indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/8822-cappbari6feb2018.pdf>.

<sup>18</sup> Pag. 10 dell'ordinanza di rimessione.

<sup>19</sup> In tal senso, la Corte d'appello ritiene essenziale tenere distinte le condotte di intermediazione agevolativa tanto da quelle che ricadono nel reato di sfruttamento economico della prostituzione di cui all'art. 3, co. 1, n. 8 seconda parte, tanto da quelle che, generando l'intendimento iniziale di esercitare il meretricio, ridondano nel reato di induzione alla prostituzione di cui all'art. 3, co. 1, n. 5.

*privati in cambio di denaro*”<sup>20</sup>.

Assistiamo qui ad un radicale capovolgimento di impostazione, in cui il procacciatore di prostitute, considerato dalla legge Merlin come “carnefice” (e perciò incriminato), si converte per i giudici *a quibus* in “vittima” in quanto ingiustamente punito per una condotta non solo neutra, ma addirittura agevolativa dell’affermazione e dell’espressione di un diritto inviolabile quale la libertà di autodeterminazione sessuale.

Per questa via, la Corte territoriale giunge a sostenere che l’incriminazione della condotta intermediativa configura una “*inaccettabile limitazione del diritto di libertà sessuale della persona umana*”<sup>21</sup>, la cui libera esplicazione verrebbe così irrimediabilmente compromessa.

Per quanto concerne invece il reato di favoreggiamento (art. 3, co. 1, n. 8), il ragionamento del collegio si incentra prevalentemente sulla ribadita distinzione tra induzione alla prostituzione e agevolazione favoreggiatrice: mentre nel primo caso l’ausilio del terzo ha una specifica valenza causale, rappresentando una componente determinativa del consenso genetico al compimento dell’atto sessuale contro un compenso, nel secondo caso l’attività materiale del terzo si limita a rendere più comodo e agevole il contatto tra la *escort* e il cliente e quindi il libero esercizio prostitutivo.

Venendo ora al secondo profilo di illegittimità costituzionale su cui si intrattiene l’ordinanza di rimessione, ossia la violazione dell’art. 41 Cost., deve rilevarsi che il ragionamento della Corte territoriale si fonda su un assunto preliminare: quello di considerare la libertà di esercizio autodeterminativo della sessualità come una forma di estrinsecazione della privata iniziativa economica.

Conseguentemente, in aderenza all’approccio interpretativo sin qui adottato, il giudice *a quo* afferma che la penalizzazione delle condotte di intermediazione e di agevolazione dell’attività prostitutiva rivelerebbe l’intenzione di privare tale forma di iniziativa economica della “*possibilità di evolversi al pari delle altre forme imprenditoriali operanti nel nostro ordinamento*”.<sup>22</sup>

Tale *vulnus* – prosegue la Corte di merito – parrebbe ulteriormente acuito

---

<sup>20</sup> Pag. 14 dell’ordinanza di rimessione.

<sup>21</sup> Pag. 14 dell’ordinanza di rimessione.

<sup>22</sup> Pag. 17 dell’ordinanza di rimessione.

dal fatto che, per un verso, la *escort* abitualmente dedita al meretricio non può assumere personale incaricato di curarne “*la collocazione sul mercato*” ovvero di “*pubblicizzarne la figura ai fini di implementare la connessa redditività*”<sup>23</sup> e, per altro verso, che la *escort* occasionalmente dedita al meretricio non può attingere al mercato, essendole impedito di dotarsi di collaboratori per avviare la propria attività in maniera professionale.

Il collegio barese perviene, dunque, alla conclusione che l’incriminazione delle condotte in esame determina nei fatti la ingiustificata ghetizzazione del libero esercizio di una peculiare forma di lavoro autonomo, che si infrange contro il dettato dell’art. 41, co. 2, Cost. a mente del quale la libera iniziativa economica privata può essere limitata solo se si svolge in contrasto con l’utilità sociale o quando arreca danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Tale argomentazione trova, in qualche modo, sponda su un recente orientamento della V Sezione della Cassazione civile<sup>24</sup>, la quale, allineandosi ad un consolidato indirizzo interpretativo dalla Corte di Giustizia<sup>25</sup>, ha riconosciuto l’imponibilità fiscale dei proventi dell’attività di prostituzione svolta autonomamente: ad avviso del giudice *a quo*, ciò accrediterebbe la scelta di gestire il proprio corpo come una fonte di

<sup>23</sup> Pag. 17 dell’ordinanza di rimessione.

<sup>24</sup> Tale indirizzo giurisprudenziale è stato inaugurato da Cass. civ., sez. trib., n. 2528 del 2010, secondo cui anche i proventi della prostituzione debbano essere sottoposti a tassazione, dal momento che, pur essendo una attività discutibile sul piano morale, non può essere certamente ritenuta illecita. In senso conforme, si vedano altresì Cass. civ., sez. trib., nn. 10578 del 2011, 1559 del 2016, 22413 del 2016. Nell’ultima delle citate sentenze, il giudice di legittimità afferma in particolare che “*l’esercizio della attività di prostituzione, occasionale o abituale che sia, genera comunque un reddito imponibile ai fini Irpef, trattandosi in ogni caso di proventi rientranti nella categoria residuale dei redditi diversi prevista dall’art.6 comma 1 lett.f) d.P.R. 22 dicembre 1986 n.917; il requisito della abitualità è rilevante ai diversi fini dell’assoggettamento dei proventi dell’attività di prostituzione anche alle imposte indirette (Iva) a norma dell’art.5 d.P.R. 26 ottobre 1972 n.633, secondo cui costituisce esercizio di arti o professioni, soggette all’Iva, l’esercizio per professione abituale di qualsiasi attività di lavoro autonomo*”. Per maggiore approfondimento, si rinvia sul punto al commento di G. SALANITRO, *Attività di prostituzione, tra liceità e illiceità, abitualità e occasionalità - Il commento*, in *Corriere Tributario*, 47-48/2016, 3659 ss.

<sup>25</sup> Si rinvia, per tutti, alla sentenza del 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Jani e altri*, ove la Corte di Giustizia ha affermato che “*l’attività di prostituzione esercitata in qualità di lavoratore autonomo può essere considerata un servizio fornito a fronte di una retribuzione*”, rientrando “*nelle attività economiche svolte in qualità di lavoratore autonomo ... qualora sia dimostrato che è svolta dal prestatore del servizio: senza alcun vincolo di subordinazione per quanto riguarda la scelta di tale attività, le condizioni di lavoro e retributive; sotto la propria responsabilità; a fronte di una retribuzione che gli sia pagata integralmente e direttamente*”. Si segnala, sul punto, il commento critico di M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2/2002, 398 ss.

redditività tassabile, corroborando la tesi sostenuta nell'ordinanza di rimessione.

Passando, poi, agli ulteriori parametri di costituzionalità di cui è denunciata la congiunta violazione, ossia gli artt. 13, 25, co. 2 e 27 Cost., conviene sin d'ora anticipare che la relativa argomentazione è pressoché interamente costruita intorno al principio di offensività: l'indagine che impegna la Corte d'appello è, infatti, tesa all'individuazione del bene giuridico tutelato dalle norme impugnate, anche alla luce dei recenti indirizzi interpretativi della giurisprudenza penale di legittimità.

Come si è visto, le deduzioni contenute nella presente ordinanza muovono da un presupposto fondamentale: quello di identificare il bene giuridico tutelato dalla legge Merlin nella libertà di autodeterminazione sessuale.

Che si tratti di un diritto inviolabile, costituzionalmente tutelato alla luce di una lettura – ormai consolidata – dell'art. 2 Cost. come disposizione a fattispecie aperta, è stato confermato dalla stessa Corte costituzionale che, nella nota sentenza n. 561 del 1987, ha espressamente affermato che il diritto di disporre liberamente della sessualità *“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”*.

Invero, non possono trascurarsi alcuni dati testuali che – come la stessa Corte osserva – connotano geneticamente la disciplina in esame.

Riflettendo, da un lato, sulle finalità espresse nel titolo della legge e, dall'altro, sull'inserimento delle norme penali ivi contenute nel Titolo IX del Libro II del codice penale, contenente la disciplina *“Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume”* e in particolare nel Capo II relativo alle *“Offese al pudore e all'onore sessuale”*, si può verosimilmente affermare che – come si è visto – nell'intenzione dei compilatori del '58 oggetto della tutela penale erano la moralità pubblica e il buon costume sotto il profilo sessuale.

Tale impostazione, accreditata per decenni in dottrina<sup>26</sup> e sostenuta dalla

---

<sup>26</sup> Si veda per tutti Mantovani, il quale, in disparte delle plurime valutazioni critiche formulate sulla legge Merlin (di cui si dirà nel prossimo paragrafo), afferma che *“la moralità pubblica e il buon costume sono tutelati soltanto nei limiti in cui questi si presentano quali mezzi [sociali] protettivi della inviolabilità della persona contro gli attentati sessuali”* (F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 482).

giurisprudenza di legittimità almeno fino agli anni '80<sup>27</sup>, si è poi aggiornata ed evoluta sulla spinta dei mutamenti culturali, politici e sociali che hanno percorso la società nell'arco di oltre mezzo secolo, giungendo ad una progressiva ridefinizione del bene giuridico tutelato.

A ben vedere, l'epicentro di questa evoluzione interpretativa deve senz'altro rinvenirsi nella riflessione dottrinale che, a partire dagli anni '70<sup>28</sup>, ha progressivamente spostato l'asse della tutela sulla libertà di autodeterminazione della persona in materia sessuale.

Il nuovo orientamento è stato successivamente condiviso anche in giurisprudenza: a far corso dal 2004, la Cassazione penale ha infatti iniziato ad affermare che *“il bene giuridico protetto dalla legge 20 febbraio 1958 n. 75 non è la tutela della salute pubblica, ma la libertà di determinazione della donna nel compimento di atti sessuali, garantita attraverso il perseguimento dei terzi che da tale attività intendono ricavare un vantaggio economico”*<sup>29</sup>.

Orbene, alla luce della rinnovata prospettiva da cui la disciplina *de qua* deve essere riguardata, il collegio rimettente conclude nel senso della *“superfluità o sovrabbondanza della tutela sanzionatoria penale a fronte di comportamenti che non hanno alcuna capacità di offendere ovvero di porre in pericolo il suddetto bene giuridico”*<sup>30</sup>. Difatti, nell'ottica del principio di offensività, né la condotta di intermediazione né quella di favoreggiamento arrecano alcun danno alla libertà di autodeterminazione, concorrendo piuttosto a consentirne la piena attuazione: l'attività agevolativa si innesta, infatti, *“in un processo che vede già realizzato l'utilizzo economico del corpo che la prostituta opera indipendentemente*

---

<sup>27</sup> Un primo segnale di apertura può scorgersi in Cass. pen., n. 5838 del 1985.

<sup>28</sup> Si veda, tra gli altri, F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975,704.

<sup>29</sup> Cass. pen., n. 35776 del 2004. In senso conforme, si veda da ultimo Cass. pen., n. 1459 del 2017, ove viene confermato l'indirizzo secondo cui il bene tutelato dalla normativa in materia di prostituzione è rappresentato dalla tutela della dignità della persona esplicita attraverso l'attività sessuale, sicché *“ai fini della configurabilità dei reati connessi alla prostituzione, è irrilevante l'atteggiamento soggettivo della persona offesa e la sua eventuale adesione al compimento di atti prostitutivi”*. Viene, pertanto, esclusa qualunque efficacia scriminante al consenso dell'avente diritto (ex art. 50 c.p.) rispetto alle condotte agevolatrici della prostituzione. In senso difforme, parte della dottrina ha invece invocato l'applicazione della predetta scriminante al fine di distinguere la prostituzione *“volontaria”* dalle altre forme di prostituzione coatta e necessitata (A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 215 ss.). Per maggior approfondimento, si rinvia sul punto ai paragrafi 4 e 5.

<sup>30</sup> Pag. 20 dell'ordinanza di rimessione.

*dall'ausilio di terzi, sicché tale ausilio non è causativo di alcunché ed è dunque privo di qualsivoglia offensività*<sup>31</sup>.

Si rammenta, invece, che il giudice di primo grado aveva rinvenuto l'offensività della condotta di intermediazione nella sua attitudine ad integrare una forma di interferenza di terzi che dall'attività di prostituzione intendano ricavare un vantaggio economico: secondo la Corte d'appello, tale argomentazione non può essere condivisa in quanto piuttosto riferibile alla diversa fattispecie delittuosa dello sfruttamento della prostituzione, che va tenuta distinta dal reato di reclutamento di cui qui si discute.

Il giudice *a quo* si sofferma, poi, sulla causalità (o meno) della condotta ausiliatrice con riferimento all'ipotesi di favoreggiamento della prostituzione per affermare che tale distinzione mal si concilia con la struttura a forma libera di tale delitto, provocando un *vulnus* al principio di uguaglianza: si finirebbe, infatti, per rimettere all'arbitrio interpretativo del giudice la soluzione di un problema che dipende dalla costruzione normativa del reato di favoreggiamento, ritenuta – come si vedrà nelle righe seguenti – in contrasto con l'art. 25, co. 2 Cost.

In tal senso, nessun pregio viene riconosciuto *“alla pur abusata distinzione tra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta”*, distinzione che – ad avviso del collegio – configura una forzatura concettuale inidonea ad operare quale criterio discretivo tra condotte, rispettivamente, punibili e non punibili.

Venendo infine all'ultimo profilo di illegittimità costituzionale denunciato dal giudice *a quo*, ossia la violazione dell'art. 25, co. 2 Cost., deve osservarsi che il problema viene posto con esclusivo riferimento al reato di favoreggiamento della prostituzione in quanto reato a forma libera.

La Corte barese ripropone in questa sede la tesi della lesione del principio di legalità, *sub specie* di tassatività e determinatezza, affermando che *“il tentativo di selezionare comunque le ipotesi in cui la condotta d'intrinseco favoreggiamento possa assurgere a rilievo penale equivale al riconoscimento dell'inadeguatezza della costruzione del delitto di specie come reato a forma libera se abbisognevole di ulteriori segnali di*

---

<sup>31</sup> Pag. 21 dell'ordinanza di rimessione.

*specificazione*”<sup>32</sup>. La formulazione generica della norma provocherebbe, infatti, l’espansione senza limiti dell’ambito di operatività della sanzione penale.

È opportuno, peraltro, segnalare che la medesima questione di legittimità costituzionale è stata di recente giudicata manifestamente infondata da Cass. pen., n. 49643 del 2015 – nondimeno citata dal giudice rimettente per corroborare l’argomentazione relativa al principio di offensività – ove il giudice di legittimità compie due importanti statuizioni: da un lato, esclude che la violazione del principio di legalità e determinatezza derivi semplicemente dal fatto che la norma penale non rechi definizioni precise che delineino preventivamente i confini dell’illecito penale, toccando *“all’interprete, ovviamente, fornire della norma una interpretazione costituzionalmente orientata”*<sup>33</sup>; dall’altro, osserva che il principio di offensività impone di sanzionare penalmente *“solo quelle condotte intese come idonee ad interferire sulla libera autodeterminazione della prostituta a svolgere la propria attività - e certamente lo è l’agevolazione da parte di altri perché costituente il primo passo verso lo sfruttamento economico del corpo della prostituta”*.

A ben vedere, tale decisione non rappresenta affatto un precedente isolato, giacché il giudice di legittimità – e prima ancora i giudici d’appello – hanno applicato un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, co. 1, n. 8 della legge Merlin per contrasto con il principio di legalità e di determinatezza. Più precisamente, la Corte costituzionale ha avuto modo di osservare che *“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”*<sup>34</sup>, così *“realizzando nel miglior modo possibile l’esigenza di una previsione tipica dei fatti*

---

<sup>32</sup> Pag. 25 dell’ordinanza di rimessione.

<sup>33</sup> Secondo la Corte, proprio attraverso questo sforzo interpretativo *“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”*.

<sup>34</sup> Così Corte cost. n. 44 del 1964, successivamente confermata da Corte cost. n. 98 del 1964.

*costituenti reato*”<sup>35</sup>.

4. Alla luce della ricognizione sinora compiuta, si intende ora svolgere qualche considerazione sulle argomentazioni esibite dai giudici *a quibus*, prendendo le mosse dalle riflessioni formulate dalla dottrina penalistica.

Come anticipato nelle pagine precedenti, la legge Merlin suscitò sin dalla sua entrata in vigore alcune perplessità presso la comunità degli interpreti, che espresse una valutazione piuttosto critica sulla novella legislativa: senza grande esitazione, la si definì una legge “ispirata alla fretta e formulata da mano non sempre esperta”<sup>36</sup>.

Invero, le maggiori incertezze esegetiche furono provocate proprio dall’art. 3, norma ritenuta problematica sia da un punto di vista formale, sia da un punto di vista sostanziale.

Nel primo senso, la dottrina dell’epoca evidenziò che tale disposizione ricomprendeva in sé una pluralità di fattispecie tra loro eterogenee, che forse avrebbero trovato migliore collocazione in articoli distinti. Ciò suscitava, peraltro, un pregnante interrogativo: quello, cioè, di stabilire se la predetta norma descrivesse un unico reato, realizzabile mediante condotte alternative, oppure se descrivesse più fattispecie delittuose, che possono concorrere tra loro<sup>37</sup>.

Nel secondo senso, furono denunciati, da un lato, la violazione del principio di proporzionalità della pena in conseguenza del livellamento delle pene – peraltro assai inasprite – nei confronti di ipotesi caratterizzate da diversa gravità e pericolosità e, dall’altro, la genericità delle fattispecie incriminatrici, che suggeriva un atteggiamento di prudenza da realizzare attenendosi ad “una interpretazione il più possibile restrittiva, che non prescindendo dallo scopo per cui le norme furono poste e tenga costantemente presente il fatto sociale che sta alla base di esse”<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Corte cost. n. 27 del 1961.

<sup>36</sup> F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 452. Si vedano anche le riflessioni di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Milano, Giuffrè, 1966, 414 e di G. VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l’interpretazione della “legge Merlin”*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, Milano, Giuffrè, 1965, 349 ss.

<sup>37</sup> F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale*, cit., 454. L’A. propendeva per la seconda soluzione, che fu poi quella adottata dalla giurisprudenza di legittimità (v. *ex multis* Cass. pen., n. 3429 del 1976, n. 2730 del 2000, n. 28916 del 2015 e, da ultimo, n. 37553 del 2017).

<sup>38</sup> F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale*, cit., 455, 459.

Tali valutazioni critiche furono condivise anche dalla dottrina moderna, che in più occasioni espresse dubbi sull'impianto della legge Merlin, soprattutto alla luce della già vista lettura evolutiva del bene giuridico tutelato.

In particolare, il dibattito penalistico si concentrò intorno alla sempre più avvertita necessità di differenziare la prostituzione coattiva dalla prostituzione libera, al fine di impedire (o meglio, di interrompere) l'incriminazione delle attività serventi o comunque satelliti rispetto all'atto prostitutivo. Secondo un'opinione dottrinale, la repressione penale di ogni condotta altrui latamente intermediativa produrrebbe, infatti, l'effetto di costringere "la persona dedita alla prostituzione in una condizione di solitudine non solo professionale, ma ... esistenziale", perché "chiunque le sta vicino o la favorisca rischia di incorrere in responsabilità penale"<sup>39</sup>. Ciò induce, inevitabilmente, a dubitare della effettiva e sostanziale liceità dell'attività prostitutiva, forse "più tollerata che proclamata", in conformità ad una persistente visione paternalistica che – più o meno implicitamente – disapprova ed emargina la persona che si prostituisce<sup>40</sup>. Per altro verso, si è detto che l'intransigenza con cui vengono punite tutte le condotte ausiliarie dell'attività prostitutiva – anche quando sia volontaria, consapevole e libera – finirebbe per impedire l'attuazione della libertà di autodeterminazione della prostituta, avvicinando la disciplina italiana al modello proibizionista, in cui la prostituzione viene in ogni caso considerata un'attività degradante sul piano della dignità personale e quindi ritenuta penalmente illecita<sup>41</sup>.

Se, dunque, queste sono alcune delle posizioni espresse dagli interpreti, non stupisce che l'ordinanza di rimessione in esame abbia suscitato commenti adesivi presso la dottrina penalistica. Si segnala, in particolare, la riflessione di Cadoppi, il quale osserva che, se la prostituzione viene

---

<sup>39</sup> F. GIUNTA, *La prostituzione: fra fatto e diritto*, in *Giust. Pen.*, 2013, 476.

<sup>40</sup> F. GIUNTA, *La prostituzione: fra fatto e diritto*, op. loc. cit. Nello stesso senso, v. anche T. PADOVANI, *La disciplina penale della prostituzione*, Pisa, Pisa University Press, 2015, 303.

<sup>41</sup> M. BERTOLINO, *Introduzione al focus "Prostituzione e tratta: lo sfruttamento sessuale della persona della globalizzazione"*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2/2017, 631. Secondo l'A., questo approccio riposa sulla convinzione che la prostituzione rappresenti in sé un fenomeno socialmente preoccupante, che induce a considerare la prostituta sempre come una vittima. Parte della dottrina ritiene, infatti, che il modello proibizionistico conferisca al diritto penale "una spiccata inclinazione moralistica" (F. PALAZZO, *Moralismo e "bagatellizzazione" del diritto penale*, cit., 1343).

considerata espressione del principio di libertà di autodeterminazione, l'unico concetto di dignità che può formare oggetto di tutela penale è quello *soggettivo*, laddove invece la protezione della dignità *oggettiva* si rivelerebbe espressione di una tendenza autoritaria e paternalistica<sup>42</sup>. Con tali premesse, l'Autore sottolinea che nel caso di specie le *escort* non hanno subito alcun danno materiale e/o morale dalle condotte di reclutamento e di favoreggiamento per le quali gli imputati sono stati condannati, poiché il bene giuridico tutelato dalla norma penale non è stato violato<sup>43</sup>. Le norme impugnate contribuiscono, al contrario, a rendere effettiva la libertà di autodeterminazione in materiale sessuale, agevolando l'esercizio di un'attività lecita, libera e volontaria.

L'Autore suggerisce, dunque, alcune soluzioni che potrebbero consentire di adeguare le fattispecie incriminatrici in esame ai principi costituzionali. Da un lato, l'attribuzione di una valenza scriminante al consenso della prostituta, se libero e volontario: ciò condurrebbe, nel caso di specie, alla pronuncia di una sentenza manipolativa additiva, in cui la Corte costituzionale “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”<sup>44</sup>.

Da un altro lato, considerate le problematiche che – come lo stesso Autore riconosce – da sempre si accompagnano agli interventi additivi in materia penale, viene suggerita una soluzione “ben più radicale”, ossia quella di una pronuncia di accoglimento che dichiari l'illegittimità costituzionale *tout court* delle norme che puniscono i reati di reclutamento e di

---

<sup>42</sup> A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 184-185. Si rinvia sul punto alle considerazioni svolte nel paragrafo 1 a pag. 3.

<sup>43</sup> A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 188. In tal senso, l'A. ha avuto modo di osservare che “La repressione penale di condotte quali ad esempio il favoreggiamento, nell'ambito di attività di prostituzione liberamente scelte [...] non può certo giustificarsi in base al “principio del danno” o dell'offensività; potrebbe giustificarsi solo alla luce del principio paternalistico. Un principio che, in materia penale, da buona parte della dottrina nazionale ed internazionale non viene riconosciuto come sufficiente per giustificare la repressione dei una certa condotta, ciò almeno in relazione ad attività frutto della libertà di autodeterminazione degli individui” (A. CADOPPI, F. MANFREDI, *Prostituzione e tratta di persone*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, 665).

<sup>44</sup> A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 208.

favoreggiamento della prostituzione<sup>45</sup>.

Assai più moderate sono, invece, le reazioni della dottrina costituzionalistica, le cui osservazioni critiche si appuntano in primo luogo sulla stessa ammissibilità della presente ordinanza di rimessione: più precisamente, viene rilevato il mancato tentativo di valutare la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme<sup>46</sup>.

Aderendo a tale prospettazione, l'interrogativo che – come si ricorderà – abbiamo lasciato sospeso alla fine del secondo paragrafo dovrebbe, quindi, ricevere risposta negativa, giacché il giudice *a quo* avrebbe in sostanza omesso di verificare “se gli argomenti utilizzati per sollevare l'eccezione di costituzionalità non potessero essere specularmente utilizzati per escludere dall'area d'incidenza del precetto ... talune fattispecie concrete”<sup>47</sup>.

Tentando, per ora, di superare le obiezioni formali testé riportate, le osservazioni più interessanti attengono probabilmente al profilo sostanziale della denunciata violazione dell'art. 2 Cost.

Provando per un attimo a revocare in dubbio le premesse logico-giuridiche da cui muove l'ordinanza di rimessione, occorre forse riflettere sulla stessa qualificazione dell'attività prostitutiva come espressione del principio fondamentale di disporre liberamente della propria sessualità<sup>48</sup>.

Autorevole dottrina ha, infatti, sostenuto che il principio di tolleranza applicato dalla legge Merlin, non essendo imposto “dalla necessità di garantire una libertà meritevole di tutela”, deve necessariamente essere bilanciato con il dovere di proteggere la dignità umana, giacché “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”<sup>49</sup>.

Per questa via, si giungerebbe pertanto a ritenere che in una società democratica e pluralista la libertà di autodeterminazione sessuale non può

---

<sup>45</sup> A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 209.

<sup>46</sup> Così A. 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 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 1/2018, 22 marzo 2018, 125-126 e N. MADIA, *Legge Merlin e fenomeno delle Escort: un binomio al vaglio di costituzionalità*, in *Diritti comparati*, 22 febbraio 2018.

<sup>47</sup> N. MADIA, *Legge Merlin e fenomeno delle Escort*, cit.

<sup>48</sup> A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione*, cit., 132.

<sup>49</sup> Così M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, cit. 401-402. Per tali ragioni, secondo l'A. nessun principio costituzionale osterebbe all'abbandono della politica della tolleranza in favore di quella della sanzione.

in alcun modo compromettere il principio della dignità umana, che rappresenta la pietra angolare dell'intero ordinamento costituzionale<sup>50</sup>.

Accantonando per un momento l'obiezione che oppone Cadoppi, il quale – come si è visto – suggerisce di considerare che il concetto di dignità umana deve qui essere declinato in senso soggettivo e non già oggettivo<sup>51</sup>, l'interrogativo ultimo che forse pone la presente questione di legittimità costituzionale – e che scuote la coscienza e l'intelletto del giurista e del non giurista – è il seguente: la dignità umana rappresenta un bene indisponibile e inderogabile<sup>52</sup>, oppure si tratta di un bene disponibile e comunque rinunciabile<sup>53</sup>?

Preciando dalle diverse soluzioni interpretative offerte dalla dottrina, di cui qui abbiamo voluto dare conto, non pare superfluo rilevare che la Corte costituzionale si troverà dinanzi ad un bivio storico, che la costringerà a prendere una decisione destinata, in ogni caso, ad essere ricordata nel tempo.

**5.** Rimane ora lo spazio per alcune osservazioni conclusive, che appaiono tanto opportune quanto ardue: la rilevanza e la complessità del tema esaminato non si prestano, infatti, a soluzioni semplificatorie o riduzionistiche, che – in qualche modo – neutralizzino il conflitto assiologico che l'ordinanza in commento irrimediabilmente provoca.

La prospettiva economicistica che sembra percorrere il provvedimento della Corte barese ha, infatti, suscitato in chi scrive alcune perplessità, che hanno trovato conferma nelle riflessioni della dottrina costituzionalistica poc'anzi riportate.

Probabilmente potrà apparire un dato irrilevante (o addirittura banale), ma il primo profilo su cui si è appuntata la nostra attenzione è stato quello

---

<sup>50</sup> A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione*, cit., 134.

<sup>51</sup> Si tratta, invero, di un'obiezione che Bonomi prevede e supera, riconoscendo la natura relativa e sfuggente del concetto di dignità *soggettiva*, destinato inevitabilmente a variare da individuo a individuo (A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione*, cit., 134).

<sup>52</sup> Così 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. Si vedano, sul punto, anche le riflessioni di A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, 113 ss.

<sup>53</sup> Questa la tesi, tra gli altri, di G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2008, 379 ss., secondo il quale la dignità umana non può mai essere protetta coercitivamente contro l'individuo stesso, giacché in tale prospettiva la dignità verrebbe a trasformarsi in un disvalore costituzionale, cioè "in un retaggio di una concezione paternalistica incompatibile con le «basi filosofiche» del costituzionalismo" (G. GEMMA, cit., 380).

*linguistico*: l'aridità del linguaggio impiegato dal giudice *a quo* appare, infatti, la naturale veste formale di un ragionamento sostanziale che, in nome della libertà di autodeterminazione, rischia di fagocitare ogni altro valore o principio costituzionale che avrebbe – forse – meritato di essere incluso nel giudizio di bilanciamento.

Colpiscono, in particolare, un paio di passaggi dell'ordinanza di rimessione, in cui si evidenzia la necessità di difendere la libertà autodeterminativa di chi percepisce il proprio sé in termini di “*erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso)*” e, dunque, la conseguente opportunità di non impedire all'attività prostitutiva di evolversi “*al pari delle altre forme imprenditoriali*”.

Tale prospettazione non ci sembra pienamente condivisibile: è proprio la scelta del verbo “erogare” a creare qualche imbarazzo, giacché emblematica di un'operazione interpretativa un poco riduzionistica, nella quale l'essere umano afferma il proprio sé attraverso la somministrazione del proprio corpo.

A sommo avviso di chi scrive, il paradigma della *erogazione* si attaglia piuttosto ad un istituto di credito, ad un'impresa o ad un ente pubblico: non già ad un essere umano, né tanto meno ad una donna che sceglie di prostituirsi.

Per questa via, la Corte giunge altresì a ritenere che la libertà di autodeterminazione sessuale rappresenterebbe una estrinsecazione della iniziativa economica privata, come tale tutelata dall'art. 41 Cost., per approdare così all'equazione secondo cui quella prostitutiva è una forma imprenditoriale come le altre, la cui evoluzione non può essere ostacolata da una normativa anacronistica e moralistica come la legge Merlin.

Tale ragionamento non persuade fino in fondo: è, infatti, opportuno rammentare che l'art. 41 Cost. incontra un limite specifico nella dignità, giacché – come rilevato in dottrina – “la libertà del singolo di perseguire il proprio fine di profitto è tutelata a condizione che non comprometta valori che la Costituzione considera preminenti”<sup>54</sup>, tra cui spicca il valore della dignità umana.

Insomma, siamo davvero sicuri che l'attività prostitutiva libera e

---

<sup>54</sup> A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Introduzione alla Costituzione*, Roma – Bari, Laterza, 1987, 91.

volontaria sia una modalità autoaffermativa della persona umana – nonché una forma imprenditoriale equivalente a tutte le altre – che, in quanto tale, non può essere ostacolata attraverso la repressione penale di condotte satellite non solo inoffensive, ma addirittura funzionali all’attuazione della libertà di autodeterminazione sessuale?

E ancora. Siamo davvero sicuri che il procacciatore di prostitute, nella misura in cui favorisce il celere incontro tra domanda e offerta di prestazioni sessuali consentendo alla *escort* di segnalarsi sul mercato e di realizzare più agevolmente la propria attività lucrativa, rappresenti una sorta di “angelo custode”, vittima di una legge autoritaria che costituisce il precipitato di un paternalismo giuridico da cui il diritto penale moderno dovrebbe definitivamente affrancarsi?

Verosimilmente, Luciani risponderebbe in senso negativo, osservando che “chi vende sesso si degrada, e chi lo compra non è un comune cliente d’una qualche azienda, ma è proprio colui che consente al mercato di prosperare”<sup>55</sup>.

Tali considerazioni, che il lettore potrà ritenere più o meno persuasive, ci inducono in questa sede ad assumere un atteggiamento di prudenza e di ponderatezza dinanzi al fenomeno della prostituzione, anche quando la stessa sia volontaria e consapevole. E ci invitano, altresì, a non sottovalutare la portata effettuale di un’eventuale sentenza di accoglimento, che sancisca la non illiceità penale delle condotte di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione.

Di fatto, quello del procacciatore di prostitute si convertirebbe in un “mestiere” giuridicamente e socialmente tollerato, in quanto, da un lato, strumentale all’attuazione del diritto alla libertà sessuale e all’iniziativa economica privata della *escort* e, dall’altro, funzionale ad impedire che la prostituta precipiti nella condizione di solitudine professionale ed esistenziale, stigmatizzata – come si è visto – dalla dottrina penalistica.

Ci sembra, tuttavia, importante riflettere su un punto: occorre, infatti, chiedersi quale dovrebbe essere il criterio giuridico per distinguere, in concreto, la prostituzione volontaria dalle altre forme di prostituzione coatta e necessitata. Il consenso dell’avente diritto di cui all’art. 50 c.p.? Si

---

<sup>55</sup> M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo*, cit., 401.

potrebbero, in tal senso, porre una serie di difficoltà in punto di *accertamento* della natura libera, spontanea e genuina del consenso prestato, che – se ritenuto validamente sussistente – consentirebbe di scriminare la condotta ausiliarice o favoreggiatrice del procacciatore di turno.

Le esitazioni sinora espresse non impediscono, tuttavia, di riconoscere che l'art. 3 della legge n. 75 del 1958 è una disposizione che si presta, in ogni caso, ad alcune valutazioni critiche. Alcune di esse potrebbero – forse – essere superate intervenendo sul più circoscritto fronte del trattamento sanzionatorio: come suggerito in dottrina, potrebbe rivelarsi opportuna una modifica delle cornici edittali previste per le singole fattispecie incriminatrici disciplinate dall'art. 3, al fine di impedire che condotte caratterizzate da un diverso grado di offensività vengano punite con la medesima pena.

Sforzandoci, in via conclusiva, di adottare un'attitudine intellettuale che – come scriveva Ferrajoli – elevi il *dubbio* a criterio del proprio agire professionale<sup>56</sup>, ci sentiamo di condividere l'auspicio di Luciani, che invita a considerare il tema della prostituzione non solo come un “caso di scuola”, ma anche come un “caso di coscienza”<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Questione Giustizia*, 4/2009, 22 ss.

<sup>57</sup> M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo*, cit., 402.