

La scelta di interrogare la disciplina costituzionale sul rapporto tra corpo delle donne e mercato è parsa fin da subito sfidante perché si confronta, da un lato, con la mancata presa di coscienza giuridica delle diversità dei due sessi e, dall'altro lato, con la posizione di soggezione della donna all'uomo. Tale circostanza impone di costruire un assetto ordinamentale peculiare perché sussistono condizioni (si pensi a violenza sessuale, prostituzione, procreazione) che riguardano precipuamente un sesso e che dunque devono essere analizzate, disciplinate e tutelate non in maniera asessuata ma attraverso le lenti di quel sesso.

Quando l'ordinamento costituito non garantisce, sia pur implicitamente, la tutela di alcuni diritti fondamentali o supremi come dignità, eguaglianza, salute, cade nell'errore di permettere una organizzazione gerarchica fra gli esseri umani nella società. Non riconoscere la pari dignità sociale della componente femminile della società consentendo – o comunque tacendo sul – la mercificazione del corpo che le stesse abitano, significa trattare non *quelle* donne, ma *tutte* le donne come se fossero meno degne di considerazione rispetto all'essere umano in generale.

L'obiettivo che le Autrici e gli Autori auspicano venga raggiunto è la presa di coscienza anche giuridica del tema perché non è solo la donna vittima di una qualche forma di violenza il soggetto che subisce la violazione della (propria) dignità, ma è la società intera a veder evaporare, di volta in volta, un po' di dignità.

€ ??,00



5

A. Apostoli (*a cura di*) – DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

*I Quaderni*

# DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

*a cura di*

Adriana Apostoli



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

*I Quaderni*

---

*Prima Serie – 5*



# DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

*a cura di*

Adriana Apostoli



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4021-9

ISBN/EAN 978-88-921-9738-1 (ebook - pdf)

*La Direzione scientifica, in qualità di Comitato valutatore non anonimo, ha espresso parere ampiamente favorevole circa l'inserzione del presente volume nella sezione I Quaderni della Collana del Dipartimento di Giurisprudenza.*

*Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.*

*Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino*

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

# INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Autori</i>	XI
<i>Introduzione</i>	XIII

## PARTE 1

“QUESTIONI DI GENERE” TRA COSTITUZIONE E CORPO DELLE DONNE	3
---	---

*Adriana Apostoli*

1. Il ruolo del valore dignitario nel campo della presente indagine	3
2. I (troppi) “utilizzi” del corpo femminile	6
3. Quanta confusione sotto il cielo delle “questioni di genere” ...	10

LA CORTE COSTITUZIONALE, LA “LEGGE MERLIN” E LA “LEGGE” DI FILUMENA MARTURANO	17
--	----

*Carmela Salazar*

1. La sent. n. 141/2019 sulla “legge Merlin” e la questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari	17
2. La “legge” di Filumena Marturano e la “legge Merlin”	20
3. Il rigetto della censura relativa all’art. 2 Cost.	24
4. <i>Segue</i> : l’infondatezza delle altre censure	27
5. Conclusioni	33

	<i>pag.</i>
<b>IL SESSISMO TRA (POST)FEMMINISMO, (POST)CAPITALISMO E (POST)COSTITUZIONALISMO</b>	37
<i>Ilenia Massa Pinto</i>	
1. Premesse: l'ipotesi di ricerca è la corrispondenza tra i concetti veicolati dalle espressioni <i>(post)femminismo</i> , <i>(post)capitalismo</i> e <i>(post)costituzionalismo</i>	37
2. Il dato di fatto: il <i>sessismo</i>	38
3. <i>(Post)femminismo</i> e <i>(post)capitalismo</i>	39
4. <i>(Post)costituzionalismo</i>	44
5. Conclusioni: è nel momento della elaborazione delle regole che deve essere assicurata la prospettiva di genere	53
 <b>DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE: LA LEGGE MERLIN NELLA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE ANTISUBORDINAZIONE DI GENERE</b>	55
<i>Barbara Pezzini</i>	
1. Considerazioni preliminari sul metodo (e in particolare sul prin- cipio antisubordinazione di genere)	55
2. Qualcosa di nuovo, anzi di antico: donne, corpo e mercato della prostituzione nella giurisprudenza costituzionale recente	60
3. La dimensione costituzionale della prostituzione al "tempo delle <i>escort</i> "	63
4. Tornando alla novità, e alla perdurante attualità, della legge Merlin	68
5. Il tempo delle case chiuse: l'approvazione della legge Merlin (1948-1958)	70
6. La prostituzione dopo la legge Merlin	72
7. Una legge permanentemente contro il mercato della prostituzione	77
 <b>PARTE 2</b>  	
<b>SUL DIRITTO SESSUALE MASCHILE, OVVERO PERCHÉ LA PROSTITUZIONE NON È ESPRESSIONE DELL'AUTODETERMINAZIONE FEMMINILE</b>	83
<i>Mia Caielli</i>	
1. Premessa linguistica	83

	<i>pag.</i>
2. La Legge Merlin oggi e il riemergere del dibattito giusfemminista sulla prostituzione	85
3. “Che cosa c’è che non va nella prostituzione?”. Una lettura costituzionalmente orientata	88
4. Un compromesso tra “neo-regolamentarismo” e astensione del diritto: in difesa del modello “neo-abolizionista”	95

DIGNITÀ UMANA E STATO DI VULNERABILITÀ NELLA PROSTITUZIONE LIBERA E CONSAPEVOLE: NOZIONI ANACRONISTICHE O IN EVOLUZIONE?	99
--	----

*Benedetta Liberali*

1. Le questioni decise dalle sentenze nn. 141 e 278 del 2019 e i profili di interesse nella prospettiva del giudizio costituzionale	99
2. Esiste il diritto fondamentale di prostituirsi liberamente e volontariamente?	102
3. La libertà di iniziativa economica può declinarsi nella prostituzione libera e volontaria?	104
3.1. Quale rilievo per la «naturale riluttanza verso una “scelta di vita” quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede» e la condizione di «vulnerabilità» delle persone che si prostituiscono?	104
3.2. La dignità umana nella sua accezione oggettiva non suscettibile di evoluzione a fronte del mutato contesto sociale quale forma di anacronismo legislativo?	108
4. Il fenomeno della prostituzione libera e consapevole: quali prospettive future?	113

OPZIONI ETICHE E SCELTE INDIVIDUALI: LA CRIMINALIZZAZIONE DELLA PROSTITUZIONE FRA GIUDICI E LEGISLATORI NELL’“EUROPA LATINA”	115
--	-----

*Alessandro Lauro*

1. Premessa	115
2. Libertà personale versus dignità: la ricerca del bene giuridico da tutelare	116
3. Spazio del legislatore e sindacato del giudice	119
4. La “coscienza sociale”, terzo incomodo fra giudice e legislatore (con particolare riguardo alla recente giurisprudenza italiana)	122
5. La neutralità etica degli ordinamenti democratici di fronte al mutamento sociale: un teorema da verificare?	128



IL MERCATO E I SUOI CORPI. RIFLESSIONI ATTORNO ALLO SFRUTTAMENTO DEI CORPI FEMMINILI	131
<i>Anna Lorenzetti</i>	
1. Introduzione	131
2. Il diritto municipale sui corpi prostituiti	131
2.1. L'istituzione delle "zone rosse"	131
2.2. Le ordinanze anti-prostituzione	133
3. Le bambole di silicone: il caso "LumiDolls"	138
4. Giochi di ruolo e corpi femminili	140
5. Prostituzione e genere: dinamiche oppressive e di dominazione	141
LA «LEGGE» DI FILUMENA O LA "LEGGE" DI GRAZIANA? CONSIDERAZIONI SU DIGNITÀ E PROSTITUZIONE TRA ITALIA E SPAGNA	153
<i>Gabriele Maestri</i>	
1. Introduzione, a passi accorti	153
2. La prostituzione secondo la Corte costituzionale: né diritto in- violabile, né attività economica "degnà"	154
3. La Spagna e la scelta "abolizionista"	160
4. La «legge» di Filumena e la "legge" di Graziana	165
5. Della dignità e di altri concetti scivolosi (provando a concludere)	167
IL CORPO DELLA DONNA SECONDO COSTITUZIONE	171
<i>Alessandra Mazzola</i>	
1. Il valore costituzionale della dignità	171
2. <i>Pater semper certus est, mater ... numquam!</i>	176
3. La possibilità di "costruire" il principio di antisubordinazione anche attraverso il corpo della donna	183
PROSTITUZIONE E VIOLENZA SESSUALE: IL CASO DEL CLIENTE CHE OMETTE IL PAGAMENTO BREVI CONSIDERAZIONI A PARTIRE DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 141 DEL 2019	191
<i>Flavia Pacella</i>	
1. Introduzione	191

	<i>pag.</i>
2. Violenza sessuale, consenso e abuso di autorità: il quadro normativo e giurisprudenziale	194
2.1. La violenza sessuale nel diritto positivo	194
2.2. La violenza sessuale nel diritto vivente	197
2.3. <i>Segue</i> : L'abuso di autorità (Sezioni unite 2020)	201
3. Vulnerabilità e prostituzione: la sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale	204
4. Le implicazioni della sentenza n. 141 del 2019 nell'ambito della violenza sessuale: il caso del cliente che non paga la persona che si prostituisce	207
5. Conclusione	211

RIFLESSIONI SULL'EDUCAZIONE SESSUALE E AFFETTIVA IN ITALIA A MARGINE DELLE SENTENZE N. 141 DEL 2019 E N. 278 DEL 2019 DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI PROSTITUZIONE FEMMINILE	213
---	-----

*Arianna Pitino*

1. Prostituzione e «libertà di autodeterminazione sessuale» delle donne	213
2. L'insegnamento dell'educazione sessuale nel contesto internazionale	217
3. L'educazione sessuale a scuola secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	221
4. L'insegnamento dell'educazione sessuale a scuola nell'ordinamento italiano	225
5. Dall'educazione sessuale all'educazione di genere (e ritorno): problemi e prospettive (poco incoraggianti)	228
6. Osservazioni conclusive	230

RIFLESSIONI IN ORDINE SPARSO TRA MERCIFICAZIONE DEL CORPO, DIGNITÀ, AUTODETERMINAZIONE E TENTAZIONI MORALISTICHE	233
--	-----

*Francesca Rescigno*

GENERE, SALTO DI SPECIE ED ECO-COSTITUZIONALISMO	249
--	-----

*Laura Ronchetti*

1. Le impari conseguenze della pandemia in ottica di genere	249
2. Il lavoro di cura non retribuito nonostante il suo valore	252

	<i>pag.</i>
3. Pandemia e autonomia delle donne	253
4. Il salto di specie e gli interrogativi che apre la “pandemia ombra”	255
5. Noi <i>antropos</i> siamo solo una parte dell’ecosistema	258
6. La matrice androcentrica della visione dicotomica Uomo/Natura	260
7. La prospettiva intersezionale tra sesso, razza e condizioni economiche e sociali per comprendere le diseguaglianze causate dal degrado ambientale	261
8. Per un eco-costituzionalismo in ottica di genere	263

## PARTE 2



# OPZIONI ETICHE E SCELTE INDIVIDUALI: LA CRIMINALIZZAZIONE DELLA PROSTITUZIONE FRA GIUDICI E LEGISLATORI NELL'“EUROPA LATINA”

*Alessandro Lauro*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Libertà personale *versus* dignità: la ricerca del bene giuridico da tutelare. – 3. Spazio del legislatore e sindacato del giudice. – 4. La “coscienza sociale”, terzo incomodo fra giudice e legislatore (con particolare riguardo alla recente giurisprudenza italiana). – 5. La neutralità etica degli ordinamenti democratici di fronte al mutamento sociale: un teorema da verificare?

## 1. *Premessa*

La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale sulla c.d. Legge Merlin presenta una particolarità: non è una decisione giurisprudenziale isolata nel panorama comparato. Sono gli stessi giudici costituzionali a darne conto, al § 4.5 *Cons. dir.*, laddove evocano i Paesi che adottano un modello abolizionista o “neo-protezionista”, citando le pronunce delle Corti costituzionali di Francia e Portogallo.

In tutti e tre i Paesi, gli ordinamenti sottopongono a sanzione penale l'acquirente delle prestazioni sessuali, a prescindere dalla condizione di libertà o meno della persona che le offre e, di conseguenza, alle tre Corti è stato chiesto di legalizzare *ope constitutionis* la prostituzione, depenalizzando le sue condotte collaterali, in particolare il suo sfruttamento anche nei semplici casi di “clientela”.

L'elemento di interesse che rende non solo possibile, ma anche proficua la comparazione, è che si tratta di tre Paesi “latini”, storicamente e socialmente legati alla tradizione culturale cattolica<sup>1</sup>. A ciò si aggiunge

---

<sup>1</sup>È solida nella dottrina della Chiesa cattolica l'idea che la “colpevolezza morale” di chi accede alla prostituzione sia maggiore rispetto a quella di chi si prostituisce: cfr. *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 2355: «La prostituzione offende la dignità della persona che si prostituisce, ridotta al piacere venereo che procura. Colui che paga pecca gravemente con-

una qual certa circolarità negli argomenti che i giudici costituzionali si trovano a maneggiare

## 2. *Libertà personale versus dignità: la ricerca del bene giuridico da tutelare*

Un primo tema che accomuna le tre giurisprudenze, a cui è possibile anche aggiungere una più risalente pronuncia del *Tribunal Constitucional de España*<sup>2</sup>, investe la scelta legislativa di ricorrere alla sanzione penale e, dunque, la necessità di individuare il bene giuridico che un diritto penale “costituzionalmente orientato”<sup>3</sup> deve obbligatoriamente porre alla base dell’esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato.

Già nel 1996, il giudice spagnolo dovette rigettare un argomento del ricorrente d’*amparo* – che agiva ritenendo ingiusta la sua condanna per favoreggiamento della prostituzione, essendo il gestore di una “casa di piacere” – con il quale si denunciava una violazione del principio di laicità dello Stato. Di fatti, il divieto della prostituzione tramite l’incriminazione delle condotte serventi sarebbe stato un mero precipitato di una visione morale e religiosa tradotta in norma penale dal legislatore. Pur in maniera sintetica, il *Tribunal* di Madrid indica chiaramente che il bene giuridico tutelato è la «*libertad de las personas en la esfera sexual*»<sup>4</sup>, all’evidenza presumendo che la prostituzione non potesse essere un’attività pienamente libera.

Qualche anno più tardi, il *Conseil constitutionnel* si pronunciava per la prima volta in materia di prostituzione (decisione n. 2003-467 del 13 marzo 2003), ritenendo che il delitto di adescamento (*racolage public*: art. 225-10-1 del *code pénal*) fosse compatibile con i principi costituzionali di legalità e necessità dei delitti e delle pene, poiché in questo modo si tutelava l’ordine pubblico e si ostacolava il traffico di esseri umani<sup>5</sup>.

---

tro se stesso: viola la castità, alla quale lo impegna il Battesimo e macchia il suo corpo, tempio dello Spirito Santo. La prostituzione costituisce una piaga sociale. Normalmente colpisce donne, ma anche uomini, bambini o adolescenti (in questi due ultimi casi il peccato è, al tempo stesso, anche uno scandalo). Il darsi alla prostituzione è sempre gravemente peccaminoso, *tuttavia l'imputabilità della colpa può essere attenuata dalla miseria, dal ricatto e dalla pressione sociale*» (enfasi aggiunta).

<sup>2</sup> Sentenza STC n. 129/1996, del 9 luglio 1996, resa a seguito di un *recurso de amparo*.

<sup>3</sup> Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 16.

<sup>4</sup> STC n. 129/1996, Punto 2 dei *Fundamentos Juridicos*.

<sup>5</sup> Decisione n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure, considérant* n. 62: «*Considérant, en premier lieu, que le racolage public est susceptible d'entraîner des troubles pour l'ordre public, notamment pour la tranquillité, la salubrité et la sécurité publiques; qu'en privant le*

Nel 2018, la posizione del *Conseil* si fa ancora più netta, poiché sottolinea che nel punire le condotte di favoreggiamento e sfruttamento della popolazione, il legislatore ha operato un bilanciamento equilibrato fra tutela della libertà personale e protezione dell'ordine pubblico, dando preminente rilievo alla lotta di fenomeni che degradano la persona umana e ne feriscono la dignità<sup>6</sup>.

Nel 2004 venne la volta della giurisdizione costituzionale di Lisbona, che rese l'*acordão* n. 144/2004, *leading-case* indiscusso per tutte le decisioni successive, sino alla più recente (n. 178/2018). Il ricorrente<sup>7</sup> si doleva di una condanna per il crimine di lenocinio previsto dall'art. 170, n. 1 del codice penale portoghese<sup>8</sup> e lamentava che la norma si sarebbe limitata a proteggere "sentimentalismi transpersonali", valori di mero ordine morale, imponendo così concezioni etiche a tutti i cittadini e impedendo loro di esercitare determinate attività: sarebbero stati dunque violati gli artt. 41 (sulla libertà di coscienza) e 47 (sulla libertà nelle scelte della professione lavorativa) della Costituzione lusitana, in relazione all'art. 18, comma 2, della stessa Carta, che ammette restrizioni dei diritti e delle libertà costituzionali solo per favorire l'esercizio e la tutela di altri diritti e libertà di pari grado (consacrando intrinsecamente il principio di proporzionalità).

La risposta dei giudici costituzionali, dai tratti kantiani, arriva molto lineare: sebbene qualunque norma penale abbia un sostrato culturale e storico riconoscibile, la criminalizzazione del lenocinio non deriva da preconcetti morali, ma si radica nel fatto che «un ordinamento giuridico orientato da valori di giustizia e fondato nella dignità della persona umana non deve essere mobilitato per garantire – come espressione di libertà di azione – situazioni o attività il cui principio sia che una persona, in una qualunque dimensione (sia essa intellettuale, fisica o sessuale) possa essere utilizzato come mero oggetto o strumento a servizio di altri»<sup>9</sup>.

---

*proxénétisme de sources de profit, la répression du racolage sur la voie publique fait échec au trafic des êtres humains; que la création par le législateur d'un délit de racolage public ne se heurte dès lors à aucune règle, ni à aucun principe de valeur constitutionnelle».*

<sup>6</sup> Decisione n. 2018-761 QPC del 1° febbraio 2019, *Association Médecins du monde, considérant* n. 11: «[...] en faisant le choix par les dispositions contestées de pénaliser les acheteurs de services sexuels, le législateur a entendu, en privant le proxénétisme de sources de profits, lutter contre cette activité et contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, activités criminelles fondées sur la contrainte et l'asservissement de l'être humain. Il a ainsi entendu assurer la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre ces formes d'asservissement et poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions».

<sup>7</sup> In forza dell'art. 70, comma 1, lett. b) della *Lei orgânica do Tribunal Constitucional*, è possibile ricorrere alla suprema giurisdizione contro sentenze dei giudici comuni che applichino norme la cui costituzionalità è stata eccepita nel corso del processo.

<sup>8</sup> Art. 170, n. 1 «Chi, professionalmente o a scopo di lucro, induce, favorisce o facilita l'esercizio della prostituzione da parte di un'altra persona o la pratica di atti sessuali di rilievo è punito con la pena detentiva da 6 mesi a 5 anni».

<sup>9</sup> TC *Acordão* n. 144/2004, punto 6.



Malgrado le innumerevoli sollecitazioni, incrementate negli ultimi anni<sup>10</sup>, il Tribunale portoghese ha sempre mantenuto il punto e ancora nel 2018 ha ribadito che la norma penale contro il lenocinio «tutela la dignità delle persone prostitute e la loro autonomia e libertà sessuale, nella misura in cui, essendo una popolazione povera o al di sotto della soglia di povertà, le persone che si prostituiscono non godono, di regola, di condizioni materiali per esercitare la loro libertà e autonomia personale». Peraltro «l'irrelevanza penale del lenocinio non è imposta da un pluralismo ragionevole nelle società democratiche, una volta che siano in causa beni giuridici fondamentali e costituzionalmente protetti, né la sua criminalizzazione discenda da un preconcepito morale o religioso del legislatore, ma dalla tutela dei diritti umani e della dignità delle persone prostitute»<sup>11</sup>. Insomma, per il giudice costituzionale portoghese «l'intendimento sottostante alla legge penale, in definitiva, si radica nella protezione attraverso mezzi penali contro la necessità di utilizzare la sessualità come mezzo di sussistenza, protezione che si fonda direttamente nel principio di dignità della persona umana»<sup>12</sup>.

La sentenza italiana del 2019 non si distacca dalle giurisprudenze sorelle. Respingendo l'allegata violazione del principio di offensività in astratto, la Corte costituzionale ripercorre le evoluzioni della giurisprudenza di legittimità che ha "ricalibrato" la portata del reato di favoreggiamento della prostituzione, rivedendone, con il passare del tempo, i beni giuridici di riferimento. Dalla tutela del buon costume e della moralità pubblica si è passati a rinvenire il fondamento del reato nella protezione della dignità e della libertà personale<sup>13</sup>, anche ricollegata alla moralità pubblica<sup>14</sup>, per approdare ad una concezione che mira alla tutela della sola dignità personale, anche nell'attività sessuale che non potrebbe essere mercificata<sup>15</sup>. La Corte, ribadendo che l'attuale assetto normativo non è un'opzione costituzionalmente obbligata, ritiene comunque che il principio di offensività in concreto sia rispettato, anche volendo configurare il favoreggiamento della prostituzione come reato di pericolo, volto dunque a prevenire e contrastare attacchi ai diritti fondamentali delle persone che si prostituiscono<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Si tratta di una lunga serie di pronunce: n. 170 del 2006, n. 33 del 2007, n. 396 del 2007, n. 522 del 2007, n.141 del 2010, n. 559 del 2011, n. 605 del 2011, n. 654 del 2011, n. 203 del 2012, n. 149 del 2014, n. 641 del 2016, n. 421 del 2017, n. 178 del 2018.

<sup>11</sup> Cfr. *Acordão* n. 178 el 2018, punto 8.

<sup>12</sup> *Acordão* n. 144/2004, punto 8, citato dall'*acordão* n. 178 del 2018.

<sup>13</sup> Cass, Sez. III, 8 giugno 2004, n. 35776.

<sup>14</sup> Cass., Sez. III, 9 novembre 2004-21 gennaio 2005, n. 1716.

<sup>15</sup> Cass., Sez. III, 17 novembre 2017-30 marzo 2018, n. 14593 e 19 luglio 2017-7 febbraio 2018, n. 5768.

<sup>16</sup> Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, § 7.3 *Cons. dir.* In un senso del tutto simile si è

Da questa breve rassegna, possiamo allora constatare il tentativo (forse più apparente, che reale: cfr. *infra*) delle Corti costituzionali di “de-eticizzare” le opzioni legislative di politica criminale concernenti la prostituzione. Si tratta di un’operazione non affatto banale, poiché si rende necessario “oggettivizzare”, attraverso precisi riferimenti all’ordinamento (e in particolare alle sue norme fondamentali), i beni giuridici di riferimento.

Il fulcro di quest’operazione diviene allora la dignità della persona, che si rivela un appiglio più solido del richiamo alla libertà personale. In quest’ambito, infatti, la libertà diviene un’arma a doppio taglio, un diritto fondamentale dai tratti ambigui, poiché potrebbe legittimare *a contrario* la liberalizzazione dell’attività prostitutiva in nome della volontarietà della scelta professionale ed esistenziale.

La dignità della persona costituisce dunque un bene ordinamentale non disponibile, da difendere *anche* in presenza di una scelta libera.

Il punto che emerge, però, è il seguente: a chi spetta decidere cosa sia la dignità, quali attività umane siano degne e quali no?

### 3. Spazio del legislatore e sindacato del giudice

Un altro *fil rouge* d’interesse per la comparazione fra le giurisprudenze è l’ossequio che i giudici riservano alle scelte del legislatore nell’esercitare il loro sindacato.

La sentenza spagnola del 1996 sottolineava l’ampio margine del legislatore nell’ambito della politica criminale, «*settore tanto sensibile alla realtà sociale*». Al legislatore spetta, dunque, la selezione dei beni giuridici che rilevano in un determinato modello di convivenza sociale e dei comportamenti che attentano a tali beni, senza che il giudice possa sindacare – sulla base del principio di uguaglianza e di ragionevolezza – scelte che il legislatore effettua in forza della sua legittimazione democratica, nei limiti essenziali dettati dalla Costituzione<sup>17</sup>.

Nella sua decisione del 2018, il *Conseil constitutionnel* – dopo aver utilizzato la formula abituale in cui ricorda i limiti del suo sindacato e il diverso ruolo che spetta invece al Parlamento, detta *réserve d’opportunité*<sup>18</sup> –

---

espresso anche il Tribunale costituzionale portoghese: «*a ofensividade que legitima a intervenção penal assenta numa perspetiva fundada de que as situações de prostituição, relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social, interferindo com – colocando em perigo – a autonomia e liberdade do agente que se prostitui*» (acórdão n. 641 del 2016, punto 8).

<sup>17</sup> STC n. 129 del 1996, Punto 4 dei *Fundamentos Juridicos*.

<sup>18</sup> «*L’article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d’appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne*

osserva che il legislatore non ha operato una scelta manifestamente squilibrata (“irragionevole”, avrebbe detto la Corte italiana)<sup>19</sup> e conclude che quegli ha ricorso ad un mezzo che, parimenti, non è manifestamente inappropriato rispetto agli obiettivi di politica pubblica perseguiti<sup>20</sup>. Si tratta, in realtà, di una verifica molto più approfondita di quanto non potrebbe suggerire il continuo ricorso all’avverbio “manifestamente”: il giudice francese, infatti, fa riferimento ai lavori parlamentari<sup>21</sup> per sviscerare la *ratio legis* della norma e controllare le ragioni che hanno indotto il legislatore a compiere, nel 2016, la scelta di irrigidire le sanzioni penali per il favoreggiamento della prostituzione.

Anche le varie pronunce portoghesi riconoscono che si tratta di un’opzione di politica criminale non costituzionalmente vincolata (*acórdão* n. 144 del 2004, punto 8) e, nel quadro giuridico e sociale vigente, data anche la difficoltà di definire strumenti legali adeguati per la protezione delle persone prostitute per combattere il traffico di essere umani, la scelta del legislatore democratico ricade pienamente all’interno del suo margine di libertà (*acórdão* n. 178 del 2018, punto 5), che il giudice (anche costituzionale, allorché è richiesto di modificare le fattispecie incriminatorie) è chiamato a rispettare in forza del principio di separazione dei poteri (*acórdão* n. 421 del 2017, punto 10).

La Corte italiana, per parte sua, si accoda alle precedenti (e alla sua giurisprudenza) nell’affermare che «*gli apprezzamenti in ordine alla “meritevolezza” e al “bisogno di pena” – dunque, sull’opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono, infatti, per loro natura, tipicamente politici*» (§ 7.1 *Cons. dir.*), riconoscendo in definitiva che l’incriminazione attualmente vigente «*rientra, semplicemente, nel ventaglio delle possibili opzioni di politica criminale, non contrastanti con la Costituzione*» (§ 7.3 *Cons. dir.*).

A parte la risalente pronuncia spagnola, è interessante osservare che l’argomento in questione (la discrezionalità legislativa non sindacabile)

---

*seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen*» (*Considérant* n. 12).

<sup>19</sup> *Considérant* n. 12: «*Si le législateur a réprimé tout recours à la prostitution, y compris lorsque les actes sexuels se présentent comme accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé, il a considéré que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l’existence d’une demande de relations sexuelles tarifées. En prohibant cette demande par l’incrimination contestée, le législateur a retenu un moyen qui n’est pas manifestement inapproprié à l’objectif de politique publique poursuivi*».

<sup>20</sup> Conseil Constitutionnel, *Commentaire à la décision n° 2018-761 QPC du 1<sup>er</sup> février 2019*, p. 14: «*le Conseil s’est ainsi assuré que les raisons invoquées au soutien de la protection des personnes prostituées contre toute forme d’exploitation sexuelle justifient que la liberté personnelle revendiquée par certaines d’entre elles trouve une limite dans la prohibition totale des relations sexuelles tarifées, à travers la pénalisation de leurs clients*».

<sup>21</sup> Cfr. il *considérant* n. 11.

potrebbe essere un elemento di per sé sufficiente a giustificare il rigetto delle varie questioni di costituzionalità. Eppure, nessuno dei giudici limita la sua pronuncia a questo aspetto: si tratta infatti di pronunce sempre molto ricche e analitiche rispetto alle obiezioni di costituzionalità mosse. Detto altrimenti, i giudici si rendono conto che si tratta di questioni su cui non vi è più l'amplessissima convergenza sociale (quasi un'unanimità) che sosteneva la scelta legislativa originaria (tanto più che – salvi gli inasprimenti delle pene, particolarmente in Francia<sup>22</sup> – si tratta di fattispecie penali che gli ordinamenti contemporanei portano avanti da decenni, come scelte consolidate e non così facilmente mutabili), ma la pur viva contestazione non è comunque tale da richiedere interpretazioni evolutive delle norme costituzionali di riferimento.

Oltre all'impressionante numero di sentenze del Tribunale portoghese<sup>23</sup>, anche l'origine della questione prioritaria di costituzionalità (QPC) in Francia è sintomatica di un qualche sommovimento a cui i giudici tentano di rispondere: la QPC è stata infatti trasmessa al giudice costituzionale dal Consiglio di Stato, investito di un singolare ricorso di alcune associazioni (fra cui *Médecins du monde*) contro il silenzio-rifiuto del Primo Ministro di abrogare un decreto regolamentare concernente la sensibilizzazione contro l'acquisto di prestazioni sessuali<sup>24</sup>. Il Consiglio di Stato ha ritenuto – secondo un'interpretazione molto estensiva – che gli articoli del Codice penale fossero "applicabili" nel caso concreto e ha dunque sollevato la QPC, in un contesto che in Italia sarebbe stato detto di *lis ficta*<sup>25</sup>. Di fronte a forti spinte sociali, soprattutto in tematiche etiche, si avverte sempre più spesso l'esigenza di pronunce "forti" e autorevoli da parte dei giudici costituzionali, che confortino (*in primis*) il legislatore. Nel caso della prostituzione, le Corti costituzionali hanno confermato le scelte legislative, ma assai più problematici sono i casi in cui questo non avviene.

---

<sup>22</sup> Nel 2016, infatti, una riforma legislativa ha esteso l'incriminazione anche ai clienti della prostituzione, essendo prima solo riservata a casi di prossenetismo e favoreggiamento: cfr. *Commentaire de la décision n. 2018-761 QPC du 1er février 2019*, p. 3.

<sup>23</sup> V. *supra*, nota 10.

<sup>24</sup> E. CARTIER, *Décision n. 2018-761 QPC du 1er février 2019 Association Médecins du monde et autres in Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques*, in Titre VII, n. 3, ottobre 2019: «[la décision] confirme la fonction de forum de la QPC compte tenu du nombre d'acteurs sociaux parties requérantes ou tiers admis à intervenir devant le Conseil constitutionnel, confirmant la dimension démocratique de cette procédure qui permet de rediscuter, «en droit», les options déterminées par les représentants de la nation».

<sup>25</sup> Diversamente dalla Corte costituzionale italiana, il *Conseil constitutionnel* non opera un controllo sulla "rilevanza" della QPC nel processo *a quo*, poiché la Cassazione e il Consiglio di Stato operano un giudizio di filtro verso i giudici inferiori, salvo che non siano essi stessi a porre la questione.

#### 4. *La “coscienza sociale”, terzo incomodo fra giudice e legislatore (con particolare riguardo alla recente giurisprudenza italiana)*

Che il legislatore sia il soggetto più adatto a prendere decisioni etico-normative in sintonia con gli orientamenti maggioritari della popolazione è un assunto costantemente ribadito dalle giurisdizioni costituzionali, come abbiamo visto; eppure si tratta di un postulato indimostrabile. Anzitutto, perché la figura del “legislatore” è una finzione corrispondente ad organi complessi, periodicamente eletti o rinnovati, che già nel momento successivo alla loro elezione potrebbero avere perso una parte della loro capacità rappresentativa<sup>26</sup>. Inoltre, ma non meno importante, non sempre le forze parlamentari che agiscono da legislatori si fanno portatrici delle visioni d’insieme del loro stesso elettorato – che potrebbe essere variegato al suo interno – aderendo, semmai, alle posizioni dei gruppi di interesse o delle porzioni di elettori che più degli altri riescono a farsi riconoscere come sostenitori di quella stessa forza politica e quindi ad indirizzarne l’azione. Da questo punto di vista, dunque, non è affatto da escludere che i giudici siano – per loro cultura, formazione, capacità, indipendenza – in una migliore posizione per interpretare le posizioni etiche prevalenti all’interno del corpo sociale inteso nel suo complesso<sup>27</sup>.

Tuttavia, la rimessione al legislatore delle scelte politiche eticamente sensibili è un irrinunciabile dogma della democrazia rappresentativa, per il quale non è possibile erigere il giudice a “rappresentante popolare” privo di una legittimazione che non sia semplicemente tecnico-intellettuale<sup>28</sup>. Basti pensare alla divergenza netta che si crea fra un intervento giuri-

---

<sup>26</sup> V. ONIDA, *La Costituzione*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 21, afferma che il popolo è un «sovrano muto». Su questa linea di pensiero A. D’ANDREA, *La riconsiderazione della funzione parlamentare quale strada obbligata per puntellare la traballante democrazia italiana*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, p. 10 afferma che, il giorno successivo alle elezioni, «il corpo elettorale [...] si dissolve come accade alla crisalide che lascia il bozzolo e diviene farfalla».

<sup>27</sup> Per quanto riguarda la giurisprudenza italiana v. sul tema N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione delle Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, p. 14, il quale sottolinea che «identificare e interpretare la coscienza sociale e i suoi mutamenti è il contrario dell’arbitrio individuale di un singolo, o di quello di un collegio. Proprio perché sociale e collettiva, la coscienza è diffusa e oggettiva, e deve pur consistere di indici che dovrebbero essere a loro volta oggettivabili in dati identificati e rintracciabili. A sua volta, l’espressività di tali dati nell’indicare un’evoluzione in una certa direzione dovrebbe essere chiara e razionalmente argomentabile». Da notare che l’A. ritiene che un molteplice numero di ordinanze di rimessione possa costituire, per la Corte italiana, un indice di riflessione sul mutamento di una determinata coscienza sociale (*ibidem*). È interessante osservare che, ad esempio, il giudice costituzionale portoghese rigetta un simile approccio, come dimostrato dalla “resistenza” ai numerosi stimoli al cambiamento della sua giurisprudenza sulla prostituzione da parte dei giudici comuni.

<sup>28</sup> Di recente (in particolare dopo l’introduzione della QPC nel 2010) è stata sviluppata in

sdizionale propositivo (ideologicamente connotabile come “progressista”) ed un intervento invece restrittivo (“conservatore”). Nell’un caso si tratta di censurare l’inerzia del legislatore, rimuovendo divieti che il passare del tempo e il mutamento sociale hanno reso obsoleti o insopportabili da parte della collettività, agendo quindi in un senso positivo<sup>29</sup>; nell’altro caso, di fronte ad un’attività “pedagogica” di un legislatore (*rectius*: di una maggioranza parlamentare) che vuole aprire la società verso determinati orizzonti ritenuti apprezzabili, il giudice si pone come impedimento al mutamento, compiendo quindi un’azione di carattere negativo. È chiaro che, nella prima situazione, l’attività del giudice appare (o forse è) meno arbitraria, perché fa perno su un sentimento sociale che il legislatore, svegliato o pavidato che sia, non è in grado di cogliere e tramutare in norma: il giudice diventa allora la valvola con cui si realizza una sovranità popolare inespressa per l’incapacità dei rappresentanti.

Nella seconda ipotesi, invece, difficilmente si potrà ricorrere ad un’interpretazione di “diritto vivente”<sup>30</sup>, ma semmai occorrerà barricarsi dietro precetti normativi che consentano al giudice di smentire – sul piano tecnico-giuridico – il legislatore rappresentativo. Detto altrimenti, di fronte alla scelta di una maggioranza democraticamente legittimata, il giudice non potrà dire di essere un migliore interprete delle istanze sociali, ma dovrà al massimo dimostrare che tali istanze non possono esplicitarsi nella direzione individuata dal decisore politico, poiché contravvengono a norme super-primarie, indisponibili per il legislatore ordinario. La strada maestra sarà, allora, la revisione costituzionale, nella quale la maggioranza parlamentare sarà obbligata a verificare l’esistenza di una convergenza politica più ampia sulla sua proposta oppure potrà sperare nel supporto del corpo elettorale all’esito del procedimento aggravato<sup>31</sup>.

Resta poi, ovviamente, la possibilità che il giudice confermi la scelta

---

Francia la tesi che il giudice è un attore fondamentale della democrazia, veicolo per trasformare le istanze dei cittadini in norme generali tramite il controllo di costituzionalità (c.d. *démocratie continue*): cfr. D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, Parigi, 2015.

<sup>29</sup> Si pensi al Caso *Obergefell v. Hodges* del 2015, nel quale la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò l’incostituzionalità dei divieti del matrimonio omosessuale presenti in alcuni Stati o alla decisione G 258-259/2017-9 del 4 dicembre 2017, pronunciata dalla Corte costituzionale austriaca, che ha aperto alle coppie omosessuali l’accesso al matrimonio.

<sup>30</sup> Inteso qui come operazione di interpretazione del diritto alla luce dell’evoluzione sociale: cfr. G. ZAGREBELSKI-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, il Mulino, Bologna, 2018, p. 207 ss.

<sup>31</sup> Emblematico il caso del referendum svolto in Irlanda nel 2015 per approvare il XXIV emendamento alla Costituzione e consentire così il matrimonio omosessuale, di fronte ad una consolidata giurisprudenza delle Corti che riteneva il matrimonio fra persone dello stesso sesso non ammissibile ai sensi della Legge fondamentale dell’Isola: si v. il caso *Zapone & Anor v. Revenue Commissioners & Ors* deciso dalla *High Court* nel 2006.

del legislatore storico: una terza strada che, come si è visto per la prostituzione, è la prediletta da parte delle giurisdizioni costituzionali<sup>32</sup>.

In definitiva, quale che sia il risultato dell'ablazione operata dal giudice ("progressista" o "conservatrice") la via del legislatore resta quella democraticamente preferibile: l'unica che possa contare su una vera legittimazione "dal basso", di certo sempre presunta fino a prova contraria (eventualmente si attiveranno gli strumenti contro-maggioritari previsti dai vari ordinamenti, come il referendum abrogativo<sup>33</sup>), ma non semplicemente percepita o supposta.

In questa prospettiva, la celebre "ordinanza Cappato" (Corte cost. n. 207 del 2018) in Italia ha segnato un momento di svolta, poiché il giudice ha rilevato un'illegittimità costituzionale sopravvenuta a causa del mutamento di un sentimento etico collettivo, indotto dallo sviluppo delle tecniche mediche e dalla riproposizione (anche mediatica) di casi clinici irrisolvibili, particolarmente dolorosi da gestire per i familiari dei malati non più autosufficienti (casi Englaro e Welby). Avendo lasciato infruttuosamente al legislatore un termine per ricomporre un quadro normativo coerente alla luce delle indicazioni date, il giudice costituzionale è, infine, intervenuto direttamente (Corte cost. n. 242 del 2019). Un tentativo di salvaguardare il "dogma" democratico-rappresentativo, ma nella consapevolezza che dalla parte dei giudici pendeva un sentimento sociale maggioritario, le cui istanze "evolutive" sono apparse ineludibili<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Si pensi al caso dei diritti delle coppie omosessuali: il *Conseil constitutionnel* ha, ad esempio, adottato una linea di conservazione delle scelte legislative, sia prima che dopo la legge sul *mariage pour tous* nel 2013, senza dunque ergersi ad interprete della coscienza sociale. Cfr. le decisioni n. 2010-39 QPC (sulle adozioni fuori dal matrimonio), n. 2010-92 QPC (sul divieto di matrimonio omosessuale) e n. 2013-669 DC (sull'apertura del matrimonio a coppie dello stesso sesso): v. M. DISANT, *L'appréhension du temps par la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 54, 2017, nota 37. Nella pronuncia del 2013, il giudice ha anche negato l'esistenza di un "principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica": le questioni di società e il diritto di famiglia hanno un carattere "contingente" e spetta dunque al legislatore definirne i contenuti: cfr. A. VIALA, *Un PFRLR contre le mariage gay?*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 4, 21 gennaio 2013, nonché *Conseil Constitutionnel, Commentaire de la décision n. 2013-669 DC du 17 mai 2013*. Anche in Spagna il Tribunale costituzionale ha escluso l'incostituzionalità della legge del 2005 sul matrimonio omosessuale, dando conto addirittura di inchieste sociologiche e statistiche sull'accettazione generalizzata nella società spagnola delle unioni omosessuali (STC n. 198/2012, punto 9 dei *Fundamentos Juridicos*).

<sup>33</sup> Restano ovviamente emblematici i referendum abrogativi italiani contro la legge 1° dicembre 1970, n. 898 sul divorzio (celebrato nel 1974) e la legge 22 maggio 1978, n. 194 sull'aborto (tenutosi nel 1981), con la vittoria in entrambi del no, con un conseguente effetto "confermativo" delle due riforme.

<sup>34</sup> I commenti a margine delle due pronunce riguardanti il "caso Cappato" sono innumerevoli. Si v. almeno A. APOSTOLI-F. BIONDI-P. CARNEVALE-O. CHESSA-M. CECCHETTI-F. GALLO-I. PELLIZZONE-B. PEZZINI (a cura di), *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale*, goWare, Firenze, 2019; S. CA-

Al contrario, nel caso della legge Merlin il giudice, in realtà, ha constatato che nel corpo sociale non si è realizzato quel cambiamento di visione etica, legata alla riprovazione sociale per l'esercizio pubblico della prostituzione. Anzi, nuovi e vecchi fenomeni sociali – come la tratta e lo sfruttamento dei migranti, la gestione del mercato del sesso da parte di organizzazioni criminali – ne hanno corroborato lo stigma, impedendo il mutamento della morale collettiva<sup>35</sup>.

E qui sta la seconda grande differenza fra le due scelte giurisprudenziali, che concerne il difficile bilanciamento fra le istanze individualistiche e le ragioni della collettività, entrambe in nome della “dignità”<sup>36</sup>. Di fatti, nel caso dell'ordinanza Cappato la dimensione della dignità umana che giustifica il rifiuto delle cure, e quindi la volontà di lasciarsi morire, è quella individuale. Viceversa, nel caso della prostituzione l'accento è posto sulla dimensione sociale (“oggettiva”, dice la Corte) della dignità, alla luce delle dinamiche sociali o devianti ricondotte al fenomeno<sup>37</sup>. Detto diversamente, nell'art. 32 Cost. il “rispetto della persona umana” è il rispetto che questa stessa persona chiede che le venga riconosciuto, al fine di rifiu-

---

TALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020; M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020; R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *dirittifondamenti.it*, 1, 2020, p. 639 ss.

<sup>35</sup> «È, dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente» (Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, § 6.1 *Cons. dir.*).

<sup>36</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017, p. 55 afferma che la dignità è «l'universale diritto al rispetto per quello che siamo, come autoconsiderazione che riflette la considerazione sociale, come diritto ad essere *effettivamente* riconosciuti dagli altri come partecipi, sullo stesso piano, alla cerchia sociale comune». In questa definizione già si coglie una tensione – o forse un'inscindibile connessione – fra la dimensione prettamente individuale e quella sociale e relazionale della dignità, che nell'ordinamento italiano sono rappresentati dagli art. 2 (consacrante i diritti inviolabili dell'uomo) e 3 Cost. (che riconosce la pari dignità sociale). E non si tratta mai di un dato immutabile, ma sempre strettamente correlato ad un dato coscienza storica: cfr. A. APOSTOLI, *Dignità della persona: superioerem non recognoscens (almeno per il costituzionalista)*, in V. ONIDA (a cura di), *Idee in cammino*, Cacucci, Bari, 2019, p. 225. Rispetto all'uso del parametro della dignità nella sentenza n. 141 del 2019 v. in particolare C. SALAZAR, *La Corte costituzionale, la “legge Merlin” e la “legge” di Filumena Marturano*, retro in questo volume, p. 27 ss.

<sup>37</sup> Come osserva R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 novembre 2019, p. 5: «Benché la Corte costituzionale compia qualche sforzo per scongiurarlo, è difficile negare che questo concetto di dignità si collochi non molto lontano da quei concetti di moralità pubblica e di buon costume, di standard etici imposti all'individuo».



tare le cure e abbandonare un'esistenza di sofferenza<sup>38</sup>: una scelta "socializzata" in relazione all'accettazione maturata nel corpo sociale di fronte a decisioni estreme di questo tipo, ma pur sempre riconducibile ad una concezione individuale della dignità esistenziale<sup>39</sup>. Nell'art. 41 Cost., invece, la dignità come limite all'iniziativa economica privata non può essere letta – soprattutto nel giudicare la legittimità del reato di favoreggiamento alla prostituzione – disgiuntamente dai termini che l'accompagnano (*sicurezza e libertà*), in una dimensione di rapporti etici, sociali ed economici che costituiscono il quadro alla stregua del quale valutare la compatibilità dell'iniziativa economica privata con l'ordinamento costituzionale (*l'utilità sociale*). Dunque, questi limiti valgono non solo allorché l'attività economica metta in pericolo la sicurezza, la libertà e la dignità *altrui*, ma pure quando questi valori si trovino sacrificati rispetto alla stessa persona dell'esercente, nel quadro del contesto sociale in cui si colloca l'attività lucrativa<sup>40</sup>.

A questo medesimo approccio è ascrivibile – *mutatis mutandis* – anche Corte cost. n. 221 del 2019<sup>41</sup> in materia di divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita da parte di coppie omosessuali, con conseguente penalizzazione di coloro che mettessero in atto questa pratica<sup>42</sup>. Di

---

<sup>38</sup> B. PEZZINI, *Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019*, in *Corti Supreme e salute*, 1, 2020, p. 309: «il rilievo di "dignità e autodeterminazione" cresce fino a rendersi autonomo dalla sfera della tutela della salute in quanto tale e a determinare una discontinuità rispetto al momento dell'accertamento condiviso, che resta – questo sì – radicato nella relazione terapeutica e nell'art. 32 Cost. La necessità di riconoscere e garantire la dignità della persona esce dalla sfera propria del diritto alla salute e approda nella diversa dimensione del riconoscimento della *libertà del paziente nella dignità del morire*» (enfasi dell'A.).

<sup>39</sup> Criticamente si v. A. D'ANDREA, *Dignità sociale versus dignità individuale: la fine della vita non può essere solo un fatto personale*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2020, p. 293 ss., il quale sottolinea che «più che il rilievo personale – la percezione individuale – che ciascuno è disposto a riconoscere ai propri diritti e a quelle pretese che non sono diritti o che non lo sono ancora, la Costituzione, in primo luogo, e la legge quando, positivizzandoli, definiscono i diritti delle persone lo fanno, in linea di principio, con lo sguardo rivolto alla comunità politico-sociale di riferimento e, per i diritti fondamentali (riconosciuti ben oltre la dimensione nazionale degli ordinamenti), al genere umano nella sua pienezza».

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 295: «In tutti i casi nei quali il dettato costituzionale individua il limite che non può essere oltrepassato da un soggetto, pubblico o privato che sia, affinché sia preservata la "dignità" degli individui in stato di soggezione – da intendersi nella sua accezione "sociale" non già individuale –, si incardina un obbligo di intervento attuativo del legislatore per rendere concreto quel limite».

<sup>41</sup> Si v. a commento: L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 aprile 2020.

<sup>42</sup> Sullo stesso tema si è espresso anche il *Conseil Constitutionnel* nella decisione n° 2013-

fatto, e al di là delle raffinate controdeduzioni svolte rispetto ai giudici rimettenti, l'argomento sostanziale su cui si fonda la decisione della Corte è l'impossibilità di riconoscere un diritto alla genitorialità (inteso come diritto a diventare genitori, non come diritto ad esercitare una responsabilità genitoriale già venuta ad esistenza) secondo un approccio soggettivistico, riconducibile alle aspirazioni dei singoli, senza considerazione del quadro normativo e sociale di riferimento (non a caso, si cita il problema della maternità surrogata in caso di coppie omosessuali maschili)<sup>43</sup>. I giudici della Consulta sottolineano infatti il potere-dovere del legislatore di modificare il quadro legislativo in funzione di un mutato "apprezzamento sociale della fenomenologia considerata". In questo caso, tuttavia, la Corte non avverte un'istanza di cambiamento proveniente dalla società o dal mutamento dei costumi tale da dover rivolgere al legislatore anche solo un monito<sup>44</sup>.

Anche la successiva sentenza n. 230 del 2020 (concernente la "maternità intenzionale", sotto il profilo della possibilità di rettifica dell'atto di nascita di un bambino, affinché potessero figurare le due madri congiunte in unione civile, di cui una sola madre biologica) resta in questo tracciato, riconoscendo al legislatore la discrezionalità sull'*an* e sul *quomodo* dell'intervento<sup>45</sup>, pur con una chiosa finale che, se certo non costituisce un vero e proprio monito, sembrerebbe quantomeno un invito al legislatore a riconsiderare alcune scelte compiute nel 2016 con la legge sulle unioni civili per meglio tutelare l'interesse preminente del minore<sup>46</sup>.

---

669 DC concernente la legge sul matrimonio omosessuale. In quell'occasione, il *Conseil* escluse che l'apertura del matrimonio comportasse anche la necessaria accessibilità alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie dello stesso sesso, lasciando la scelta alla discrezionalità del legislatore (*Considérant* n. 44). Qualche anno più tardi la decisione venne confermata anche dal *Conseil d'État*, che rifiutò la trasmissione della QPC al giudice costituzionale (decisione n. 421899 del 28 dicembre 2018),

<sup>43</sup> Corte cost., 18 giugno 2019, n. 221, §§ 8 e 12 *Cons. dir.*

<sup>44</sup> «In accordo con quanto si è posto in evidenza in principio, il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte di questa Corte, onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza. Nella specie, peraltro, la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce *in subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata» (Corte cost., 18 giugno 2019, n. 221, § 13.1 *Cons. dir.*).

<sup>45</sup> «Il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata» (Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 230, § 7 *Cons. dir.*).

<sup>46</sup> «Una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed

## 5. *La neutralità etica degli ordinamenti democratici di fronte al mutamento sociale: un teorema da verificare?*

Il punto conclusivo a cui perviene questo itinerario deve allora ritornare ai tentativi delle giurisdizioni costituzionali di de-moralizzare il fondamento del reato di prostituzione.

Eccettuata (per ovvie ragioni) la Francia<sup>47</sup>, tutte e tre le altre giurisdizioni citate affrontano il tema della violazione del principio di laicità dello Stato, sia come esplicito motivo di illegittimità sottoposto al giudice (Spagna e Italia), sia come argomento presupposto ad altre censure (Portogallo).

La questione è estremamente affascinante e rinvia al millenario dibattito dei rapporti fra etica e diritto, nonché ai fondamenti stessi di quest'ultimo. Qui è possibile solo svolgere qualche breve osservazione secondo una prospettiva eminentemente costituzionalistica.

Il principio di laicità nello Stato pluralista comporta che lo stesso, quanto meno teoricamente, «dal punto di vista etico... sia doppiamente neutrale. Lo [è] rispetto agli scopi individuali dei cittadini che, se rispettosi della libertà altrui, non sono né “buoni”, né “cattivi”. E lo [è] con riferimento agli scopi suoi propri, riconducibili al meta-scopo di garantire ai singoli di poter agire liberamente per il perseguimento dei loro fini indivi-

---

estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore». (*Ivi*, § 9.1 *Cons. dir.*). A commento della sentenza v. A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giur. cost.*, 6, 2020, p. 12 ss. Rispetto al rapporto Corte-legislatore l'A. osserva che: «in ossequio alla discrezionalità legislativa, [il giudice] condanna la questione all'inammissibilità. Non viene cioè replicata la “tecnica Cappato” che, forgiata per un tema ad alta sensibilità etico-sociale, la Corte ha presto voluto “de-eticizzare” applicandola – come è noto – ad una questione di diritto penale classico in relazione a parametri di origine sovranazionale, come la diffamazione a mezzo stampa (ord. n. 132 del 2020). La scelta di non utilizzare il “nuovo” modulo decisionale nel caso dell'omogenitorialità femminile, ma di dichiarare la semplice inammissibilità, si ricollega presumibilmente alla volontà rassicurante nei confronti dei decisori politici: la Corte non interverrà in questa tipologia di casi mettendo in mora il legislatore, pur non rinunciando del tutto ad indicare alcune normative – l'adozione in casi particolari – in grado di assicurare un minimo di tutela al rapporto fra madre sociale e minore.» (p. 15).

<sup>47</sup> Come noto, trattandosi di un ordinamento fortemente “separatista” (cfr. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 26), nessuno in Francia adombra il dubbio che le norme penali traducano regole morali riconducibili ad un dato orientamento etico-religioso. Il che non significa che, nel corso della storia, tali orientamenti non abbiano influenzato grandemente i costumi e le visioni etiche maggiormente diffuse in una società: semplicemente a livello giuridico questa influenza non viene riconosciuta. Viceversa, Italia, Spagna e Portogallo sono sistemi concordatari, che riconoscono comunque una preminenza quanto meno “storico-culturale” alla confessione cattolica (cfr. art. 7 Cost. It.; art. 16 Cost. Sp., nonché il *Concordato tra Santa Sede e Repubblica portoghese* del 18 maggio 2004).

duali e associativi»<sup>48</sup>. Lo Stato eticamente neutro sarebbe allora «un arbitro che, nella regolamentazione dei conflitti – anche valoriali – tra le culture, deve semplicemente ritrarsi»<sup>49</sup>.

Dal punto di vista giuridico, in particolare, la neutralità etica impone che in un ordinamento democratico, pluralista e laico<sup>50</sup> non possano esistere, nella regolazione delle scelte etico-sociali dei singoli considerate accettabili o meno, “dogmi assoluti”, verità rivelate ed immutabili. Questo segna la differenza – quanto meno teorica<sup>51</sup> – con gli ordinamenti di tipo confessionale, per loro natura fondati su principi “rivelati” e dunque immutabili.

Dunque, il mutamento sociale che si riverbera in un mutamento legislativo “espansivo”<sup>52</sup> è un precipitato imprescindibile della democrazia laica e il pervicace rifiuto legislativo di tradurre normativamente tale mutamento giustifica l'intervento del giudice costituzionale, in ossequio ad un combinato disposto fra principio democratico e principio di laicità, tenuti ovviamente in considerazione altri principi e valori che potrebbero essere compromessi. Di fatti, non sempre sarà possibile per il popolo attivare quegli strumenti di controllo dell'attività legislativa, quale il referendum (magari assente in taluni sistemi), né può essere sempre assicurato, tramite il voto e la “sanzione elettorale”, il rispetto degli orientamenti effettivamente maggioritari all'interno del corpo sociale.

Ciò, però, lungi dal provare la neutralità etica degli ordinamenti, ne se-

<sup>48</sup> F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? La Costituzione tra individuo e comunità*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 92.

<sup>49</sup> M. TUONO, *La bioetica di fronte alla sfida multiculturale. Aspetti filosofici e antropologici*, Tesi di dottorato, Università Ca' Foscari di Venezia, 2011, p. 26, riprendendo C. TAYLOR, *Le juste et le bien*, in *Revue de Metaphysique et de Morale*, 1, 1988, p. 33 ss. Secondo il documento della Commissione Teologica Internazionale, *La libertà religiosa per il bene di tutti*, 21 marzo 2019, par. 63: «Nell'ambito delle sue diverse elaborazioni teoriche [...] si possono individuare almeno quattro principali interpretazioni della neutralità dello Stato. (a) Un'impostazione che definisce pragmaticamente le materie che possono essere oggetto di norme vincolanti per la libertà individuale; (b) una teoria che precisa il tipo di razionalità che definisce la competenza normativa del legislatore; (c) una teoria che rende accettabili effetti differenziati relativamente al vantaggio dei diversi gruppi sociali, a condizione che questo vantaggio non sia la ragione formale della norma; (d) una teoria che garantisce un esercizio delle libertà politiche che non implica il riferimento vincolante a una nozione trascendente del bene».

<sup>50</sup> S. HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates: Eine liberale Interpretation der Verfassung*, Moor Siebeck, Tubinga, 2002.

<sup>51</sup> Anche negli ordinamenti confessionali, come insegna la storia della dottrina cattolica, possono emergere nuove interpretazioni delle fonti o dei dogmi considerati stabiliti.

<sup>52</sup> Si pone il problema di un mutamento della coscienza sociale che richieda una regressione in termini di diritti e di libertà: in questo caso è necessario che si attivino altri principi dell'ordinamento costituzionale affinché non si comprometta un “minimo garantito” nella tutela dei diritti: cfr. A. APOSTOLI, *Dignità della persona*, cit., p. 232 ss.

gna semmai l'impossibilità<sup>53</sup>. Come mettono in luce le pronunce dei giudici costituzionali, le norme (in particolare penali) non esistono in maniera indipendente dal "substrato umano" nel quale si applicano<sup>54</sup>, ma sono espressione di una legislazione che – salvo inceppi dei meccanismi della democrazia rappresentativa – nella sua dimensione valoriale (cioè di "selezione dei beni giuridici" rilevanti<sup>55</sup>) dovrebbe essere sostenuta o non avversata da una maggioranza del corpo elettorale. E ancora, prima del legislatore è lo stesso quadro costituzionale che seleziona un ventaglio di opzioni legislative, escludendone alcune incompatibili con i suoi valori e principi fondanti<sup>56</sup>.

Lo stesso riferimento a principi amplissimi<sup>57</sup>, quale la tutela della dignità umana, porta le Corti a fare uso di standard etici<sup>58</sup> che consentono di intercettare il mutamento sociale<sup>59</sup> e, dunque, di essere "in fase" con un sentimento maggioritario.

Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali assume allora contorni di assoluta delicatezza. Custodi di principi supremi per loro natura particolarmente resistenti al cambiamento, le Corti non possono però esimersi dall'incitare il legislatore a non essere refrattario alle legittime istanze che provengono dalla società.

In questo gioco (quasi ossimorico) fra garanzia di continuità e promozione dell'evoluzione, tocca al legislatore agire con il giusto equilibrio prestando attenzione alle modificazioni sociali, così da lasciare ai giudici il compito primo che gli spetta: quello, cioè, di intervenire a valle per verificare la legittimità delle scelte legislative, e non a monte, per sindacare le non-scelte dei rappresentanti popolari sostituendosi a loro.

<sup>53</sup> F. BELLIVER, *Bioéthique, bioéquité, libertés et Etat: à propos de l'éthique minimaliste de R. Ogien*, in *Jus Politicum*, 5, 2010, p. 4, parla di una neutralità etica dello Stato «impossibile».

<sup>54</sup> *Acordão* n. 144/2004: «*subjacente à norma do artigo 170, no 1, está inevitavelmente uma perspectiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade*».

<sup>55</sup> STC n. 129 del 1996, punto 4 dei *Fundamentos Jurídicos*.

<sup>56</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 205 ss. elabora una distinzione fra valori («beni in sé») e principi («beni iniziali»). I primi sono «valorifini», scopi dotati di un contenuto in sé stessi; i principi richiedono invece «attività consequenzialmente determinate».

<sup>57</sup> Va sempre tenuto presente che «nel contesto di società nelle quali convivono molteplici concezioni del mondo il livello di astrazione della norma può risolversi in un varco indiscriminato di concezioni etiche particolari, o al contrario in un fattore frenante della neutralità etica dello Stato» (P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 262).

<sup>58</sup> R. BIN, *La libertà sessuale*, cit., p. 5

<sup>59</sup> S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2013, p. 19: «Il diritto non può negarsi al mondo. Proprio il principio di dignità gli consente di seguirne i movimenti, di entrare nelle pieghe del mutamento, di esserne misura senza lasciarsene sopraffare».