



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

**Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, comparato e
internazionale Curriculum Diritto pubblico dell'economia
XXXV ciclo**

Tesi di dottorato

**La prostituzione tra dignità umana e libertà. Un'analisi
costituzionale**

Dottoranda

Flavia Pacella

Tutor

Chiar.ma prof.ssa Francesca Angelini

Coordiatore

Chiar.mo prof. Fabio Giglioni

Anno accademico 2021/2022

SOMMARIO

Introduzione.....	5
La prostituzione tra prassi e diritto.....	9
1. Premessa.....	9
2. La prostituzione, le prostituzioni: coordinate essenziali del fenomeno	11
3. La legislazione in materia di prostituzione	16
3.1. Inquadramento comparato: i modelli di disciplina della prostituzione tra repressione e promozione	16
3.2. La legge Merlin e il sistema abolizionista.....	24
4. Il diritto vivente italiano	38
4.1. La giurisprudenza penale e civile	40
4.2. La giurisprudenza costituzionale.....	49
5. Una provvisoria definizione di prostituzione: gli elementi essenziali del concetto	53
6. Prostituzione (volontaria) e Costituzione: un primo inquadramento.....	59
6.1. La prostituzione volontaria e le categorie del diritto costituzionale nella sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale	61
6.2. Il binomio dignità-libertà come angolo prospettico per un'analisi costituzionale della prostituzione volontaria, senza dimenticare di usare le lenti di genere.....	64
Prostituzione e dignità umana	67
1. Premessa.....	67
2. Dignità umana e genere: un inquadramento storico	71
2.1. Le origini pre-giuridiche della dignità umana: un concetto essenzialmente maschile.....	72
2.2. Kant, il significato moderno di dignità umana e le conseguenze in tema di prostituzione	78

2.3.	La costituzionalizzazione della dignità umana e le potenzialità del concetto in chiave di genere	83
3.	Dignità umana, diritti fondamentali, libertà	89
3.1.	Dignità umana e diritti fondamentali.....	90
3.2.	Dignità umana e libertà nella prospettiva economica	95
4.	Prostituzione, diritti e dignità umana	98
4.1.	Il bene giuridico protetto dai reati in materia di prostituzione tra dignità e libertà 99	
4.2.	La dignità umana oggettiva come strumento protettivo delle persone vulnerabili 104	
	Prostituzione e libertà	110
1.	Premessa.....	110
2.	Il complesso rapporto tra prostituzione, vulnerabilità e libertà	111
2.1.	La configurazione proposta dalla Corte costituzionale: la prostituzione come vulnus alla libertà di autodeterminazione e l'intrinseca vulnerabilità della persona che si prostituisce	111
2.2.	La presunzione di vulnerabilità: dal suo fondamento al suo superamento	114
3.	Prostituzione e libertà nella riflessione femminista: il ruolo del consenso (sessuale) 120	
3.1.	La posizione (del femminismo) liberale	120
3.2.	La posizione del femminismo radicale	123
3.3.	Critica alla posizione liberale e radicale	124
3.4.	Una prospettiva realmente emancipativa: l'autonomia relazionale	129
4.	La libertà tra consenso e desiderio: una nuova concettualizzazione della prostituzione volontaria	132

4.1. Una nuova tassonomia dei rapporti (etero)sessuali: il desiderio entra nell'equazione	133
4.2. La prostituzione volontaria come sesso consensuale ma non desiderato	138
4.3. Il desiderio e l'offensività in concreto delle condotte parallele	140
Conclusioni.....	146
Ringraziamenti	155
Opere citate	156
Sentenze citate.....	183
Corte costituzionale.....	183
Corte di Cassazione.....	183
Corte di Giustizia dell'Unione Europea	184
Corte europea dei diritti dell'uomo	184

INTRODUZIONE

La prostituzione¹ si offre alla riflessione giuridica come un temibile mistero: collocata nella faglia tra natura e cultura², tra dominazione ed emancipazione³, essa pone il costituzionalismo di fronte alla necessità di individuare un bilanciamento tra dignità e libertà, tra la garanzia dei diritti fondamentali e l'applicazione dei loro limiti interni ed esterni. La prostituzione, in altre parole, interroga il diritto costituzionale nelle sue fondamenta.

Nella prospettiva di questo lavoro rileva essenzialmente la c.d. prostituzione volontaria, ovverosia un tipo di lavoro sessuale caratterizzato dalla scelta libera e consapevole della persona che si prostituisce rispetto all'ingresso, alla permanenza e all'uscita dal mercato prostitutivo. È la prostituzione volontaria, infatti, che pone il problema di capire se, ed eventualmente fino a che punto questa tipologia di prostituzione sia compatibile con la Costituzione. Per rispondere a questi interrogativi occorre chiamare in causa tanto la dignità umana quanto la libertà, sotto i profili della libertà di autodeterminazione, della libertà sessuale e della libertà di iniziativa economica privata. E allora la domanda che si pone alla base di questo lavoro è: qual è il rapporto tra dignità umana e libertà nella prostituzione (volontaria)?

Per quanto intuitiva possa apparire la domanda, la risposta è tutt'altro che semplice. A complicare le cose, infatti, v'è da osservare che non solo la prostituzione non è un fenomeno sociale unitario, ma nemmeno è possibile partire da una definizione giuridica⁴. Inoltre, si tratta di un argomento sotto-teorizzato dalla scienza costituzionalistica. Infine, quello prostitutivo è un tema polarizzante nel discorso politico e giuridico perché

¹ In questo lavoro si utilizzerà tanto il termine *prostituzione*, scevro da ogni connotazione dispregiativa attribuitagli dalla morale sociale corrente, quanto i termini *sex work* e *lavoro sessuale*. Questi ultimi termini nascono alla fine degli anni '70 nel mondo dell'attivismo femminista al fine di liberare la pratica prostitutiva dallo stigma che tradizionalmente aveva colpito tale attività (si veda, a tale proposito, GIULIA ZOLLINO, *Sex work is work*, Torino, Eris, 2021).

² Il riferimento è a CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Presses Universitaires de France, 1947. Si veda anche MARTHA C. NUSSBAUM, *Sex and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 253 ss.

³ GAYLE S. RUBIN, *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, in CAROLE S. VANCE (ed.), *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, Thorsons, 1993, p. 160.

⁴ Come si vedrà oltre, il diritto positivo non definisce la prostituzione e i tentativi giurisprudenziali, per quanto utili sotto il profilo sistematico, non sono immuni da criticità.

permeato da ingiunzioni della morale sociale e dunque naturalmente esposto alla radicalità ideologica⁵.

A fronte della intrinseca complessità che connota il rapporto prostituzione-Costituzione, si è ritenuto necessario adottare in questo lavoro una prospettiva di genere. In punto di metodo, infatti, la dimensione di genere è ineludibile per una molteplicità di ragioni.

In primo luogo, questa scelta si giustifica sulla base di rilievi empirici. Come si vedrà meglio nel prosieguo, il mercato della prostituzione si caratterizza per una particolare segregazione rispetto al genere: mentre la maggior parte dell'offerta è di provenienza femminile (o comunque femminilizzata⁶), la domanda è in larga misura maschile. Del resto, è noto che lo stigma sociale che tradizionalmente è connesso all'esercizio della vendita di prestazioni sessuali colpisca le donne molto più che gli uomini.

Non è allora difficile capire per quale motivo la questione prostitutiva sia stata tematizzata innanzitutto e primariamente come una questione femminile. Ciò appare confermato, in secondo luogo, dal fatto che in Italia il discorso politico intorno alla prostituzione e, in generale, intorno alla moralità pubblica è stato storicamente uno dei primi spazi in cui le donne hanno compiuto un'esperienza di politicizzazione⁷. Di conseguenza, la regolazione giuridica della prostituzione è stata uno dei luoghi dove si è combattuta la battaglia per l'emancipazione femminile⁸.

Eppure, affermare che la prostituzione sia una *questione femminile* e che vada trattata con un approccio sensibile al genere implica necessariamente anche andare a vedere l'altra faccia della prostituzione come questione di genere. Si impone cioè di tematizzare la prostituzione anche come *questione maschile*. Essa, infatti, è il prodotto naturale di un ordine sociale simbolico fondato sulla dominazione maschile nei confronti delle donne⁹

⁵ FRANCESCO VIGANÒ, *Il principio di laicità e le recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione*, in ALBERTO CADOPPI, PAOLO VENEZIANI, FRANCESCO MAZZACUVA, *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale*, Bologna, Bologna University Press, 2022, pp. 51 ss.; TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, Pisa, Pisa University Press, 2015, p. 8.

⁶ Ci si riferisce, in particolare, alle persone in transizione sessuale *male to female* (MtF).

⁷ SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, Milano, Carocci, 2006, p. 104.

⁸ BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, in GIANLUCA BASCHERINI, GIORGIO REPETTO (a cura di), *Per una storia costituzionale italiana attraverso la letteratura*, Milano, Franco Angeli, 2022, pp. 252 ss.

⁹ PAOLA TABET, *La grande beffa. Sessualità delle donne e scambio sesso-economico*, Rubbettino, 2004, p. 74. Nello stesso senso GIUSEPPE MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici*

e che riconosce un particolare valore economico alla sessualità femminile¹⁰. Nello specifico, vista dalla prospettiva maschile la prostituzione è un dispositivo che garantisce un accesso virtualmente illimitato alla sessualità femminile sulla base di un preteso *diritto al sesso*¹¹. In questo senso, la prostituzione legittima il desiderio maschile ma, al tempo stesso, oblitera quello femminile. È evidente, allora, che una legislazione in tema di prostituzione «interviene oggettivamente a ridefinire i limiti e le possibilità del desiderio maschile»¹². Di conseguenza, soltanto attraverso una prospettiva di genere è possibile mettere in discussione il contratto sessuale che fonda il contratto sociale¹³.

Coerentemente con il quadro sopra tracciato, il primo capitolo di questo lavoro si occuperà di fornire le coordinate essenziali ai fini di inquadrare il rapporto prostituzione-Costituzione. In particolare, a valle di una ricostruzione empirica della prostituzione come fenomeno sociale, si procederà ad un'analisi del diritto positivo e del diritto vivente *in subiecta materia*. Il secondo capitolo, invece, approfondirà il rapporto tra prostituzione e dignità umana alla luce degli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale. Il giudice delle leggi, infatti, ha funzionalizzato la dignità umana all'esigenza di protezione delle persone che si prostituiscono in quanto soggetti particolarmente vulnerabili. Questa tematizzazione ha delle importanti ricadute in punto di libertà (di autodeterminazione, sessuale ed economica), che saranno oggetto di analisi nel terzo capitolo, dove si proporrà una sintesi in grado di coniugare prostituzione, dignità e libertà.

In questo lavoro si è cercato, inoltre, di definire la prostituzione come concetto giuridico: se nel primo capitolo si propone una definizione descrittiva, che ne illumina gli elementi costitutivi ed è utile a dialogare con la giurisprudenza ordinaria e costituzionale sul tema, nel terzo capitolo si fornisce una definizione critica, funzionale ad individuare sia una sintesi delle diverse posizioni ermeneutiche sia un bilanciamento tra i vari

della prostituzione, in UMBERTO BRECCIA, ALESSANDRO PIZZORUSSO (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, Pisa University Press, 2007, pp. 213 ss.

¹⁰ ROY F. BAUMEISTER, KATHLEEN D. VOHS, *Sexual Economics: Sex as Female Resource for Social Exchange in Heterosexual Interactions*, in *Personality and Social Psychology Review*, n. 8, 2004, pp. 339 ss.; LAURIE A. RUDMAN, JANNELL C. FETTEROLF, *Gender and Sexual Economics: Do Women View Sex as a Female Commodity?*, in *Psychological Science*, n. 25, 2014, pp. 1438 ss.

¹¹ AMIA SRINIVASAN, *The Right to Sex*, London, Bloomsbury, 2021, pp. 127 ss. All'estremo di questa ideologia si inserisce il movimento dei cc.dd. *incel*, cioè dei celibi per scelta, che difendono i concetti di determinismo biologico e attingono alla psicologia evoluzionistica per sostenere politiche di distribuzione sessuale forzata, secondo cui lo Stato «dovrebbe esigere dalle donne la partecipazione a specifiche relazioni sessuali» (SLAVOJ ZIZEK, *Il sesso e l'assoluto*, Milano, Ponte alle grazie, 2019, p. 270).

¹² SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 9.

¹³ CAROLE PATEMAN, *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press, 1988.

interessi in gioco. E allora, la prima, fondamentale, domanda cui occorre rispondere è anche quella che *prima facie* può sembrare la più banale: di cosa parliamo quando parliamo di prostituzione?

La ricerca che in questa sede si propone si è avvalsa del soggiorno di ricerca che la sottoscritta ha potuto svolgere presso il Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law di Friburgo in Brisgovia (Germania). Grazie al riconoscimento di un finanziamento competitivo per la mobilità all'estero dei dottorandi, bandito dall'Università Sapienza, la sottoscritta è stata quindi *visiting guest* per 3 mesi presso il suddetto istituto al fine approfondire le tematiche sottese al presente lavoro. In particolare, il soggiorno si è dimostrato utile sia per le ricerche bibliografiche sia per il costante e proficuo confronto con i ricercatori e le ricercatrici di quell'istituto.

CAPITOLO I

LA PROSTITUZIONE TRA PRASSI E DIRITTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La prostituzione, le prostituzioni: coordinate essenziali del fenomeno. – 3. La legislazione in materia di prostituzione. – 3.1. Inquadramento comparato: i modelli di disciplina della prostituzione tra repressione e promozione. – 3.2. La legge Merlin e il sistema abolizionista. – 4. Il diritto vivente italiano. – 4.1. La giurisprudenza penale e civile. – 4.2. La giurisprudenza costituzionale. – 5. Una provvisoria definizione di prostituzione: gli elementi essenziali del concetto. – 6. Prostituzione (volontaria) e Costituzione: un primo inquadramento. – 6.1. La prostituzione volontaria e le categorie del diritto costituzionale nella sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale. – 6.2. Il binomio dignità-libertà come angolo prospettico per un'analisi costituzionale della prostituzione volontaria, senza dimenticare di usare le lenti di genere.

1. Premessa

In una tiepida giornata autunnale del 2002 io, allora dodicenne, chiedevo a mia madre cosa fosse la prostituzione. Fuori dalla finestra, l'autunno di Princeton colorava gli alberi di infinite sfumature di rosso, giallo, arancione e marrone. Gli scoiattoli volteggiavano rapidi e sicuri sui rami più esili, mentre i cervi discretamente abitavano il fitto bosco di faggi, olmi e ippocastani. Dentro casa, in quell'appartamento universitario al n. 3 di Faculty road, mia madre, decisa, rispose: la prostituzione è sfruttamento dei corpi femminili. Ma se la donna lo sceglie liberamente questo non fa della prostituzione un lavoro come gli altri? fu la mia obiezione. Impetuosa e perentoria, mia madre tuonò: la prostituzione viola la dignità della donna. Non avevo in quel momento gli strumenti culturali per un'efficace resistenza dialettica, tantomeno per mettere in discussione l'*auctoritas* materna. Sentivo però che in quella risposta troppe cose non tornavano. E così ho continuato a pormi la domanda anche durante gli anni del liceo, e poi all'università, e poi ancora dopo l'università. E con il passare degli anni il dubbio originale si è arricchito di ulteriori, infinite domande.

Questo lavoro nasce, innanzitutto, da un bisogno profondamente umano di autoaffermazione e, successivamente, dall'esigenza epistemologica di capire come il lavoro sessuale volontario interroghi le categorie normative e valoriali fondamentali del diritto costituzionale.

Evidentemente, analizzare la prostituzione volontaria nella prospettiva del diritto costituzionale è un'operazione difficile per numerose ragioni. In primo luogo, data la notevole frammentarietà e dinamicità del fenomeno, non esiste una definizione normativa unitaria di prostituzione ed è quindi lasciato al diritto vivente il compito di riempire di significato questo concetto. In secondo luogo, la materia, permeata com'è da ingiunzioni della morale sociale¹⁴, si espone naturalmente alla radicalità ideologica, rendendo inevitabilmente più difficile il compito dell'interprete. In terzo luogo, il lavoro sessuale e il suo mercato intersecano una molteplicità di principi costituzionali e diritti fondamentali¹⁵ – quali la libertà sessuale e di iniziativa economica, la dignità umana, l'uguaglianza – che rendono viepiù complesso individuare un ragionevole bilanciamento fra i molteplici interessi in gioco.

Di recente, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di alcune fattispecie incriminatrici in materia di prostituzione¹⁶, ponendo in quelle occasioni al centro della riflessione proprio il rapporto triadico tra libertà sessuale (artt. 2 e 13 Cost.), libertà di iniziativa economica (art. 41, primo comma, Cost.) e dignità umana (art. 41, secondo comma, Cost.). Questo inquadramento generale, peraltro, è condiviso anche dalla rilevante dottrina costituzionalistica e penalistica¹⁷. Infatti, nonostante la posizione della Corte costituzionale sia stata attentamente scrutinata – anche in senso critico – dalla dottrina¹⁸, ciò che accomuna la riflessione scientifica sul tema è che il binomio dignità-

¹⁴ FRANCESCO VIGANÒ, *Il principio di laicità e le recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione*, in ALBERTO CADOPPI, PAOLO VENEZIANI, FRANCESCO MAZZACUVA, *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale*, Bologna, Bologna University Press, 2022, pp. 51 ss.; TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, Pisa, Pisa University Press, 2015, p. 8.

¹⁵ In senso più generale si veda GAIL PHETERSON, *The Prostitution Prism*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1996, secondo cui la prostituzione può essere vista come un prisma, che accentra e allo stesso tempo proietta lo sguardo verso questioni diverse, quali le migrazioni, i rapporti di genere, l'identità sessuale, l'etica pubblica.

¹⁶ Il punto sarà approfondito nel prosieguo. Per adesso è sufficiente accennare al fatto che la sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale si è espressa in relazione alle fattispecie di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione mentre la sentenza n. 278/2019 aveva ad oggetto, oltre – di nuovo – al favoreggiamento, il reato di tolleranza abituale della prostituzione. Tutte queste figure di reato sono previste all'art. 3 della legge Merlin.

¹⁷ *Ex multis*, FABRIZIO POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, pp. 266 ss.; CARMELA SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla "legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, in BARBARA PEZZINI, ANNA LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 161 ss.

¹⁸ *Ex multis*, ROBERTO BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2019, p. 1 ss.; FRANCESCA RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso su mercificazione del*

libertà, che – come è noto – costituisce il fondamento assiologico del costituzionalismo contemporaneo¹⁹, è l'angolo prospettico da cui si parte per una riflessione costituzionalistica in tema di prostituzione, anche – e forse soprattutto – nei casi in cui tale attività sia esercitata in forma volontaria e consapevole (dunque al di fuori di contesti coercitivi come la tratta di persone finalizzata allo sfruttamento sessuale).

Prima di entrare nel vivo della questione, però, è necessario effettuare un'analisi preliminare che abbia ad oggetto il fenomeno prostitutivo sia nella sua dimensione fenomenologica sia nella sua dimensione normativa. Rispetto a quest'ultimo aspetto, poi, sarà necessario analizzare non solo il diritto positivo ma anche gli approdi ermeneutici più importanti perché forniscono le coordinate essenziali per inquadrare la prostituzione nell'ambito delle categorie del diritto costituzionale.

2. La prostituzione, le prostituzioni: coordinate essenziali del fenomeno

La risposta agli interrogativi posti in questo lavoro esige, evidentemente, che si chiarisca in via preliminare cosa sia la prostituzione. A tale proposito occorre sin da subito osservare che, sebbene a prima vista possa sembrare contro-intuitivo, la prostituzione è un'istituzione sociale profondamente situata nel contesto storico, sociale, economico e politico di una data comunità. A dispetto dell'adagio popolare – ancora oggi molto diffuso – che riconosce nella prostituzione il mestiere più antico del mondo²⁰ quasi come fosse un dato di natura immutabile e invincibile, è in realtà impossibile enucleare una «definizione minima universalmente valida» del concetto²¹. In questa sede si cercherà allora di individuare gli elementi essenziali della nozione giuridica prostituzione, con

corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche, in ADRIANA APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 242.

¹⁹ Fra i tanti, AUGUSTO BARBERA, *Un moderno "Habeas Corpus"?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 giugno 2013, pp. 1 ss.

²⁰ In realtà questa espressione fu coniata da Rudyard Kipling nel 1888, come spiega MARZIO BARBAGLI, *Comprare piacere. Sessualità e amore venale dal Medioevo a oggi*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 9. Sul punto si vedano anche KATE LISTER, *A Curious History of Sex*, London, Unbound, 2020, pp. 307 ss., secondo cui la professione più antica del mondo sarebbe la medicina e ROGER MATTHEWS, *Prostitution, Politics and Policy*, New York, Routledge, 2008, pp. 22 ss.

²¹ PAOLA TABET, *La grande beffa. Sessualità delle donne e scambio sesso-economico*, op. cit. (Geymonat, 2014) (Luciani, 2002) (Isabella Merzagora, 2014), p. 25. Nello stesso senso GIORGIA SERUGHETTI, *Uomini che pagano le donne*, Roma, Ediesse, 2019, p. 45; MARTHA C. NUSSBAUM, "Whether From Reason or Prejudice": *Taking Money for Bodily Services*, in *The Journal of Legal Studies*, n. 2, 1998, pp. 693 ss. e, infine, LENA EDLUND, EVELYN KORN, *A Theory of Prostitution*, in *Journal of Political Economy*, n. 1, 2002, p. 183.

l'unico *caveat* che si tratta di elementi definitivi variabili e inestricabilmente connessi al contesto culturale e sociale di riferimento.

Alla luce di questa intrinseca complessità definitoria, appare utile illustrare, in primo luogo, le modalità di prostituzione più diffuse, per poi tracciare un inquadramento giuridico del fenomeno e proporre una definizione minima.

Come si è accennato sopra, quello prostitutivo è un fenomeno caratterizzato da una significativa relatività storico-culturale, che si riflette in una inevitabile frantumazione concettuale²². Muovendo da una prospettiva puramente prasseologica, è possibile distinguere plurime forme di prostituzione a seconda di alcuni rilevanti indicatori.

In primo luogo, dal punto di vista dell'organizzazione del lavoro, è possibile innanzitutto distinguere tra la prostituzione esercitata in forma autonoma da quella esercitata nell'ambito di un rapporto di lavoro dipendente o para-dipendente²³. Inoltre, tale attività può essere esercitata al chiuso (*indoor*), su strada (*outdoor*) ovvero in forma dematerializzata mediante l'utilizzo di dispositivi digitali connessi alla rete Internet (*chat* erotiche, *webcam*, *OnlyFans*). Si stima che in Italia la prostituzione su strada oscilli tra il 50%²⁴ e il 75% del mercato²⁵. Come è stato sottolineato in dottrina, non è possibile determinare aprioristicamente quale di queste forme sia più o meno rischiosa per la sicurezza della persona che si prostituisce²⁶, dato che questa dipende essenzialmente dal rapporto concreto che si instaura tra la prostituta, da un lato, e l'eventuale prossenetista e il cliente, dall'altro lato.

²² ISABELLA MERZAGORA, GUIDO TRAVAINI, *Prostituzioni*, in ALBERTO CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, Dike, 2014, pp. 44 ss. In senso analogo, si veda FRANCESCA RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso su mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, op. cit., p. 242.

²³ Questa distinzione trova scaturigine nelle diverse politiche pubbliche in materia di prostituzione, che saranno oggetto di analisi nel prosieguo della trattazione. Per un primo inquadramento della questione si veda MASSIMO LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2002, pp. 398 ss.

²⁴ GIULIA GAROFALO GEYMONAT, *Vendere e comprare sesso*, Bologna, il Mulino, 2014 (Nicola & Bonfanti, 2015) (Kingston, Hammond, & Redman, 2021) (Farley, Franzblau, & Kennedy, 2013) (Carchedi, *Prostituzione migrante e donne trafficate*, 2004) (Carchedi, 2004) (Europeo, 2014) (Parisi, 2018), pp. 52-53.

²⁵ ISABELLA MERZAGORA, GUIDO TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 2, 2017, p. 640.

²⁶ ISABELLA MERZAGORA, GUIDO TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, op. cit., p. 640, secondo cui «non bisogna confondere la prostituzione al chiuso o in abitazione con quella volontaria; non sempre coincidono. Anzi, talora la prostituzione al chiuso è caratterizzata da minore possibilità di sottrarsi allo sfruttamento, anche per l'isolamento sociale, per la vera e propria segregazione; inoltre le forze dell'ordine e gli operatori "di strada" hanno ancora più difficoltà a intercettare le donne che operano al chiuso, ed è ritenuto probabile che in questo ambito ci sia più violenza non visibile. In compenso essa comporta maggiore sicurezza per chi gestisce lo sfruttamento che risulta meno in vista».

Dal punto di vista della tipologia del servizio offerto, è possibile distinguere tra gli atti sessuali in senso proprio, i quali presuppongono il contatto fisico tra le parti, e i rapporti virtuali (ad esempio *webcam* e *OnlyFans*). Vi è poi la c.d. prostituzione dissimulata, «che si presenta nelle forme dei centri massaggi, delle saune, dei *nights* e della *lap dance*, ecc.»²⁷.

Il mercato prostitutivo presenta una forte eterogeneità anche dal punto di vista dei soggetti che offrono prestazioni sessuali. Infatti, accanto alla prostituzione femminile (*cisgender*) – che occupa circa l’80% del mercato della prostituzione di strada –, è presente anche la prostituzione maschile (circa 5%) e *transgender* (circa 15%)²⁸. Rispetto ai soggetti che si prostituiscono, è interessante notare che in Italia la prostituzione femminile, sebbene sia ancora statisticamente prevalente in termini assoluti²⁹, è in costante diminuzione³⁰. La prostituzione *transgender* (femminile), invece, presenta un incremento in termini relativi³¹. Quanto alla prostituzione maschile, non vi sono dati sufficientemente univoci³².

Sempre sotto il profilo dell’offerta, il mercato della prostituzione presenta un carattere transnazionale: è noto, infatti, che larga parte dell’offerta, sia in Italia che nel resto dell’Europa occidentale, è costituita da persone non autoctone provenienti dalle aree più svantaggiate del mondo. In questi casi, il progetto migratorio individuale è esposto, non di rado, all’intermediazione della criminalità organizzata sotto forma di traffico e tratta di esseri umani³³. Ad esempio, si stima che in alcune città italiane circa il 90% della

²⁷ FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2.

²⁸ GIULIA GAROFALO GEYMONAT, *Vendere e comprare sesso*, op. cit., pp. 52-53.

²⁹ Parlamento europeo, *Relazione su sfruttamento sessuale e prostituzione, e sulle loro conseguenze per la parità di genere*, 3 febbraio 2014, disponibile al seguente sito web: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2014-0071_IT.html (visitato da ultimo il 4 gennaio 2023). Nello stesso senso si veda anche GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2022, p. 8.

³⁰ MARZIO BARBAGLI, *Comprare piacere. Sessualità e amore venale dal Medioevo a oggi*, op. cit., pp. 10-11. Nello stesso senso si veda anche LENA EDLUND, EVELYN KORN, *A Theory of Prostitution*, op. cit., p. 183, secondo cui nel mondo sviluppato la prostituzione ha subito un “declino secolare”.

³¹ FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit., p. 2.

³² Ad esempio, forniscono dati contrastanti FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit., p. 2 e MARZIO BARBAGLI, *Comprare piacere. Sessualità e amore venale dal Medioevo a oggi*, op. cit., p. 11.

³³ FRANCESCO CARCHEDI *et al.*, *I colori della notte: migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale*, Milano, Franco Angeli, 2000; FRANCESCO CARCHEDI, *Prostituzione migrante e donne trafficate*, Milano, Franco Angeli, 2004.

prostituzione su strada sia offerta da donne straniere³⁴ e che l'80% di queste siano vittime di tratta³⁵.

Dal lato della domanda si registra una sostanziale omogeneità rispetto al genere (la maggior parte di coloro che acquistano prestazioni sessuali – tanto eterosessuali quanto omosessuali – sono uomini)³⁶, registrandosi invece maggiori differenze in relazione al tipo di servizio acquistato, all'età e alla disponibilità economica individuale³⁷. Benché la domanda sia essenzialmente maschile, esiste anche un mercato prostitutivo in cui ad acquistare servizi sessuali dagli uomini sono le donne³⁸.

Questa frammentarietà fenomenologica presenta importanti ricadute in termini giuridici. In effetti, è ormai consolidata in giurisprudenza³⁹ e accettata in dottrina⁴⁰ una tassonomia del fenomeno prostitutivo sulla base della tripartizione tra prostituzione volontaria, forzata e di bisogno. La prima è caratterizzata dal fatto che l'attività sia il risultato di una scelta libera e consapevole della persona. Tipicamente ciò implica che l'organizzazione del lavoro e i proventi economici della prostituta non dipendano dall'intermediazione di terzi e che dunque l'attività sia svolta in forma prevalentemente autonoma (si pensi, in via esemplificativa, alla figura della *escort*⁴¹). Da una prospettiva di mercato, questa tipologia di prostituzione è in grado di offrire le condizioni migliori: i guadagni sono mediamente più alti e i clienti sono numericamente contenuti e selezionati⁴². Dalla parte opposta dello spettro si colloca la prostituzione forzata, in cui la

³⁴ ISABELLA MERZAGORA, GUIDO TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Rivista italiana di medicina legale*, op. cit., p. 640.

³⁵ MELISSA FARLEY, KENNETH FRANZBLAU, M. ALEXIS KENNEDY, *Online Prostitution and Trafficking*, in *Albany Law Review*, n. 3, 2013, p. 1042.

³⁶ LENA EDLUND, EVELYN KORN, *A Theory of Prostitution*, op. cit., p. 184; PETER DE MARNEFFE, *Liberalism and Prostitution*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 12.

³⁷ ISABELLA MERZAGORA, GUIDO TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, op. cit., pp. 645-646.

³⁸ SARAH KINGSTON, NATALIE HAMMOND, SCARLETT REDMAN, *Women Who Buy Sex*, London, Routledge, 2021.

³⁹ Corte cost., sent. n. 141/2019.

⁴⁰ Si vedano, *ex multis*, PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 50 (le Autrici si riferiscono, nello specifico, alla “prostituzione costretta”, “determinata dall'indigenza” e “pienamente consapevole”); MARTA PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, p. 2; ALBERTO CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, in *Archivio Penale*, n.1, 2019, 5. *Contra* FAUSTO GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *La giustizia penale*, n. 2, 2013, p. 476, che prospetta una bipartizione tra prostituzione coattiva e prostituzione libera, quest'ultima includendo anche la prostituzione “condizionata dalle circostanze”.

⁴¹ In particolare, la giurisprudenza definisce la *escort* come «un'accompagnatrice retribuita, disponibile anche a prestazioni sessuali» (v. Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018, §7 e Corte cost., sent. n. 141/2019, § 5, cons. dir.).

⁴² LENA EDLUND, EVELYN KORN, *A Theory of Prostitution*, op. cit., p. 187.

persona è costretta a prostituirsi da violenza o minaccia o da altra forma di coercizione da parte di terzi. La figura tipica di questo tipo di prostituzione è la donna straniera vittima di tratta la cui attività è totalmente gestita e controllata da gruppi criminali organizzati, con la conseguenza che i guadagni sono inversamente proporzionali rispetto al numero dei clienti e alla capacità di selezione. Infine, la terza tipologia di prostituzione si colloca nell'area grigia compresa tra questi due estremi, in cui la scelta di prostituirsi non è frutto di una coercizione diretta da parte di terzi ma è il risultato di una condizione socio-economica di bisogno⁴³. La figura tipica in questo caso è la donna che si prostituisce per mantenere la famiglia in quanto non dispone di altri mezzi di sussistenza.

Il quadro ora tracciato conduce a due osservazioni. In primo luogo, la prostituzione non è un fenomeno unitario e quindi, come è stato sostenuto in dottrina, sarebbe opportuno parlare di *prostituzioni* invece che di prostituzione⁴⁴. In secondo luogo, la prostituzione sembra fare parte del *destino delle donne* nella misura in cui fare la prostituta è, nella vita di qualsiasi donna, un'opzione astrattamente e concretamente molto più percorribile di quanto non lo sia per un uomo. In altri termini, il rischio-prostituzione – anche soltanto sul piano simbolico – è molto più alto per le donne che per gli uomini⁴⁵. Poi, all'interno della popolazione femminile, è più alto per coloro che si trovano in condizioni di vulnerabilità sotto il profilo dell'età, provenienza nazionale e classe sociale. Si tratta quindi di un fenomeno che statisticamente coinvolge maggiormente i soggetti più svantaggiati e vulnerabili.

L'eterogeneità che connota la prostituzione come fenomeno sociale e di mercato è riscontrabile anche a livello politico. Infatti, nel tempo sono stati elaborati e adottati numerosi regimi normativi tesi a regolare tale fenomeno. L'Italia, ad esempio, ha

⁴³ La tripartizione ora delineata (prostituzione volontaria, forzata e di bisogno) trova corrispondenza nell'elaborazione teorica dei collettivi di *sex worker*, che fanno riferimento alla prostituzione 'per forza', 'per scelta' e 'per circostanza'. Si veda, ad esempio, COLLETTIVO OMBRE ROSSE, *Siamo Ombre Rosse: sex worker transfemministe contro la violenza, lo stigma e la criminalizzazione*, in GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, op. cit., p. 191, secondo cui «[...] anche noi ci chiediamo: chi è veramente autodeterminata in questa società così ingiusta? Chi di noi ha veramente potuto scegliere questo lavoro o gli altri lavori che facciamo per vivere? Certo esistono persone che sono costrette nel lavoro sessuale, come forma di lavoro forzato, ma ci sembra che per lo più le persone si trovino a vedere sesso non per forza, ma neanche per scelta: noi attiviste abbiamo quindi introdotto l'espressione fare sex work "per circostanza" – cioè perché, date le circostanze, considerate le alternative, fare sex work non era l'opzione peggiore. Ovviamente per alcune le circostanze sono molto pesanti, per altre meno poiché hanno a che fare con i livelli di privilegio di cui ciascuna di noi può godere, oppure no, in base alla classe, alla nazionalità, alla condizione di cittadinanza ecc.».

⁴⁴ CARLOTTA RIGOTTI, *Prostituzione e diritto: alcune riflessioni sui modelli legislativi europei*, in *MicroMega*, n. 6, 2020, pp. 53 ss.

⁴⁵ Nello stesso senso MOLLY SMITH, JUNO MAC, *Revolting Prostitutes. The Fight for Sex Workers' Rights*, London, Verso, 2018, p. 44.

dapprima adottato una politica c.d. regolamentarista (1860-1958), per poi introdurre una normativa c.d. abolizionista con la legge n. 75 del 1958 (d'ora in avanti legge Merlin), tutt'ora vigente. È allora necessario, innanzitutto, inquadrare il fenomeno prostitutivo nell'ambito dei vari modelli legislativi, per poi analizzare, in particolare, le disposizioni della legge Merlin.

3. La legislazione in materia di prostituzione

3.1. *Inquadramento comparato: i modelli di disciplina della prostituzione tra repressione e promozione*

La prostituzione è un fenomeno «che investe la salute pubblica, la morale, il diritto, l'economia»⁴⁶. In effetti, tutti i modelli di disciplina della prostituzione ad oggi vigenti in Europa e, in generale, nei Paesi sviluppati, mirano a contemperare molteplici – e talvolta confliggenti – esigenze in gioco. Non fa eccezione la legge Merlin⁴⁷, che nel 1958 ha introdotto nel nostro Paese una disciplina abolizionista. Questa legge e, soprattutto, gli obiettivi politici cui essa tende, non sono un *unicum* nel panorama normativo europeo. Anzi, a parer di chi scrive la disciplina italiana è in dialogo costante con le legislazioni degli altri Stati europei, nonché con le fonti internazionali e sovranazionali in tema di prostituzione.

Appare allora necessario fornire una breve panoramica comparata dei diversi regimi legislativi sul tema, prima di analizzare *funditus* le disposizioni della legge Merlin. A tale proposito, si è scelto di inquadrare questi regimi anzitutto sotto il profilo logico-sistematico perché tale prospettiva permette di mettere in relazione, sin da subito, gli obiettivi programmatici e i relativi strumenti giuridici adottati. Al tempo stesso, occorre osservare che la legge Merlin, così come tutti gli altri modelli di disciplina, sono inestricabilmente connessi al periodo storico in cui sono stati concepiti, sicché la prospettiva storica è ineludibile al fine di una compiuta analisi sul tema⁴⁸.

⁴⁶ ANGELA MERLIN, *Sul disegno di legge: abolizione della prostituzione, ecc.*, discorso al Senato della Repubblica il 12 ottobre 1949, in ANNA MARIA ZANETTI, LUCIA DANESIN, *La Senatrice. Lina Merlin, un «pensiero operante»*, Padova, Marsilio, 2017, p. 183.

⁴⁷ SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, in DANIELA DANNA (a cura di), *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, Milano, Vanda, 2019, p. 65, secondo cui la «chiave» della legge risiederebbe proprio nella natura c.d. prismatica del fenomeno prostitutivo.

⁴⁸ Così anche PAOLO PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, in *Consulta online*, n. 3, 2019, pp. 771 e FRANCESCA RESCIGNO, *Per un habeas corpus “di genere”*, Napoli, ES, 2022, p. 355.

Le politiche pubbliche in materia di prostituzione possono essere distinte in tre macro-categorie: la criminalizzazione, la decriminalizzazione (o depenalizzazione) e la legalizzazione⁴⁹. In via di prima approssimazione, la criminalizzazione tende alla completa eliminazione del lavoro sessuale mediante il ricorso a divieti di natura eminentemente penale. Il modello della depenalizzazione, invece, si pone l'obiettivo di emancipare coloro che consapevolmente e liberamente scelgono tale professione mediante la completa abrogazione dei divieti penali⁵⁰. Più in particolare, queste politiche poggiano su un c.d. doppio binario negativo. Infatti, lo Stato si astiene sia dal sanzionare penalmente l'attività prostitutiva in ogni suo segmento sia dal disciplinare positivamente tale attività. Dunque, fatta eccezione, evidentemente, per la prostituzione forzata, questo approccio si caratterizza per l'assenza di un intervento statale nel mercato della prostituzione. Il regime di depenalizzazione risulta, ad oggi, adottato in Nuova Zelanda, Belgio e alcuni Stati australiani⁵¹. Si tratta, inoltre, del modello legislativo richiesto da numerose organizzazioni non governative a tutela dei diritti umani e dai gruppi di pressione dei *sex worker*⁵². Infine, il modello della legalizzazione, che mira anch'esso all'emancipazione della prostituzione volontaria, prevede una legislazione c.d. sinergica: accanto ai divieti penali posti a presidio della libertà di scelta, lo Stato interviene nel

⁴⁹ ANE MATHIESON, EASTON BRANAM, ANYA NOBLE, *Prostitution Policy: Legalization, Decriminalization and the Nordic Model*, in *Seattle Journal for Social Justice*, n. 14, 2015, pp. 367 ss.; SINNOVE ØKLAND JAHNSEN, HENDRIK WAGENAAR, *Assessing Prostitution Policies in Europe*, Abingdon-New York, Routledge, 2018; GIUSEPPE MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in UMBERTO BRECCIA, ALESSANDRO PIZZORUSSO (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, Pisa University Press, 2007, pp. 213 ss. Si noti che in dottrina la categorizzazione dei regimi legislativi in tema di prostituzione presenta minime variazioni. Ad esempio, nella letteratura italiana si è soliti distinguere tra abolizionismo, proibizionismo e regolamentarismo (v., ad esempio, ALBERTO CADOPPI, *Prostituzione e diritto penale*, op. cit., p. 15). Si ritiene tuttavia più coerente, dal punto di vista logico-sistematico, evidenziare la radice comune dell'abolizionismo e del proibizionismo, cioè la criminalizzazione, e prendere in considerazione anche regimi extra-europei quali la depenalizzazione.

⁵⁰ In una prospettiva critica, secondo cui la depenalizzazione altro non sarebbe che una surrettizia forma di neo-regolamentarismo v. DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, in DANIELA DANNA (a cura di), *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, Milano, Vanda, 2019, p. 32.

⁵¹ Sul punto si veda GEORGE MOUSOURAKIS, *Decriminalizing Prostitution: some Lessons from Down Under*, in ALBERTO CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, Roma, Dike, 2014, pp. 257 ss. Nello stesso senso si veda anche PAOLA GIOIA MACIOTI, *I processi di decriminalizzazione del sex work in Australia e Nuova Zelanda*, in GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, op. cit. pp. 280 ss.

⁵² Si veda, ad esempio, la posizione di Amnesty International al seguente sito web (ultimo accesso 3 gennaio 2023): <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/05/amnesty-international-publishes-policy-and-research-on-protection-of-sex-workers-rights/>. In questo senso, la depenalizzazione si collega al c.d. femminismo della terza ondata. Sul punto si veda anche COLLETTIVO OMBRE ROSSE, *Siamo Ombre Rosse: sew worker transfemministe contro la violenza, lo stigma e la criminalizzazione*, in GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, op. cit., pp. 188 ss.

mercato prostitutivo con una dettagliata disciplina civilistica, lavoristica e amministrativa – ivi inclusa quella fiscale – con il dichiarato fine di tutelare, in concreto, la posizione giuridico-economica della persona che si prostituisce nei confronti tanto dei clienti quanto degli eventuali intermediari.

Ora, all'interno della macro-categoria della criminalizzazione, è possibile distinguere tre diversi modelli di disciplina: il proibizionismo, l'abolizionismo e il neo-abolizionismo. Il primo è caratterizzato dal fatto che il divieto penale si applichi non soltanto alle cc.dd. condotte parallele⁵³ ma si estenda anche, a monte, alla prostituzione in sé. Dunque, posto che in questi regimi è lo stesso rapporto prostituta-cliente ad essere vietato, in alcuni Stati è punito soltanto il segmento dell'offerta (e cioè la persona che si prostituisce) mentre in altri è punita anche la domanda (il cliente). Nonostante il regime proibizionista sia quello maggiormente diffuso a livello mondiale, in Europa esso risulta recessivo, essendo adottato soltanto in Croazia e Lituania⁵⁴. In effetti, è ormai accertato che il proibizionismo, soprattutto nei sistemi in cui è soltanto la persona che si prostituisce – e non anche il cliente – ad essere penalmente sanzionata, che peraltro sono la maggioranza⁵⁵, produca ulteriori discriminazioni e vittimizzazioni nei confronti di coloro che esercitano tale professione, rafforzando anche lo stigma sociale e i pregiudizi tradizionalmente ricollegati alla prostituzione⁵⁶.

Il secondo regime che rientra nella più ampia cornice della criminalizzazione è l'abolizionismo, di cui è espressione la legge Merlin. Si tratta di un modello legislativo il cui obiettivo programmatico rimane quello della graduale eliminazione di ogni forma di prostituzione⁵⁷ e il cui strumento operativo rimane quello della sanzione penale. Tuttavia, l'abolizionismo si differenzia nettamente dal proibizionismo nella misura in cui esclude dalla responsabilità penale i protagonisti della transazione prostitutiva, cioè la prostituta e il cliente, punendo esclusivamente i terzi che pongono in essere condotte ancillari rispetto a tale attività. A fondamento di questa legislazione vi è una valutazione

⁵³ Queste condotte consistono, esemplificativamente, in qualsiasi intermediazione (sia morale che materiale), da parte di terzi, nell'attività prostitutiva.

⁵⁴ CARLOTTA RIGOTTI, *Prostituzione e diritto: alcune riflessioni sui modelli legislativi europei*, op. cit., p. 55.

⁵⁵ FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit., p. 23.

⁵⁶ Con riferimento all'esperienza croata si veda IVANA RADAČIĆ, MOJCA PAJNIK, *Prostitution in Croatia and Slovenia. Sex Workers' Experiences*, Zagabria, Institute of Social Science Ivo Pilar, 2018, secondo cui la responsabilità penale della prostituta aumenta il rischio di violenza fisica, impedisce l'accesso al sistema sanitario e previdenziale nonché favorisce l'infiltrazione del mercato da parte di organizzazioni criminali.

⁵⁷ ALBERTO CADOPPI, *Prostituzione e diritto penale*, op. cit., p. 4.

complessivamente negativa della prostituzione⁵⁸, che poggia sull'idea che questa sia una forma di schiavitù sessuale⁵⁹ e che la donna-prostituta sia vittima del sistema nel suo complesso e dunque bisognosa di protezione da parte dell'ordinamento⁶⁰. È quindi in questa prospettiva di tutela che si giustifica il fatto che il rapporto prostitutivo in senso proprio (cioè l'accordo e l'esecuzione della prestazione sessuale mercenaria) non sia punibile. L'abolizionismo nasce nel Regno Unito alla fine del XIX secolo, in concomitanza con il movimento suffragista, con l'obiettivo di porre fine allo sfruttamento sessuale delle donne prodotto dal regime allora prevalente in Europa, ovverosia il regolamentarismo alla francese (di cui si dirà oltre)⁶¹.

Il terzo modello di criminalizzazione della prostituzione è il neo-abolizionismo⁶². Tale modello, chiamato anche modello nordico o svedese perché introdotto per la prima volta in Svezia nel 1998⁶³, si fonda sulla criminalizzazione del rapporto prostitutivo in sé, ma soltanto dalla parte della domanda. Pertanto, la prostituzione si configura come un illecito penale a carico del cliente ma non a carico della persona che si prostituisce. Alla base di questa politica vi è l'idea – di matrice femminista⁶⁴ – per cui il fenomeno prostitutivo sia il risultato di una cultura maschilista e patriarcale che non solo impedisce una scelta realmente libera da parte della donna-prostituta, ma che la mantenga in una posizione di subordinazione rispetto al cliente e al mercato prostitutivo nel suo complesso. Pertanto, secondo questa linea di pensiero, al fine di eradicare l'offerta di prostituzione occorre innanzitutto prevenirne e punirne la domanda (maschile).

⁵⁸ In particolare, che la prostituzione sia un male in sé e dunque per definizione violativo della dignità della donna (v. TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 68).

⁵⁹ Non a caso il termine *abolizionismo* richiama il movimento per l'abolizione della schiavitù. Sul punto si veda DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., p. 21, secondo cui l'abolizionismo «vuole abolire i regolamenti sulla prostituzione così come è stato abolito l'istituto legale della schiavitù».

⁶⁰ ALBERTO CADOPPI, *Prostituzione e diritto penale*, op. cit., p. 4.

⁶¹ SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, Milano, Carocci, 2006, p. 18. Sul regolamentarismo v. *infra* in questo paragrafo.

⁶² Si noti che Corte cost., sent. n. 141/2019, § 4.1 cons. dir. si riferisce a questo modello con il diverso termine “neo-proibizionismo”. Anche nella dottrina questa terminologia è ricorrente (v., ad esempio, FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit., p. 28). Questa scelta si giustifica sul rilievo per cui tale modello, come si vedrà *infra*, presuppone la criminalizzazione del rapporto prostitutivo in sé (ma soltanto nel segmento della domanda). Tuttavia, a parer di scrive è preferibile il termine “neo-abolizionismo” perché il regime in parola condivide con l'abolizionismo la fondamentale esigenza di tutela della persona che si prostituisce. Esigenza, questa, che non si riscontra nel sistema proibizionista il quale, come si è visto, presenta un forte carattere discriminatorio e vittimizzante.

⁶³ Ad oggi tale modello è adottato anche in Francia, Irlanda, Norvegia, Islanda, Canada e Israele.

⁶⁴ Si tratta, in particolare, del femminismo radicale degli anni '60-'80 del secolo scorso.

Per quanto riguarda, invece, le politiche di legalizzazione della prostituzione, si possono distinguere due approcci: il regolamentarismo e il neo-regolamentarismo. Il primo, nato in Francia in epoca napoleonica, è stato per circa un secolo il modello più diffuso in Europa, venendo soppiantato dall'abolizionismo nella prima metà del XX secolo. Questo regime, figlio della società e della morale borghese, si fondava sull'idea che la prostituzione, nonostante la sua immoralità, fosse un male necessario al funzionamento della società. Più in particolare, si trattava di un male perché, dal punto di vista della salute pubblica, essa poneva il rischio di una diffusione incontrollata delle malattie veneree; inoltre, dal punto di vista dell'etica dei costumi, la prostituzione si poneva al di fuori delle regole sociali e religiose poste a presidio del rapporto (etero)sessuale matrimoniale e procreativo. Al tempo stesso, però, la prostituzione era ritenuta necessaria per due motivi: (i) garantire alla popolazione maschile accesso alla sessualità femminile e (ii) proteggere la castità delle donne oneste, le quali «se non [fossero esistite] le prostitute, [sarebbero state] indifese contro gli impulsi sessuali maschili, di tipo predatorio»⁶⁵. Come scriveva nel 1921 Enrico Morselli, celebre esponente dell'antropologia criminale, «la donna-prostituta è la salvaguardia della donna-madre»⁶⁶. Pertanto, occorre una rigida e minuziosa regolamentazione normativa nell'ottica precipua di garantire l'ordine pubblico e la salute pubblica⁶⁷. Di conseguenza, la prostituzione era di regola esercitata in appositi locali (cc.dd. case chiuse), in specifiche aree urbane (zonizzazione) e le prostitute che vi esercitavano erano regolarmente sottoposte a controlli di polizia e a trattamenti sanitari obbligatori. Nella pratica, questo

⁶⁵ MARY GIBSON, *Stato e prostituzione in Italia*, Milano, Il Saggiatore, 1995, p. 13; nello stesso senso si veda PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., p. 4, secondo cui «l'ideologia posta a fondamento della prostituzione e della sua regolamentazione ovvero il ritenerla un male necessario che la società patriarcale doveva consentire come sfogo della sessualità maschile, per impedire adulteri, incesti e altri delitti sessuali che avrebbero potuto mettere in crisi il modello familiare». In termini ancora più espliciti, si è affermato che «il bordello è [...] una sorta di scarica sociale, il necessario contenitore delle ineliminabili scorie della sessualità maschile: attraverso di esso, lo Stato garantisce che tali scorie vengano espulse al di fuori del virtuoso vincolo coniugale, prevenendo al contempo il rischio che quest'ultimo venga messo in crisi da eventuali relazioni extraconiugali» (così SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 139).

⁶⁶ ENRICO MORSELLI, *Introduzione*, in GIUSEPPE VIDONI, *Prostitute e prostituzione*, Torino, Lattes, 1921, p. XII, citato in MARY GIBSON, *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano, Mondadori, 2004, p. 323.

⁶⁷ Così anche EVA ILLOUZ, DANA KAPLAN, *Il capitale sessuale*, Roma, Castelvecchi, 2020, p. 23, secondo cui «i rapporti intimi interni al matrimonio, chiamato anche “sesso buono”, erano così ritenuti dei validi contrappesi rispetto alla razionalità strumentale promossa dal commercio moderno. Tuttavia, c'era anche il sesso “cattivo”, che spaziava dalla prostituzione ai matrimoni d'interesse. Da questa prospettiva, il sesso e la sessualità erano sentiti come potenzialmente costruttivi e distruttivi per il corpo sociale, come fonti di piacere e di pericolo».

regime produceva la ghettizzazione delle prostitute, nonché la loro pressoché completa soggezione rispetto tanto a coloro che ne gestivano l'attività quanto alle autorità sanitarie e di pubblica sicurezza⁶⁸. Per questi motivi la rilevante dottrina parla a tale proposito di «legalizzazione esclusiva»⁶⁹ ed è proprio questa condizione di schiavitù *de facto* che ha portato alla nascita del movimento abolizionista.

Il modello neo-regolamentarista, adottato in molti Stati europei a partire dagli anni '90 del secolo scorso⁷⁰, condivide l'esigenza di un ruolo interventista dello Stato nel mercato della prostituzione, in un'ottica però rovesciata rispetto al regolamentarismo tradizionale. In questo caso, infatti, l'esigenza politica è quella di emancipare la persona che si prostituisce mediante il rafforzamento della sua posizione contrattuale rispetto al cliente e ai terzi intermediari. L'idea alla base di questo approccio è che la prostituzione sia un lavoro come gli altri e ciò legittimerebbe lo Stato ad intervenire, in primo luogo, per garantire l'effettività dei diritti delle prostitute e, in secondo luogo, per perseguire interessi di natura eminentemente pubblicistica quali la sanità pubblica, l'ordine pubblico e la fiscalità generale. Si tratta, in questo caso, di una legalizzazione c.d. inclusiva, nella misura in cui «tende ad inglobare la prostituzione nell'ambito di rapporti economici normali»⁷¹. Che questo sia l'obiettivo programmatico del neo-regolamentarismo emerge chiaramente dalla legislazione tedesca⁷². Essa è stata introdotta nel 2001 e profondamente riformata nel 2016⁷³ e, per quel che interessa in questa sede, prevede⁷⁴:

- La giustiziabilità del contratto prostitutivo solo in capo alla prostituta (asimmetria contrattuale: la prostituta ha diritto al pagamento ma non ha l'obbligo di fornire la prestazione);

⁶⁸ PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., p. 3; DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., p. 19.

⁶⁹ TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 77.

⁷⁰ Ad esempio, questo è il modello oggi vigente in Germania, Paesi Bassi, Austria, Grecia e Ungheria.

⁷¹ TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 77. Da questo assetto consegue il riconoscimento di validità giuridica al contratto prostitutivo (DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., p. 22).

⁷² MARGARETE VON GALEN, *Prostitution and the Law in Germany*, in *Cardozo Women's Law Journal*, n. 3, 1996, pp. 349 ss.; BARBARA KAVEMANN, HEIKE RABE, *The Act Regulating the Legal Situation of Prostitutes – implementation, impact, current developments*, September 2007, p. 10; RONALD WEITZER, *Legal Prostitution: The German and Dutch Model*, in ERNESTO SAVONA, MARK KLEIMAN, FRANCESCO CALDERONI, *Dual Markets*, Springer, Cham, 2018, p. 377.

⁷³ La legislazione tedesca in materia di prostituzione sarà sottoposta a nuova valutazione nel 2025.

⁷⁴ Si vedano, fra i tanti che hanno commentato la legislazione tedesca, LUCA CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità*, in UMBERTO BRECCIA, ALESSANDRO PIZZORUSSO (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, Pisa University Press, 2007, p. 200 e DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., p. 29.

- Il divieto di cessione del credito della prostituta;
- Il divieto di surrogazione processuale nei confronti della prostituta;
- La possibilità di inquadrare il lavoro della prostituta come attività autonoma o subordinata;
- L'obbligo di stipulare una polizza assicurativa socio-previdenziale;
- L'obbligo di registrazione (all'interno del procedimento amministrativo è previsto l'accertamento della libertà di scelta della persona attraverso un colloquio individuale);
- L'obbligo di sottoposizione a visite mediche periodiche;
- L'obbligo di licenza in capo a coloro che esercitino l'attività in forma imprenditoriale (ad esempio, i gestori dei locali)⁷⁵.

È evidente che, in concreto, l'obiettivo promozionale e di inclusione di cui si fanno portatrici le moderne legislazioni neo-regolamentariste si gioca non soltanto sul piano strettamente normativo, ma anche su quello amministrativo (ad esempio, nei rapporti tra prostitute e sicurezza e sanità pubbliche)⁷⁶. In questo senso, il rischio insito in queste politiche è che le loro finalità di *empowerment* vengano frustrate da una disciplina normativa e un'attuazione amministrativa che riproduca di fatto le discriminazioni del regolamentarismo classico⁷⁷.

Una volta chiarito, sotto il profilo comparatistico, il quadro normativo in materia di prostituzione, è utile evidenziare la progressione storica dei vari modelli di legislazione⁷⁸. A ben vedere, infatti, in Europa è possibile distinguere tre fasi:

⁷⁵ È interessante notare che la licenza è negata rispetto ad alcuni modelli di business, ad esempio i cc.dd. bordelli *flat-rate*, ovvero sia luoghi in cui i clienti pagano una quota d'ingresso fissa per un numero illimitato di prestazioni sessuali (JOANA LILLI HOFSTETTER, *Dal riconoscimento dei diritti all'aumento del controllo in nome della protezione: l'ambivalenza del quadro giuridico tedesco*, in GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, op. cit., p. 263).

⁷⁶ Si noti, a tale proposito, che un gruppo di *sex worker* ha impugnato la legge del 2016 innanzi al Tribunale costituzionale tedesco, prospettando plurime violazioni della Legge fondamentale rispetto all'obbligo di preservato, di registrazione e di psicoterapia. Il Tribunale costituzionale si è espresso con un giudizio di infondatezza della questione di legittimità.

⁷⁷ Si noti, proprio a proposito della legislazione tedesca, che la riforma del 2016 ha previsto che le autorità di pubblica sicurezza possano «entrare liberamente nei luoghi di prostituzione e negli appartamenti per ispezionare documenti e persone» (così JOANA LILLI HOFSTETTER, *Dal riconoscimento dei diritti all'aumento del controllo in nome della protezione: l'ambivalenza del quadro giuridico tedesco*, in GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, op. cit., p. 269). È evidente che tale previsione, in uno ai controlli sanitari obbligatori, ripropone le criticità già emerse sotto la vigenza del regolamentarismo classico, ovvero sia la sistematica violazione dei diritti fondamentali delle persone che si prostituiscono.

⁷⁸ PAOLO PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, in *Consulta online*, n. 3, 2019, pp. 770 ss.

1. Il regolamentarismo classico: questa prima fase caratterizza, principalmente, il XIX secolo. In Francia, ad esempio, il regolamentarismo è stato introdotto nel 1804 e si è protratto fino al 1946; nel Regno Unito questo regime è stato in vigore tra il 1864 e il 1886; in Italia, invece, dal 1860⁷⁹ fino al 1958 e in Germania dal 1876 al 1927.
2. L'abolizionismo: introdotto per la prima volta dal Regno Unito nel 1886⁸⁰, è stato poi adottato in Francia nel 1946 (c.d. Loi Marthe Richard) e in Italia nel 1958 con la legge Merlin.
3. Neo-regolamentarismo/neo-abolizionismo: a partire dagli anni '90 del XX secolo, si assiste ad un progressivo declino del regime abolizionista (che ad oggi rimane in vigore in Italia e nel Regno Unito) e all'adozione dei due regimi post-moderni, ovvero il neo-abolizionismo (adottato, *inter alia*, in Svezia, Francia e Irlanda) e il neo-regolamentarismo (adottato, *inter alia*, in Germania, Austria e Paesi Bassi)⁸¹.

È possibile a questo punto fare due osservazioni. In primo luogo, si deve notare che attualmente in Europa sono recessivi i modelli del proibizionismo (Croazia, Lituania) e della depenalizzazione (Belgio). In secondo luogo, vi è una corrispondenza tra l'evoluzione delle legislazioni nazionali in tema di prostituzione e quella del movimento femminista. A ben vedere, infatti, la lotta per l'abolizione del regolamentarismo classico si inserisce in un quadro di progressivo riconoscimento della cittadinanza delle donne, e dei diritti politici ad essa connessi, di cui si è fatto portatore il femminismo della prima ondata⁸². Il femminismo della seconda ondata, invece, ha prodotto la teorizzazione del modello neo-abolizionista⁸³. Attualmente, si registrano posizioni variegata nel femminismo contemporaneo tra il neo-abolizionismo e la legalizzazione (quest'ultimo modello è sostenuto, in particolare, dal c.d. femminismo *pro sex work*) e dunque tra due

⁷⁹ Si tratta del Regolamento per il servizio di sorveglianza sulla prostituzione (c.d. regolamento Cavour). Questa disciplina era modellata sulle Istruzioni sulla prostituzione emanate nel 1855 dal Ministro dell'Interno Urbano Rattazzi, all'epoca vigenti soltanto nel Regno di Sardegna.

⁸⁰ Dove è tutt'ora il modello vigente. La legislazione abolizionista si deve all'attivismo politico di Josephine Butler.

⁸¹ DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., p. 19.

⁸² Sul punto si veda, in particolare, la portata storica della legge Merlin nel successivo paragrafo. In generale, sulla storia del femminismo si veda, *ex multis*, ADRIANA CAVARERO, FRANCO RESTAINO, *Le filosofie femministe*, Milano, Mondadori, 2002.

⁸³ *Ex multis*, CATHARINE MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1989; ANDREA DWORKIN, *Prostitution and Male Supremacy*, in *Michigan Journal of Gender and Law*, n. 1, 1993; CAROLE PATEMAN, *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press, 1988.

opzioni radicalmente opposte, nella misura in cui la prima definisce la prostituzione come una forma di violenza o abuso sessuale e la seconda la concepisce invece come lavoro e dunque come forma di vera e propria emancipazione⁸⁴. Si noti che, all'interno del pensiero femminista, si è concordi nel ritenere superato il modello proibizionista⁸⁵.

Si è visto, dunque, che a livello nazionale le legislazioni presentano una vasta gamma di soluzioni normative al fenomeno della prostituzione, che sono espressione di opzioni politico-culturali molto diverse e talora apertamente in antitesi⁸⁶. Occorre a questo punto indagare, nello specifico, il sistema attualmente vigente in Italia e metterlo in relazione con la ricostruzione appena svolta.

3.2. *La legge Merlin e il sistema abolizionista*

Come è noto, in Italia la prostituzione è disciplinata, sul piano delle fonti primarie, dalla legge n. 75/1958 (c.d. legge Merlin, dal nome della Senatrice Lina Merlin che ne fu promotrice). Questa legge ha introdotto nel nostro ordinamento un regime di tipo abolizionista, così abrogando il sistema previgente di stampo regolamentarista⁸⁷. Si tratta di una disciplina organica e generale, completata – per quanto attiene specificamente alla prostituzione minorile – dall'art. 600 *bis* c.p.

Sarebbe riduttivo analizzare la legge Merlin concentrandosi esclusivamente sul suo contenuto precettivo perché, come osserva autorevole dottrina, questo testo normativo occupa una posizione di primo piano nella storia costituzionale del nostro Paese⁸⁸. In questo paragrafo si cercherà allora di mettere in evidenza, attraverso un'analisi della sua *ratio* e delle sue disposizioni, la stretta relazione tra questa legge e la Costituzione percorrendo tre direttrici fondamentali: la cittadinanza, la libertà e l'uguaglianza di genere.

⁸⁴ In prospettiva critica si veda DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., pp. 17-20, che sottolinea come «lo spostamento culturale verso il punto di vista che privilegia una minoranza di attiviste [di *sex worker*] è una parte importante delle ragioni per cui sono cambiate le politiche».

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 17-20.

⁸⁶ PAOLO PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, op. cit., pp. 770 ss.; DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., pp. 17-18.

⁸⁷ V. *supra*.

⁸⁸ BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, in GIANLUCA BASCHERINI, GIORGIO REPETTO (a cura di), *Per una storia costituzionale italiana attraverso la letteratura*, Milano, Franco Angeli, 2022, pp. 252 ss.

Al fine di delineare un quadro critico della legge Merlin, è necessario dare conto brevemente del sistema previgente. Ciò in quanto la disciplina introdotta nel 1958 ha voluto, innanzitutto, consegnare al passato il regolamentarismo cavouriano di ispirazione francese.

In via di prima approssimazione, tale regime – che perseguiva la dichiarata finalità di tutelare la salute pubblica⁸⁹ – era imperniato su tre pilastri: la concentrazione, la disciplina e la sorveglianza delle prostitute nonché, in generale, dei luoghi in cui la prostituzione era legalmente esercitata, ovverosia le cc.dd. case di tolleranza⁹⁰. In estrema sintesi, si diventava «meretrici»⁹¹ mediante iscrizione in appositi registri di polizia. Tale registrazione poteva avvenire su domanda dell'interessata ovvero d'ufficio, nel caso in cui la polizia avesse scoperto un esercizio clandestino della professione. Come osserva la rilevante dottrina, «non esisteva alcuna effettiva forma di tutela [...], se non la discrezionalità della stessa autorità, tanto da far supporre che dietro questa iscrizione d'ufficio [...] si celassero in realtà forme sanzionatorie improprie di condotte devianti di donne isolate che venivano così reclutate in forma coattiva per l'esercizio della prostituzione»⁹². Con l'iscrizione la prostituta riceveva un libretto identificativo, che sostituiva ogni altro documento di identità⁹³. Al momento dell'ingresso nella casa, in maniera non dissimile rispetto a quanto avveniva – e avviene – all'entrata del carcere, la prostituta consegnava alla tenutaria i suoi vestiti e tutti i suoi beni personali. Questo perché per tutta la durata del soggiorno le “ospiti” erano obbligate ad utilizzare soltanto i vestiti e gli oggetti forniti dalla tenutaria⁹⁴.

⁸⁹ In particolare, la preoccupazione era quella di evitare il contagio incontrollato di malattie sessualmente trasmissibili. Sul punto si veda SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 27.

⁹⁰ TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 108. Si ricordi che il Regolamento Cavour era ufficialmente denominato “Regolamento per il servizio di sorveglianza sulla prostituzione”. Si ricordi, inoltre, che per tutto l'arco del regolamentarismo italiano, era prevista anche la possibilità di esercitare la prostituzione al di fuori delle case di tolleranza, ma tale pratica era di fatto scoraggiata. In sintesi, esistevano tre tipi di prostituzione: quella riconosciuta – mediante libretto e tessera sanitaria – che si esercitava nei postriboli; quella riconosciuta mediante tessera sanitaria che si esercitava al di fuori (prostitute cc.dd. tesserate libere) e quella clandestina (v., sul punto, SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 28).

⁹¹ Questo il termine utilizzato dal Regolamento di Cavour.

⁹² TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., 2015, p. 109. Nello stesso senso si veda MARY GIBSON, *Stato e prostituzione in Italia*, Milano, op. cit., p. 31.

⁹³ TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 109.

⁹⁴ TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 111.

La vita all'interno delle case di tolleranza era disciplinata in estremo dettaglio⁹⁵: controlli sanitari bisettimanali, pena l'arresto (art. 17), svolti da medici alle dirette dipendenze della polizia⁹⁶; divieto di uscire la sera senza giustificato motivo e di attardarsi per le strade; l'allontanamento dalla casa per più di tre giorni doveva essere comunicato alla polizia (artt. 28 e 29), allo stesso modo la polizia doveva essere informata in caso di cambiamento di residenza e ricoveri nei sifilocomi (art. 30), ossia gli ospedali per le prostitute affette da sifilide o altre malattie veneree⁹⁷. Il controllo di natura sanitaria era poi accompagnato da una pervasiva sorveglianza di polizia: poiché le case di tolleranza erano giuridicamente qualificate come luoghi aperti al pubblico – di nuovo, in maniera del tutto analoga a quanto avviene, ancora oggi, per le camere di detenzione in carcere⁹⁸ –, l'autorità di pubblica sicurezza poteva compiere ispezioni e perquisizioni in qualunque momento⁹⁹. La disciplina all'interno delle case di tolleranza era garantita da una rigida gerarchizzazione imperniata sulla figura della tenutaria, che era garante dell'osservanza delle prescrizioni regolamentari. Le prostitute, che già vedevano seriamente compromessa la propria libertà personale nel momento in cui entravano nella casa, nemmeno avevano la libertà di decidere le tariffe delle proprie prestazioni. Queste, infatti, non solo erano poste dal Regolamento, ma esso prevedeva anche la percentuale che dovesse andare alle ragazze, ovverosia il 25%. Il resto del ricavo andava alla tenutaria e allo Stato. Le dispute intorno all'entità dei compensi non potevano essere portate davanti a un giudice, ma davanti all'Ufficio sanitario, che provvedeva mediante una procedura conciliativa¹⁰⁰. Il fascismo, con il TULPS del 1926, aveva rafforzato i poteri dell'autorità di pubblica sicurezza per cui la gestione della casa di tolleranza era rimessa di fatto alla polizia¹⁰¹.

⁹⁵ Una «disciplina del minuto», per dirla con Foucault (v. MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 2014, pp. 147 ss.

⁹⁶ A tale proposito la rilevante dottrina parla di una vera e propria sovrapposizione tra le funzioni dei medici e dei poliziotti (SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 27).

⁹⁷ MARIA CRISTINA ACRI, *La donna prostituta tra devianza e pericolosità*, 2010, disponibile al seguente sito web: <http://www.adir.unifi.it/rivista/2010/acri/> (consultato da ultimo in data 6 gennaio 2023).

⁹⁸ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, n. 26028/2018 e Cass. pen., Sez. VI, n. 42545/2016.

⁹⁹ TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 113.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 115.

¹⁰¹ SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 19.

Per uscire dal sistema prostitutivo, le cose non erano più semplici. La «procedura di affrancamento»¹⁰² prevedeva che la tenutaria informasse la polizia della volontà della prostituta di cambiare mestiere, con conseguente interrogatorio e successivo controllo di ben tre mesi al fine di verificare che la persona volesse effettivamente cambiare mestiere e non semplicemente entrare in clandestinità. A quel punto, ella veniva munita di foglio di via¹⁰³. Gli abbandoni delle case di tolleranza erano, di fatto, scoraggiati¹⁰⁴. Come ebbe a dire l'allora Ministro dell'Interno Mario Scelba in occasione del dibattito parlamentare sulla legge Merlin¹⁰⁵,

«una volta che si è entrati in quelle case, penso che difficilmente si possa uscirne; perché la considerazione pubblica e un complesso di altri elementi rendono impossibile l'esercizio di quella libertà che è segnata nelle leggi, ma che nella realtà non può avere nessuna pratica attuazione».

La disciplina regolamentare e di polizia era poi completata da alcune disposizioni penali (artt. 531-536 c.p.), tese a punire le condotte relative alla prostituzione caratterizzate dalla costrizione della prostituta e dal suo effettivo sfruttamento¹⁰⁶.

A fronte di questo quadro, si impongono alcune considerazioni necessarie ai fini dell'inquadramento generale della legge Merlin. In primo luogo, la casa di tolleranza era il luogo in cui si perpetrava una sistematica violazione dei diritti fondamentali delle donne che vi soggiornavano, mediante una loro pressoché completa soggezione al potere statale¹⁰⁷. Un potere, questo, che lo Stato esercitava tanto in forma immediata (attraverso

¹⁰² Così TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 115.

¹⁰³ Sull'applicazione alle prostitute delle misure di prevenzione si veda PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., p. 5.

¹⁰⁴ SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., pp. 31-32. Lo stesso Autore ricorda anche che la legge «interveneva pesantemente ad aggravare la colpa della donna sublimandola, per così dire, in normativa amministrativa: [...] il figlio o il fratello di una prostituta schedata non potevano accedere a determinate carriere (poliziotto, carabiniere, aviatore ecc.); la sorella non poteva sposare un ufficiale, anche se fosse stata un giglio di virtù».

¹⁰⁵ Atti parlamentari, Senato della Repubblica, I Legislatura, *Discussioni*, Vol. IX, seduta del 7 dicembre 1949, intervento del Ministro Scelba, p. 12599.

¹⁰⁶ ALBERTO CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e diritti costituzionali*, in ALBERTO CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, Roma, Dike, 2014, pp. 282-283. In particolare, l'art. 531 c.p. puniva le condotte di istigazione e favoreggiamento della prostituzione, là dove tali condotte fossero state poste in essere nei confronti di soggetti minorenni o «in stato di infermità o deficienza psichica»; l'art. 532 c.p. puniva invece l'istigazione alla prostituzione di una discendente, della moglie, della sorella (maggioresse); l'art. 533 c.p. puniva la costrizione alla prostituzione (sia nei confronti di minorenni che di maggiorsse); l'art. 534 c.p. puniva lo sfruttamento di prostitute; l'art. 535 c.p. puniva la tratta di donne e minori; infine, l'art. 536 c.p. puniva la tratta mediante violenza, minaccia o inganno.

¹⁰⁷ Sul punto si vedano anche le lettere inviate alla Senatrice Merlin dalle donne delle case chiuse e raccolte in un volume uscito nel 1955 (LINA MERLIN, CARLA BARBERIS, *Lettere dalle case chiuse*, Milano-Roma, Avanti!, 1955).

il controllo sanitario e la sorveglianza di polizia) quanto in forma mediata (attraverso la figura del/la tenutario/a)¹⁰⁸. In ultima analisi, dunque, si trattava di un sistema il cui cardine principale era lo sfruttamento sessuale delle donne (*rectius*, di alcune categorie di donne) proprio da parte dello Stato¹⁰⁹. In secondo luogo, il prodotto naturale del sistema regolamentarista era una sovrapposizione giuridica e concettuale tra il *fare* la prostituta e l'essere una prostituta: non erano possibili diritti e non erano possibili relazioni umane al di fuori della casa di tolleranza e della sua rigida disciplina. La prostituta, dunque, non era semplicemente un mestiere ma era un modo di essere: la sua personalità umana era ridotta al suo valore sesso-economico. In altre parole, nei rapporti pubblici e privati la prostituta non era una *persona* ma, appunto, una *prostituta*¹¹⁰. In breve, il sistema regolamentarista funzionava attraverso una vera e propria *reductio ad prostitutam*. Pertanto, nella misura in cui la casa di tolleranza programmaticamente annichiliva e irreggimentava ogni aspetto dell'individualità umana delle donne che vi operavano, a partire dalla sovranità sul proprio corpo e sulla propria sessualità, questa era un'istituzione totale¹¹¹. In questo senso, allora, la casa di tolleranza può essere letta come un'anticipazione delle politiche concentrazionarie tipiche della prima metà del XX secolo e come l'epitome del potere biopolitico esercitato sulle donne¹¹². Un potere, peraltro, non limitato esclusivamente alle donne che vi esercitavano ma che, attraverso lo stigma dell'essere *prostituta* e la minaccia del reclutamento coatto, si estendeva a tutta la

¹⁰⁸ Si veda, sul punto, SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 26, che cita A. GAMBINO, *La libera professione*, in *L'Espresso*, 27 ottobre 1957, p. 6, secondo cui «lo scopo della retata dovrebbe essere quello di schedare le clandestine, di controllare la salute delle schedate. Le librettate, invece, sempre che il loro libretto sia a posto, non dovrebbero essere neppure fermate. In realtà le cose vanno diversamente: quando la polizia arriva davanti a un gruppo di girovaghe, le fa salire tutte indistintamente sulla camionetta, senza preoccuparsi se hanno un libretto sanitario in regola. Ed è un atto di arbitrio, anche se non deriva certamente dalla volontà dei singoli agenti, o dei singoli commissari e neppure dei questori. È piuttosto il simbolo dell'atteggiamento dello Stato italiano di fronte alla prostituzione: che è tollerata ma non ammessa, sfruttata ma non protetta. Le italiane che vi si dedicano, pure se non è scritto nel codice penale, diventano cittadine a mezzo servizio».

¹⁰⁹ Si veda, sul punto, ADELMO MANNA, *La Legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza pensale della condotta di favoreggiamento*, in ALBERTO CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, op. cit., p. 315, che a tale proposito parla di «schiave di Stato».

¹¹⁰ In effetti, autorevole dottrina parla a tale proposito di un vero e proprio «statuto personale della prostituta» (BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, op. cit., p. 256).

¹¹¹ Sul concetto di istituzione totale si veda, *inter alia*, ERVING GOFFMAN, *Asylums*, New York, Anchor, 1968.

¹¹² Il riferimento è, evidentemente, a MICHEL FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, op. cit., pp. 147 ss.

popolazione femminile¹¹³. In effetti, la casa di tolleranza presentava tutte le caratteristiche delle istituzioni totali:

- Limitazioni della libertà personale e di circolazione;
- Regolamentazione del minuto;
- Sorveglianza;
- Spersonalizzazione;
- Infantilizzazione¹¹⁴.

Questa è la prospettiva di partenza per contestualizzare, innanzitutto a livello politico, la legge Merlin¹¹⁵. L'abolizione del regime regolamentarista, e quindi dell'istituzione che massimamente lo rappresentava – cioè la casa di tolleranza –, era dunque il primo obiettivo programmatico della nuova normativa¹¹⁶. Del resto, tale obiettivo risulta *ictu oculi* dal titolo della legge, che reca «Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui». Più nel dettaglio, la legge – approvata definitivamente il 20 febbraio 1958 dopo un decennio di gestazione¹¹⁷ – si compone di 15 articoli ed è divisa in tre capi: il primo è dedicato alla chiusura delle case di prostituzione, il secondo regola i patronati e gli istituti di rieducazione e il terzo contiene le disposizioni finali e transitorie.

In estrema sintesi, il primo capo prevede:

¹¹³ Si ricordino le parole che ebbe a scrivere Indro Montanelli: «la famiglia, la famiglia all'italiana, funziona solo finché le figlie sono vergini, cioè finché hanno dinanzi agli occhi lo spauracchio del lupanare, in caso di "deviazione". Il giorno in cui ad esse si conceda di "vivere la loro vita" senza timor di finire in quei serragli, l'Italia è destinata a diventare uno di quei paesi protestanti, dove la condizione di "vergine" non esiste, come non esiste quella di "puttana", tutte le donne essendo accomunate in un limbo intermedio; e dove non esiste più la famiglia, le sue mansioni essendo state assorbite dalla "società"» (INDRO MONTANELLI, *Addio, Wanda! Rapporto Kinsey sulla situazione italiana* (1956), in INDRO MONTANELLI, *I Libelli*, Milano, Rizzoli, 1993, pp. 282-283).

¹¹⁴ Si noti che, similmente alla c.d. domandina che i detenuti compilano in carcere, nelle case di tolleranza era chiamato *marchetta* – dunque sempre diminutivo – il sistema di pagamento della prostituta. In particolare, si è già visto come alle prostitute l'ordinamento riconoscesse il diritto al pagamento di una percentuale rispetto al ricavo totale e nella pratica il cliente acquistava un titolo (la marchetta, appunto) per un certo valore e, dopo la prestazione sessuale, lo consegnava alla prostituta.

¹¹⁵ Sul travagliato iter parlamentare della legge si vedano, *ex multis*, TAMAR PITCH, *La sessualità, le norme, lo Stato. Il dibattito sulla legge Merlin*, in *Memoria. Rivista di storia delle donne*, n. 17, 1986, pp. 24 ss. e LILIOSA AZARA, *L'uso "politico" del corpo femminile. La legge Merlin tra nostalgia, moralismo ed emancipazione*, Roma, Carocci, 2017, p. 17 ss.

¹¹⁶ Si noti che nel momento in cui entra in vigore la legge Merlin, in Italia si contavano circa 560 case di tolleranza con una presenza di circa 2705 prostitute (PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., p. 5; riporta gli stessi dati anche LILIOSA AZARA, *L'uso "politico" del corpo femminile. La legge Merlin tra nostalgia, moralismo ed emancipazione*, op. cit., p. 14).

¹¹⁷ Il primo disegno di legge presentato dall'On. Lina Merlin è del 6 agosto 1948.

- Il divieto di esercizio di case di prostituzione su tutto il territorio nazionale, nonché nei territori sottoposti all'amministrazione di autorità italiane¹¹⁸ (art. 1);
- La chiusura, entro 6 mesi dall'entrata in vigore¹¹⁹, di tutti i «locali di meretricio» (art. 2);
- L'abrogazione degli artt. 531-536 c.p., sostituiti dalle seguenti fattispecie di reato, tutte punite con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 258 a 10.329, salva l'applicazione della confisca: (i) proprietà, direzione o amministrazione di case di prostituzione; (ii) locazione di case di prostituzione; (iii) tolleranza abituale della prostituzione; (iv) reclutamento della prostituzione; (v) induzione alla prostituzione di donna maggiorenne o atti di lenocinio; (vi) induzione alla prostituzione transnazionale; (vii) partecipazione ad un'organizzazione dedita al reclutamento o allo sfruttamento della prostituzione; (viii) favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione altrui (art. 3);
- Il raddoppio della pena al ricorrere di alcune circostanze come, ad esempio, se il fatto è commesso con violenza o minaccia, inganno, se il fatto è commesso contro una persona minorenni, se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle funzioni, se il fatto è commesso contro un familiare (art. 4);
- Una sanzione amministrativa pecuniaria per chi «invita al libertinaggio»¹²⁰ (art. 5);
- L'interdizione dai pubblici uffici da due anni a venti anni per chi è condannato per i delitti di cui all'art. 3 (art. 6);
- Il divieto per le autorità amministrative, ivi incluse l'autorità di pubblica sicurezza e l'autorità sanitaria, di procedere a forme di registrazione di donne che esercitano o siano sospettate di esercitare la prostituzione, e di presentazione periodica presso i loro uffici. È del pari vietato munire dette donne di documenti speciali (art. 7).

A completamento di questa disciplina, è interessante menzionare che la legge Merlin ha previsto anche la fondazione di speciali istituti di patronato (artt. 8-11) al fine di fornire

¹¹⁸ Si rammenti che nel 1958 la Somalia era ancora sotto l'amministrazione fiduciaria italiana (e lo sarebbe rimasta fino al 1960). Le disposizioni della legge Merlin, dunque, erano in quel momento applicabili anche in territorio somalo.

¹¹⁹ A far data dal 20 settembre 1958, dunque, tutte le case di tolleranza in quel momento ancora operanti furono chiuse.

¹²⁰ Per invito al libertinaggio si intende la condotta di offerta di prestazioni carnali fatta in modo scandaloso o molesto in una pubblica via (v., *ex multis*, Cass. pen., Sez. 3, n. 3540 del 29/11/1962, Rv. 098927). Sul punto si rinvia, *inter alia*, a BARTOLOMEO ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 333 ss.

«assistenza e rieducazione» alle donne uscenti, per effetto dell'entrata in vigore della legge stessa, dalla prostituzione. Infine, nelle disposizioni finali e transitorie è stabilito che, per effetto della chiusura delle case di prostituzione «si intendono risolti di pieno diritto, senza indennità e con decorrenza immediata, i contratti di locazione relativi alle case medesime» (art. 13) e che «tutte le obbligazioni pecuniarie contratte verso i tenutari dalle donne delle case di prostituzione si presumono determinate da causa illecita», salvo prova contraria (art. 14). Si rammenti, sotto questo profilo, che uno dei principi fondamentali dell'abolizionismo, accanto evidentemente alla chiusura delle case di tolleranza, era proprio il principio dell'irrelevanza giuridica del contratto prostitutivo¹²¹.

Come si è osservato sopra, la legge Merlin non è un *unicum* nel panorama legislativo europeo del secondo dopoguerra. In effetti, politiche abolizioniste erano già in vigore in Francia e nel Regno Unito e si sarebbero imposte sui sistemi regolamentaristi in gran parte del continente¹²².

Una volta chiarito il contenuto precettivo della legge Merlin, occorre analizzare il testo normativo in un'ottica eminentemente costituzionalistica. A tale proposito, si condivide l'osservazione di autorevole dottrina, secondo cui «è, innanzitutto, la disciplina normativa della prostituzione in Italia – dal regolamentarismo delle case di tolleranza, all'abolizionismo che punisce le condotte parallele della legge Merlin – a intercettare la novità radicale della costituzione repubblicana, accompagnandone la faticosa attuazione nelle strutture sociali e l'altrettanto faticoso invero nelle strutture stesse del costituzionalismo»¹²³.

Ma qual è la connessione tra legge Merlin e Costituzione? Secondo la rilevante dottrina, la Costituzione – e il costituzionalismo – sono inestricabilmente connessi alla prostituzione, ancorché paradossale e provocatoria possa sembrare tale affermazione, sotto tre profili: quello della cittadinanza, quello della libertà e quello dell'uguaglianza, sotto il profilo, nello specifico, dell'antisubordinazione di genere.

È stato infatti opportunamente sottolineato come il riconoscimento della cittadinanza femminile, avvenuto attraverso il suffragio universale del 2 giugno 1946, abbia ripudiato «il contratto sessuale che aveva accompagnato dalle origini del costituzionalismo il

¹²¹ Così DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., p. 24.

¹²² Corte cost., sent. n. 141/2019, § 4.3. cons. dir. Così anche, in dottrina, GIUSEPPE MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, op. cit., p. 212.

¹²³ BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, op. cit., p. 253.

contratto sociale»¹²⁴. Più in particolare, secondo questa dottrina, «la presenza delle donne nella rappresentanza politica è una discontinuità che impone alla costruzione costituzionale un fondamento interamente nuovo»¹²⁵, quello dell'antisubordinazione di genere (artt. 3, 29, 30, 31, 36, 37, 48 e 51 Cost.). In questo senso, si scardina il paradigma costitutivo della modernità, ovvero la separazione pubblico-privato in base al genere e quindi le donne, da *corpo biologico* della nazione, ne diventano *corpo politico*¹²⁶. Se, dunque, la Costituzione repubblicana segna il passaggio dal contratto sociale fondato sul contratto sessuale al contratto sociale fondato sull'antisubordinazione di genere, la legge Merlin ne è piena attuazione per numerose ragioni.

In primo luogo, si tratta della «prima bomba che scoppia in Parlamento, lanciata da mani femminili»¹²⁷ perché è una legge non soltanto promossa da una donna, ma dall'unica donna senatrice (nella II legislatura¹²⁸)¹²⁹. In secondo luogo, si tratta di una legge che ha primariamente restituito dignità umana alle prostitute e dignità sociale a tutte le donne¹³⁰. Infatti, nella misura in cui ha affrancato le prime dalla degradazione regolamentarista¹³¹ e le seconde dalla condanna morale della prostituzione¹³², questa legge ha cambiato la

¹²⁴ COSÌ BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, op. cit., p. 253, che cita, a proposito della teoria del contratto sessuale CAROLE PATEMAN, *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press, 1988. Secondo questa Autrice, infatti, «sexual difference is political difference; sexual difference is the difference between freedom and subjection. Women are not party to the original contract through which men transform their natural freedom into the security of civil freedom. Women are the subject of the contract. The (sexual) contract is the vehicle through which men transform their natural right over women into the security of civil patriarchal right» (v. p. 6). Il contratto sessuale, pertanto, non si fonda soltanto su una divisione del lavoro in base al genere, ma su una vera e propria gerarchizzazione di genere, che vede le donne in una posizione di subordinazione.

¹²⁵ BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, op. cit., p. 254.

¹²⁶ Sulla distinzione tra corpo biologico e corpo politico si veda ENRICA RIGO, *Cittadinanza, sangue e patriarcato: note per una critica femminista*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2022, pp. 149 ss., secondo cui «le donne sono state storicamente un soggetto paradossale della cittadinanza, autorizzate a far parte della nazione, e addirittura ad assumerne il ruolo di corpo biologico, ma a lungo disconosciute come corpo politico e, dunque, escluse dal voto».

¹²⁷ ANNA GAROFALO, *L'italiana in Italia*, Bari, Laterza, 1956, p. 91.

¹²⁸ Nella I legislatura le senatrici erano in tutto 4 (v., a tale proposito, Senato della Repubblica, Ufficio Valutazione Impatto, *Parità vo cercando. 1948-2018. Settanta anni di elezioni in Italia: a che punto siamo con il potere delle donne?*, 8 marzo 2018).

¹²⁹ Silvia Niccolai la definisce una *legge femminista* perché scritta da una donna per le donne (SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., p. 96).

¹³⁰ LILIOSA AZARA, *L'uso "politico" del corpo femminile. La legge Merlin tra nostalgia, moralismo ed emancipazione*, op. cit., p. 14.

¹³¹ Si ricordi la dichiarazione del senatore socialista Domenico Rizzo il 6 dicembre 1949: «è questo *status personae* delle registrate o delle tesserate che rappresenta qualcosa di anormale, di assurdo, di incomprensibile, sì da sostanziare veramente un aborto giuridico rispetto alla legislazione generale e addirittura un fossile giuridico rispetto alla Carta costituzionale» (Atti parlamentari, Senato della Repubblica, I Legislatura, *Discussioni*, Vol. IX, seduta del 6 dicembre 1949, p. 12546).

¹³² DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., p. 24.

struttura culturale che aveva permesso la costruzione del sistema regolamentarista. Prova ne siano le resistenze, anche di matrice culturale, che la legge ha dovuto superare nel suo decennio di gestazione¹³³. A tale proposito, in dottrina si è opportunamente sottolineato come l'*iter* parlamentare della legge e il primo decennio della sua vigenza siano stati accompagnati, nel mondo della cultura, dalla creazione di una vera e propria «mitologia del casino»¹³⁴ volta ad esaltare le condizioni di vita delle prostitute e la loro funzione sociale. Eppure, è proprio l'approvazione della legge Merlin, con la conseguente chiusura delle case di tolleranza, a testimoniare quanto fosse in crisi quel modello patriarcale¹³⁵. In terzo luogo, la legge Merlin è un passo fondamentale nel cammino di cittadinanza delle donne nella misura in cui ne ha riconosciuto il diritto a non subire trattamenti arbitrari¹³⁶. In questo senso, è significativo che la legge Merlin preceda di ben cinque anni la l. 66/1963, che ha aperto alle donne l'accesso alle cariche pubbliche e che «viene più spesso indicata come il momento di svolta e di avvio di un percorso di attuazione costituzionale nel segno della parità»¹³⁷.

Si tratta pertanto di una legge che ha cambiato la prostituzione tanto come istituzione sociale quanto come fenomeno culturale nel senso, univoco, dell'emancipazione

¹³³ Si ricordi infatti che il primo disegno di legge presentato dall'On. Lina Merlin è del 6 agosto 1948.

¹³⁴ L'espressione è di SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 30, secondo cui «se il dibattito sul progetto Merlin suscita una serie di descrizioni, narrazioni, rievocazioni nostalgiche e testimonianze commosse o dolorose sulle case chiuse, queste rappresentazioni ovviamente rientrano a pieno titolo nel numero degli interventi pro o contro la loro abolizione. Leggendo vere e proprie fioriscono in abbondanza sulla vita all'interno delle case, in particolare allo scopo di smentire le affermazioni di chi ritiene i bordelli poco più, o poco meno, che squallidi serragli dove le donne sono tenute in condizioni di schiavitù. Nel 1955 suscita poi scalpore il libro curato da Lina Merlin e Carla Barberis, composto da una selezione di lettere inviate alla senatrice da prostitute delle case; in queste lettere, le donne raccontano le vicende che le hanno condotte a prostituirsi, descrivono la loro vita all'interno dei bordelli ed esprimono un'opinione – non sempre e comunque favorevole – in merito al progetto di legge abolizionista». Sul tema si vedano anche (LILIOSA AZARA, *L'uso "politico" del corpo femminile. La legge Merlin tra nostalgia, moralismo ed emancipazione*, op. cit. e EMILIO FRANZINA, *Casini di guerra. Il tempo libero dalla trincea e i postriboli militari nel primo conflitto mondiale*, Gaspari, Udine, 1999, il quale sottolinea principalmente il ruolo delle prostitute nel loro rapporto con i soldati.

¹³⁵ Come rileva la dottrina, «la casa chiusa era un'istituzione in declino nell'Italia repubblicana» (LILIOSA AZARA, *L'uso "politico" del corpo femminile. La legge Merlin tra nostalgia, moralismo ed emancipazione*, op. cit., p. 12).

¹³⁶ SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., p. 60.

¹³⁷ BARBARA PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, in ADRIANA APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 68. Il collegamento politico e ideale tra legge Merlin e l. 66/1963, soprattutto sotto il profilo dell'accesso delle donne alla magistratura è sottolineato anche da SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 106, secondo cui «nell'Italia degli anni Cinquanta, il casino costituisce l'ennesimo fortino dell'italica virilità destinato a capitolare, persa ormai la "cittadella virile" della politica e mentre già le nuove valchirie si apprestano a conquistare [...] quella del potere giudiziario».

femminile. Prima della Merlin, l'unico spazio *pubblico* riconosciuto alle donne era proprio la casa di tolleranza, che le rinchiusa e, al tempo stesso, le espose. Dopo la legge Merlin, invece,

«la prostituzione diviene uno spazio “intimo”, che viene riconosciuto come dimensione di *esperienza di rapporti umani* che, come tali, riflettono un contesto, ma anche lo costruiscono e lo trasformano – anche dal punto di vista della donna che si prostituisce. Uno spazio da cui il diritto si ritrae per permettere la costruzione di una sessualità *scelta* dalle persone, uomini e donne, che ne fanno esperienza; ben sapendo, però, che proprio la sessualità e maternità hanno determinato l'esclusione delle donne dal contratto sociale: quindi non in un'astratta parificazione, ma a partire dal valore di una libertà concretamente declinata»¹³⁸.

Si arriva così al tema della libertà, secondo pilastro della legge Merlin. In particolare, la legge è posta a tutela dell'autodeterminazione e della libertà – personale, prima ancora che sessuale – di chi si prostituisce¹³⁹. Questa finalità politica è raggiunta attraverso un doppio binario: da un lato, lo Stato si astiene dal reprimere il rapporto prostitutivo in sé nel caso in cui sia frutto di una libera scelta, ma, al tempo stesso, ne limita – attraverso la sanzione penale – l'aspetto economico-imprenditoriale nella misura in cui punisce le condotte parallele, tra cui lo sfruttamento e il favoreggiamento della prostituzione altrui¹⁴⁰. Come autorevolmente sostenuto, infatti, tutte le fattispecie incriminatrici previste all'art. 3 della legge Merlin sono accomunate dal fatto che la sanzione penale interviene sull'aspetto economico e imprenditoriale della prostituzione¹⁴¹. Il concetto di sfruttamento deve essere inteso allora come qualsiasi condotta che trae un valore economico dalla prostituzione altrui. Così facendo, «il rapporto prostitutivo diventa un fatto privato tra due persone adulte e consenzienti al cui centro viene collocata la dignità e la libertà sessuale della donna»¹⁴². Anche in quest'ottica, dunque, è possibile apprezzare

¹³⁸ BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, op. cit., pp. 269-270 (corsivo originale).

¹³⁹ PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., p. 4. Così anche la giurisprudenza di legittimità (v., *ex multis*, Cass. pen., Sez. 1, n. 94 del 25/01/1966, Rv. 101406).

¹⁴⁰ Corte cost., sent. n. 278/2019, § 3.1. cons. dir., secondo cui la «generale strategia di intervento adottata in materia dalla legge n. 75 del 1958 [è] quella [...] di configurare la prostituzione come attività in sé lecita, vietando, però, nel contempo, sotto minaccia di sanzione penale, qualsiasi interazione di terzi con essa, sia sul piano materiale (in termini di promozione, agevolazione o sfruttamento), sia sul piano morale (in termini di induzione). Ciò, nella prospettiva di non consentire alla prostituzione stessa “di svilupparsi e di proliferare”». Nello stesso senso si veda Corte cost., sent. n. 141/2019, § 6 cons. dir. Così anche MASSIMO LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2002, p. 401.

¹⁴¹ SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., p. 67.

¹⁴² PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., p. 5.

il cambiamento di paradigma – culturale, prima ancora che giuridico – operato dalla legge Merlin: se durante la vigenza del sistema regolamentarista la prostituzione tutta (volontaria e costringitiva) era un *facto pubblico* (perché regolamentata e partecipata dallo Stato), dopo la legge Merlin la prostituzione volontaria diventa un *facto privato*, in tal modo restituendo alle donne autodeterminazione ed emancipazione¹⁴³. Il fondamento costituzionale di questa costruzione diventano allora i principi di rispetto della libertà personale (art. 13 Cost.), il divieto di trattamenti sanitari obbligatori (con il limite del rispetto della persona umana ex art. 32 Cost.) e il rispetto della dignità umana e della libertà come limite all’iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)¹⁴⁴.

Si noti, inoltre, che risulta coerente con questo quadro politico e giuridico il fatto che la legge Merlin non contenga una definizione di prostituzione¹⁴⁵. Sebbene, a prima vista, ciò possa sembrare contraddittorio, a parer di chi scrive la scelta di non porre normativamente una definizione del fenomeno appare del tutto conforme rispetto all’operazione di “privatizzazione emancipativa” della prostituzione. A ben vedere, infatti, l’obiettivo primario della legge era quello di abolire il regolamentarismo, e dunque superare il sistema imperniato sulle case di tolleranza. A tal fine, dunque, era certamente ultronea la questione di definire cosa fosse e cosa non fosse prostituzione perché, ai fini della legge, la prostituzione si identificava con il sistema regolamentarista. La questione

¹⁴³ DANIELA DANNA, *Scivolare nel mito del sex work*, in AA. VV., *Sex work is not work*, Aprilia, Ortica, 2023, p. 76. Nello stesso senso si veda SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., p. 60, secondo cui «il principio generale affermato dalla legge [Merlin] è che il corpo di una donna non può essere oggetto di regolamentazione pubblica, perché questo offende, a un tempo, l’eguaglianza e la libertà di ciascuna, e mette a repentaglio tutte le coordinate di una convivenza civile». La dottrina ha anche sottolineato il carattere «paternalistico-protezionista» della legge Merlin, pensata per «*proteggere, educare e salvare* le donne, tradizionalmente e irrimediabilmente soggetti deboli e [...] vittime di comportamenti altrui» (il riferimento è a FRANCESCA RESCIGNO, *Per un habeas corpus “di genere”*, op. cit., p. 364, corsivo originale). Si noti, a tale proposito, che tale posizione risulta effettivamente coerente con l’impianto abolizionista della legge Merlin: come si è visto sopra, infatti, il postulato di base dell’abolizionismo è proprio che la prostituzione sia una forma di schiavitù sessuale e che la donna-prostituta sia vittima del sistema nel suo complesso e dunque bisognosa di protezione da parte dell’ordinamento. Sotto questo profilo, è stato rilevato in dottrina come il progetto di legge del 1948 fosse più marcatamente orientato alla difesa dei diritti civili e dell’uguaglianza di genere rispetto alla versione finale licenziata dal Parlamento nel 1958, rivolta più a «colpire la corruzione, il vizio e la criminalità che a garantire piena cittadinanza alle donne che si prostituiscono» (così GIORGIA SERUGHETTI, *Riflessioni critiche sulle alternative politico-normative sulla prostituzione in Italia*, in GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, op. cit., p. 36; nello stesso senso si veda anche TAMAR PITCH, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano, Feltrinelli, 1989, pp. 182-183). Se da un lato è evidente il compromesso politico cui si è addivenuti in occasione dell’approvazione finale del testo normativo, dall’altro lato non si può sottacere la portata emancipativa della legge Merlin, che si appunta innanzitutto sull’abolizione del regolamentarismo e delle sue istituzioni (case di tolleranza, trattamenti sanitari obbligatori, intervento statale nel mercato prostitutivo).

¹⁴⁴ Questo tema sarà oggetto di approfondimento *infra*.

¹⁴⁵ Sul punto si veda *infra*.

definitoria, che sarà trattata nel prosieguo, si è posta in un secondo momento rispetto a quello in cui è stata concepita e adottata la legge Merlin, ovverosia in un momento storico e politico in cui, a seguito delle migrazioni e dello sviluppo delle nuove tecnologie, il fenomeno prostitutivo ha radicalmente cambiato pelle. Tuttavia, prima di indagare tali cambiamenti, è opportuno analizzare il rapporto tra la legge Merlin e le fonti internazionali e sovranazionali.

Si ritiene, infatti, che il sistema abolizionista, introdotto in Italia nel 1958, fosse all'epoca – e sia tutt'ora – pienamente compatibile con gli obblighi che discendono dalla partecipazione italiana alla comunità internazionale. Ci si riferisce, innanzitutto, alla Convenzione ONU per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione altrui (1949), che nel suo preambolo afferma: «la prostituzione e il male che l'accompagna, vale a dire la tratta di esseri umani ai fini di prostituzione, sono incompatibili con la dignità e il valore della persona umana e pericolosi per il benessere dell'individuo, della famiglia e della comunità». Da questa Convenzione – cui l'Italia ha aderito con l. 1173/1966 – derivano precisi obblighi di incriminazione. Si tratta, nello specifico, delle condotte di (i) reclutamento, istigazione e sfruttamento della prostituzione altrui, anche là dove vi sia il consenso della persona offesa (art. 1) e (ii) di gestione a qualsiasi titolo di case di prostituzione (art. 2). Non si può non notare l'approccio marcatamente abolizionista di questa Convenzione, che ha positivamente influito sull'approvazione della legge Merlin, complice anche la volontà italiana di aderire all'ONU¹⁴⁶. Rilevante è anche la Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (1979) – ratificata dall'Italia nel 1985 –, il cui art. 6 impone agli Stati membri di «prendere ogni misura adeguata, comprese le disposizioni legislative, per reprimere, in ogni sua forma, il traffico e lo sfruttamento della prostituzione delle donne». Nel 1993, l'Assemblea generale dell'ONU ha adottato la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, che espressamente qualifica come violenza contro le donne la prostituzione forzata (art. 2, lett. b)) e anche la violenza fisica, sessuale e psicologica «perpetrata o condonata dallo Stato, in qualsiasi luogo» (art. 2, lett. c)). Occorre inoltre menzionare la Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, adottata nel 2011 dal Consiglio d'Europa e ratificata in Italia con la l. 77/2013, che qualifica la

¹⁴⁶ SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 19.

violenza contro le donne come violazione dei diritti umani. Infine, lo Statuto della Corte penale internazionale qualifica la prostituzione forzata e altre forme di violenza sessuale come crimini contro l'umanità (art. 7) e crimini di guerra (art. 8).

Per quanto riguarda, invece, il diritto dell'Unione europea, v'è da menzionare la Direttiva anti-*trafficking* (n. 2011/36/UE), che espressamente invita gli Stati membri ad adottare legislazioni neo-abolizioniste (fondate dunque sulla criminalizzazione dei clienti). Sono inoltre rilevanti due risoluzioni del Parlamento europeo. La prima, che ha ad oggetto la tratta finalizzata allo sfruttamento sessuale (n. 2004/2216), sottolinea la correlazione tra prostituzione e tratta nella misura in cui afferma che «uno dei fattori più importanti nel contesto della tratta internazionale di donne e bambini è l'esistenza di mercati locali della prostituzione, in cui alcune persone hanno la possibilità e la volontà di vendere e comprare donne e bambini a fini di sfruttamento sessuale, e che i trafficanti di esseri umani spediscono donne e bambini soprattutto paesi del Sud verso paesi del Nord e da Est a Ovest, dove la domanda di compratori è maggiore». La seconda è la risoluzione del 2014 in tema di sfruttamento sessuale e prostituzione e delle loro conseguenze per la parità di genere (c.d. risoluzione Honeyball) in cui si riconosce la prostituzione come forma di violazione dei diritti umani che concorre a perpetuare le discriminazioni fondate sul genere e raccomanda l'adozione di legislazioni neo-abolizioniste (fondate dunque sulla punizione della domanda di prostituzione).

In conclusione, dunque, è possibile affermare che la legge Merlin – e l'approccio abolizionista di cui è espressione – sia inestricabilmente connessa al periodo storico e politico in cui è stata concepita e approvata¹⁴⁷. Il suo scopo eminentemente emancipativo trova un fondamento non soltanto nella Costituzione ma anche nelle rilevanti fonti internazionali e sovranazionali. Si tratta ora di analizzare in che modo sia stata interpretata e applicata dalla giurisprudenza, anche al fine di capire se la luce sprigionata dalla sua rivoluzionaria deflagrazione abbia con il tempo perso o, al contrario, mantenuto la sua forza promozionale.

¹⁴⁷ È interessante notare che il movimento femminista italiano, pur essendo diviso tra la posizione più radicale (la prostituzione è una forma di violenza) e la posizione più liberale (la prostituzione è un lavoro come gli altri), fino agli anni '10 del Duemila ha portato avanti in maniera unitaria istanze politiche volte al miglioramento delle concrete condizioni di lavoro. Secondo attenta dottrina, sarebbero stati gli scandali che hanno coinvolto l'allora Presidente del Consiglio, nonché la sempre maggiore incidenza – anche mediatica – del fenomeno migratorio, ad aver polarizzato tali posizioni all'interno del movimento (v. GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Femminismo, prostituzione e lavoro sessuale in Italia fra rischi di polarizzazione e modelli di alleanza possibile*, in GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, op. cit., pp. 138 ss.).

4. Il diritto vivente italiano

Se la ricostruzione della legislazione in tema di prostituzione appare chiara e lineare nei suoi obiettivi politici e nella sua costruzione giuridica, il quadro interpretativo e applicativo risulta significativamente più frastagliato. In effetti, le difficoltà che la legge Merlin ha incontrato nella sua applicazione concreta derivano tanto dall'attività ermeneutica quanto da una realtà fattuale in perpetuo mutamento¹⁴⁸.

In relazione al primo profilo, è stato notato in dottrina come la legge Merlin abbia subito, ad opera degli interpreti, un autentico sabotaggio¹⁴⁹. In particolare, si è osservato che l'approccio regolamentarista è sopravvissuto all'entrata in vigore della nuova disciplina, con la conseguenza di «continuare a fare della prostituta, quale era nel regime regolamentarista, una persona *minoris iuris*»¹⁵⁰. D'altra parte, però, l'attività ermeneutica è stata necessaria per adattare la legislazione ai mutamenti della realtà sociale.

Sotto questo profilo, infatti, sono tre i dati che occorre tenere a mente. In primo luogo, dal 1958 ad oggi il progressivo cammino verso l'uguaglianza di genere, di cui la legge Merlin – in attuazione della Costituzione – è stata un passaggio fondamentale, ha permesso di ridurre il *gender gap*. Ed è anche in relazione all'uguaglianza di genere che si è posto il tema del *diritto di prostituirsi*¹⁵¹. Un tema, questo, inconcepibile al tempo della legge Merlin, in cui la prostituzione si identificava con il sistema regolamentarista – caratterizzato com'era dalla preordinata e sistematica soggezione fisica e morale della prostituta –, ma del tutto concepibile nella società postmoderna¹⁵², figlia della rivoluzione sessuale, del femminismo della seconda ondata e della liquidità dei rapporti sociali ed economici. In secondo luogo, il mercato della prostituzione ha subito profondi mutamenti

¹⁴⁸ Sul rapporto tra fenomenologia della prostituzione e legislazione sulla prostituzione si veda, *inter alia*, GIUSEPPE MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, op. cit., p. 212.

¹⁴⁹ Così TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 128.

¹⁵⁰ SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., pp. 63 ss., che si riferisce, in particolare, all'applicazione «zelante e immaginos[a]» di alcuni divieti e alla totale disapplicazione di altri. Sul punto v. *infra*.

¹⁵¹ Sul punto v. *infra*.

¹⁵² Come rilevato da un'autorevole dottrina, «il progressivo stemperarsi della tensione alla formazione di un uomo nuovo in un mondo nuovo e quindi la caduta delle 'ideologie' e l'esaurirsi dei progetti rivoluzionari segnano il passaggio dal moderno al postmoderno e registrano il tendenziale dissolversi dell'uomo nel processo produzione-consumo. [...] Nel postmoderno, l'autoreferenzialità del produrre si sostiene e si manifesta nella quotidiana introduzione di nuovi elementi nel processo di produzione e negli oggetti prodotti» (BRUNO ROMANO, *Il diritto tra desiderio e linguaggio. L'autocoscienza in Hegel e l'inconscio in Lacan*, Roma, Bulzoni, 1989, pp. 192-193).

a causa dello sviluppo tecnologico, il quale ha permesso la dematerializzazione del rapporto prostitutivo (si pensi, ad esempio, alle *chat* erotiche, all'uso delle *webcam* e alle piattaforme di lavoro autonomo come *OnlyFans*). Ora, se da un lato la dematerializzazione della prostituzione consente una maggiore sicurezza sotto il profilo dell'integrità fisica della persona che si prostituisce, dall'altro lato proprio la dematerializzazione del rapporto può condonare o esacerbare gravi forme di degradazione morale¹⁵³. In terzo luogo, diversamente rispetto al passato¹⁵⁴, il mercato della prostituzione contemporaneo è inestricabilmente connesso al fenomeno migratorio e dunque al traffico di esseri umani finalizzato allo sfruttamento sessuale.

Le sfide che la legge Merlin ha dovuto affrontare sul terreno interpretativo e applicativo non sono di poco conto. In effetti, la dottrina si è chiesta se, ed in che misura, la legge risulti ancora efficace rispetto ai suoi obiettivi programmatici, giungendo, talvolta, a constatare la sua perdurante validità politica e legittimità costituzionale¹⁵⁵ e, talaltra, a prospettare una radicale incompatibilità con la Carta fondamentale¹⁵⁶.

Ora, nonostante il quadro interpretativo sia così frastagliato – o forse proprio per questo –, appare necessario confrontarsi con la giurisprudenza. Infatti, è proprio l'analisi di come la legge Merlin è stata interpretata e applicata che permette di coglierne la sufficiente o insufficiente duttilità rispetto ai mutamenti sociali occorsi a partire dalla sua entrata in vigore. In particolare, si farà ricorso alla giurisprudenza penale in quanto strumentale alla riflessione sul bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici e sulla nozione stessa di prostituzione. Si farà poi menzione della giurisprudenza civile perché lì si appunta la riflessione sulla rilevanza giuridica del contratto prostitutivo. Infine, si tratterà la giurisprudenza costituzionale al fine di valutare la complessiva tenuta costituzionale della legge Merlin e individuare le indicazioni sulla sua interpretazione costituzionalmente orientata.

¹⁵³ ISABELLA MERZAGORA, GUIDO TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, op. cit., p. 640.

¹⁵⁴ A ben vedere, la tratta di esseri umani era un fenomeno conosciuto già all'epoca della legge Merlin, sebbene presentasse caratteri diversi rispetto ad oggi (si veda, ad esempio, la c.d. tratta delle bianche). Quello che si vuole sottolineare in questa sede, però, è che il passaggio da un sistema regolamentarista ad un sistema abolizionista ha coinvolto primariamente le donne italiane perché erano costoro ad essere, nella stragrande maggioranza, ospiti delle case di tolleranza.

¹⁵⁵ Su tutti, SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., pp. 60 ss.

¹⁵⁶ Su tutti, ALBERTO CADOPPI, *Prostituzione e diritto penale*, op. cit.

4.1. La giurisprudenza penale e civile

Come detto poc'anzi, una breve ricognizione della giurisprudenza penale sulla legge Merlin è necessaria principalmente per due motivi. Il primo è che, nel silenzio della legge, l'elaborazione pretoria ha individuato una precisa nozione di prostituzione¹⁵⁷. Il secondo è che l'elaborazione dei giudici penali sul bene protetto dalle fattispecie incriminatrici riflette il cambiamento del sentire sociale in relazione al fenomeno prostitutivo ed è qui che si annida, dunque, la questione della perdurante tenuta costituzionale della legge Merlin.

Partendo dall'aspetto definitorio, la giurisprudenza di legittimità è ormai costante nel ritenere che «per configurare un atto di meretricio non è necessario un contatto fisico tra soggetto attivo e passivo della prestazione, essendo sufficiente una qualsiasi condotta riconducibile alla sfera sessuale, tenuta dietro pagamento di un corrispettivo e finalizzata, in via diretta e immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o è destinatario della prestazione»¹⁵⁸. Si è poi specificato che «un atto sessuale diventa atto di prostituzione solo in presenza dell'elemento retributivo, e cioè quando il soggetto che fornisce la prestazione sessuale assegna alla dazione del proprio corpo, per il soddisfacimento dell'altrui libidine, una funzione strumentale alla percezione di una utilità, in genere economica, che potrebbe essere corrisposta dall'utente direttamente o anche da un terzo, ma sempre con l'accordo o quanto meno con la consapevolezza dell'erogatore della prestazione»¹⁵⁹. Sempre al fine di delimitare la nozione di prostituzione, la giurisprudenza ha precisato che «la nozione di "prostituta" differisce da quella di "mantenuta" per il fatto che, mentre la prima si attiva in virtù di un accordo di scambio per effetto del quale alla dazione di soldi segue la prestazione sessuale, la seconda agisce all'interno di un rapporto di libero amore che, sebbene interessato e caratterizzato da cospicue regalie, si svolge al di fuori di vincoli di sinallagmaticità»¹⁶⁰. Peraltro, da questa impostazione discende che una «prostituta che decida di vendere il

¹⁵⁷ Si ricordi che, in realtà, il legislatore, sebbene abbia scelto di non definire direttamente la nozione di prostituzione, ne fornisce i contorni essenziali nell'ambito dell'incriminazione della prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.). Questo reato è stato inserito nel codice penale nel 1998 e nel prosieguo si tratterà della differenza tra tale nozione e quella elaborata dalla giurisprudenza sulla legge Merlin.

¹⁵⁸ Cass. pen., Sez. 3, n. 364 del 17/09/2019, dep. 09/01/2020, Rv. 278392. Nello stesso senso si vedano anche Cass. pen., Sez. 3, n. 13598 del 16/12/2014, dep. 31/03/2015, Rv. 262858; Cass. pen., Sez. 3, n. 17394 del 09/04/2015, Rv. 263358; Cass. pen., Sez. 3, n. 15158 del 21/03/2006, Rv. 233929.

¹⁵⁹ Cass. pen., Sez. 3, n. 46463 del 09/06/2017, Rv. 271151. Nello stesso senso si veda Cass. pen., Sez. 3, n. 28196 del 11/06/2015, Rv. 267049.

¹⁶⁰ Cass. pen., Sez. 3, n. 49643 del 22/09/2015, Rv. 265550.

proprio corpo ad un solo cliente, anche determinato, incorre comunque in prostituzione, sempre che quel cliente le sia del tutto indifferente»¹⁶¹.

Alla luce di questa sintetica ricostruzione, è possibile affermare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, gli elementi essenziali della prostituzione sono:

1. Il compimento di atti riconducibili alla sfera sessuale finalizzati al soddisfacimento della libidine del destinatario, anche senza un contatto fisico tra le parti;
2. La subordinazione della prestazione sessuale al pagamento, che rende il rapporto sinallagmatico;
3. L'indifferenza soggettiva¹⁶².

Ora, per quanto riguarda il primo elemento, occorre fare due osservazioni. La prima è che la non necessità del contatto fisico permette di qualificare come prostituzione anche i rapporti dematerializzati (dunque la prostituzione che avviene mediante l'uso di sistemi digitali e collegati alla rete internet), purché le parti possano interagire in via diretta e immediata¹⁶³. La seconda è che poiché la nozione di atti sessuali non è definita dal legislatore, si è posto il problema di capire se gli atti sessuali rilevanti ai fini di un rapporto prostitutivo siano sovrapponibili a quelli integranti il reato di violenza sessuale. Sul punto la dottrina e la giurisprudenza appaiono concordi nel ritenere che la nozione di atti sessuali rilevante ai fini della fattispecie di violenza sessuale è «a geometria variabile»¹⁶⁴, non essendo quindi del tutto sovrapponibile rispetto a quella rilevante ai fini della prostituzione¹⁶⁵. Infatti, mentre per la configurazione di un rapporto prostitutivo la

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Si badi che in relazione a questo requisito la rilevante dottrina parla anche di *promiscuità*, ovvero sia il fatto che la prestazione sessuale avvenga al di fuori di un contesto affettivo e dunque in assenza di vincoli di reciprocità (così GIORGIA SERUGHETTI, *Uomini che pagano le donne*, op. cit., p. 32).

¹⁶³ Così Cass. pen., Sez. 3, n. 15158 del 21/03/2006, secondo cui «le prestazioni sessuali eseguite in videoconferenza via web-chat, in modo da consentire al fruitore delle stesse di interagire in via diretta e immediata con chi esegue la prestazione, con la possibilità di richiedere il compimento di atti sessuali, assume il valore di prostituzione e rende configurabile il reato di sfruttamento della prostituzione nei confronti di coloro che abbiano reclutato gli esecutori delle prestazioni o che abbiano reso possibile i collegamenti via internet, atteso che l'attività di prostituzione può consistere anche nel compimento di atti sessuali di qualsiasi natura eseguiti su se stesso in presenza di colui che, pagando un compenso, ha richiesto una determinata prestazione al fine di soddisfare la propria libido, senza che avvenga alcun contatto fisico tra le parti».

¹⁶⁴ Si consenta il riferimento a FLAVIA PACELLA, *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*, in ADRIANA APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 208.

¹⁶⁵ *Ex multis*, FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit., pp. 105 ss.

giurisprudenza richiede soltanto (i) la finalizzazione al soddisfacimento della libidine del destinatario e (ii) esclude la necessità di un contatto fisico tra le parti, in tema di violenza sessuale l'elaborazione giurisprudenziale risulta significativamente più complessa. In estrema sintesi, si oscilla tra una concezione c.d. oggettiva di atto sessuale, alla stregua della quale la condotta sanzionata «comprende, oltre ad ogni forma di rapporto sessuale, anche qualsiasi atto idoneo, secondo canoni scientifici e culturali, a ledere la libertà sessuale», senza che rilevino le intenzioni (di concupiscenza, di umiliazione...) dell'agente, purché questi sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto in essere¹⁶⁶, e una nozione c.d. contestuale di atto sessuale, per cui, al fine di determinare la natura sessuale degli atti, si deve considerare il contesto in cui tali atti vengono posti in essere. Di conseguenza, è stato ritenuto che ai «fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, la rilevanza di tutti quegli atti che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente definibili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo, anche con finalità del tutto diverse, come i baci o gli abbracci, costituisce oggetto di accertamento da parte del giudice del merito, secondo una valutazione che tenga conto della condotta nel suo complesso, del contesto in cui l'azione si è svolta, dei rapporti intercorrenti fra le persone coinvolte e di ogni determinazione della sessualità del soggetto passivo»¹⁶⁷. Risulta allora chiaro che, in tema di prostituzione, l'indagine del giudice dovrà certamente estendersi al rapporto obbligatorio sottostante l'atto sessuale, ma – proprio per questo – dovrà valorizzare non tanto l'atto sessuale in sé quanto (i) la sua finalizzazione alla concupiscenza del soggetto passivo e (ii) la sinallagmaticità del rapporto.

Il secondo elemento essenziale della prostituzione, che merita una riflessione, è l'indifferenza soggettiva. Con questa espressione la giurisprudenza intende dire che lo scambio sesso-economico avviene all'interno di un rapporto soggettivo che nasce e si risolve nel rapporto prostitutivo di natura obbligatoria. Questo elemento è importante non solo perché distingue la prostituzione da altre forme di scambio sesso-economico¹⁶⁸ ma anche perché, come si vedrà nel prosieguo, non sembra essere – quantomeno a prima vista

¹⁶⁶ Cass. pen., Sez. 3, n. 21020 del 28/10/2014. Pertanto, l'atto sessuale rilevante ex art. 609 bis c.p. è caratterizzato da un rapporto *corpore corpori*, il quale però non deve necessariamente riguardare le zone genitali «ma può estendersi anche a tutte le zone ritenute erogene dalla scienza, non solo medica, ma anche psicologica, antropologica e sociologica» (Cass. pen., Sez. 3, n. 25112 del 13/02/2007).

¹⁶⁷ Cass. pen., Sez. 3, n. 10248 del 4/03/2014.

¹⁶⁸ Si veda, ad esempio, la figura della c.d. mantenuta.

– un elemento ritenuto necessario dalla Corte costituzionale, che invece appunta l'*ubi consistam* della prostituzione sull'indiscriminatezza dei clienti.

L'analisi della giurisprudenza penale è utile anche per chiarire l'evoluzione del bene giuridico dei reati in materia di prostituzione. A tale proposito è interessante notare che, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge Merlin, la giurisprudenza riteneva che i reati previsti dalla legge tutelassero non già la salute pubblica (esigenza, questa, di primaria importanza sotto il regime regolamentarista previgente) ma, piuttosto, la morale pubblica e il buon costume:

«La legge n. 75 del 1958, a salvaguardia del principio di libertà personale garantito dalla Costituzione, ha disposto che anche la meretrice non possa essere sottoposta a particolari restrizioni di libertà, né essere obbligata a presentarsi periodicamente in uffici o essere munita di particolari documenti [...]. Ma la stessa legge, al fine di garantire i beni giuridici della moralità pubblica e del buon costume, in quanto attiene all'aspetto sessuale, contro il fenomeno della prostituzione, ha creato nuove ipotesi di delitto [...]. È da escludere, quindi, che la legge del 1958 abbia inteso creare una posizione di privilegio a favore delle meretrici, sottraendole alle comuni misure di prevenzione stabilite dalla legge [...], a carico di tutti coloro che svolgono abitualmente attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume»¹⁶⁹.

Questo iniziale orientamento giurisprudenziale è di particolare interesse perché conferma il rilievo dottrinale secondo cui alla legge Merlin sia sopravvissuto un approccio marcatamente regolamentarista da parte degli interpreti¹⁷⁰, frutto di una «minimizzazione della dignità della donna» nonché finalizzato ad una deresponsabilizzazione dell'uomo-cliente¹⁷¹. In effetti, ciò risulta chiaro osservando la contraddizione cui perviene la giurisprudenza: si afferma, infatti, che la legge Merlin tutela la libertà personale della prostituta soltanto nelle disposizioni che prevedono l'abolizione dei controlli (sanitari e di polizia) obbligatori. Diversamente, le norme incriminatrici – che puniscono, *inter alia*, lo sfruttamento e il favoreggiamento della prostituzione altrui –, sono interpretate nel senso di tutelare beni giuridici di natura eminentemente pubblicistica quali la morale

¹⁶⁹ Cass pen., Sez. 1, n. 94 del 25/01/1966, Rv. 101406.

¹⁷⁰ Così SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., pp. 63 ss. In senso analogo si veda GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, op. cit., p. 138, secondo cui ancora negli anni Ottanta, «piuttosto che come questione di diritti delle donne e di uguaglianza di genere, di fatto, nel discorso pubblico [...] la prostituzione era inquadrata come un problema di ordine pubblico».

¹⁷¹ SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 141.

pubblica e il buon costume, con la duplice conseguenza (i) di non poter ritenere la prostituta persona offesa di questi reati e (ii) di legittimare l'applicazione alle prostitute delle misure di prevenzione¹⁷². In termini simili si esprimeva anche la dottrina dell'epoca. Si affermava, ad esempio, che:

«Al centro della tutela penale è invero l'interesse dello Stato a che sia eliminata per quanto possibile la piaga sociale costituita dallo sfruttamento della prostituzione altrui [...]. Dato lo scopo altamente sociale della legge e l'interesse preminente dello Stato, è chiaro che la persona offesa dal reato non è la povera prostituta, la quale spesso e volentieri si presta [...] ad avere intorno a sé chi si preoccupa di rendere quotidianamente più cospicui i suoi guadagni»¹⁷³.

È del tutto evidente come queste conclusioni risultino in contrasto con gli obiettivi politici tipici dell'abolizionismo e siano il prodotto di un'impostazione culturale – prima ancora che giuridica – che si disinteressa della libertà e dignità delle persone che si prostituiscono. Un'impostazione, questa, che si fonda sulla difficoltà di tematizzare la questione prostitutiva come un problema che concerne la sessualità maschile, piuttosto che quella femminile. Infatti, «l'idea stessa di considerare la sessualità maschile come un tema di pubblica discussione – cioè come una questione che ha una sua specificità, oggettività, tracciabilità – appare in questi anni non solo politicamente scabrosa, ma soprattutto culturalmente, e forse anche *cognitivamente*, difficilissima a realizzarsi: sarebbe come sottoporre a discussione, e quindi porre in condizioni d'instabilità e imprevedibilità, uno dei principali fondamenti simbolici dell'ordine politico complessivo [...] degli uomini in quanto genere e in quanto singoli individui»¹⁷⁴. In altri termini, sarebbe come mettere in discussione – con un attacco frontale – il contratto sessuale¹⁷⁵.

¹⁷² A ben vedere, la questione dell'applicabilità alle prostitute delle misure di prevenzione dopo l'entrata in vigore della legge Merlin interessava anche la dottrina, che aveva assunto una posizione favorevole, in linea dunque con la giurisprudenza (v., ad esempio, GIULIANO VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della 'Legge Merlin'*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1965, p. 408).

¹⁷³ Così V. DE FRANCO, *Questioni concernenti la persona offesa dal reato, la struttura del reato ed il concorso materiale di reati nel delitto di favoreggiamento e sfruttamento dell'altrui prostituzione*, in *Rivista penale*, n. 2, 1959, p. 988, citato in L. PAVONCELLO SABATINI, *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 8. In termini simili si veda anche REMO PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, UTET, 1957, p. 132 secondo cui «la prostituta non è *persona offesa* dal reato; non è titolare di un interesse penalmente protetto. Infatti l'interesse che sta alla base dell'incriminazione è esclusivamente pubblico; l'offesa è al pudore di tutti, cioè considerato e obiettivato nella generalità. La prostituta non è una vittima in senso giuridico» (corsivo originale).

¹⁷⁴ SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 141 (corsivo originale).

¹⁷⁵ Sul concetto di contratto sessuale v. *supra*.

Se durante l'epoca regolamentarista la tutela della morale pubblica era garantita «rinchiudendo l'oscenità di un desiderio maschile incontenibile in spazi segregati»¹⁷⁶, ben si comprende quanto la rivoluzione copernicana operata con legge Merlin abbia trovato delle insormontabili resistenze culturali, prima ancora che giuridiche, nei suoi primi decenni di vigenza¹⁷⁷.

Bisognerà infatti aspettare ben quarant'anni prima che la giurisprudenza recepisca *in toto* il cambiamento di paradigma della legge Merlin nel senso di una totale risignificazione del bene giuridico. In effetti, è soltanto a partire dalla fine degli anni Novanta – e dunque in concomitanza con la riforma dei reati sessuali¹⁷⁸ – che i giudici di legittimità hanno iniziato ad affermare che i beni protetti dai reati in materia di prostituzione siano proprio la libertà di autodeterminazione sessuale e/o la dignità umana¹⁷⁹. Si è così affermato che:

¹⁷⁶ SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., p. 139.

¹⁷⁷ Il travisamento interpretativo cui è stata soggetta la legge Merlin – e la stessa Senatrice – è evidente sino almeno alla fine degli anni Ottanta. Ancora nel 1987, infatti, la dottrina scriveva parole infuocate contro questa normativa: «la legge Merlin, prodotto di un movimento femminista, è profondamente avversa alla prostituzione ed è pertanto animata da un odio furibondo e persecutorio nei confronti di chi la esercita, contro cioè le prostitute»; le pene previste sono «mostruosamente severe» e le femministe, cui viene imputata la legge, altro non sono che «valchirie idrofobe» (PIETRO BERETTA ANGUSSOLA, *Prostituzione e Legge Merlin*, Firenze, Lucio Pugliese Editore, 1987, pp. 76, 80). È interessante notare l'assonanza teleologica fra le argomentazioni addotte dall'Autore a dimostrazione della sua asserzione con quelle utilizzate nelle recenti ordinanze di remissione alla Corte costituzionale, che si analizzeranno nel prosieguo. Nell'opera citata, infatti, si adduce che «la legge Merlin chiudeva alle prostitute le porte dei postriboli, ma, nello stesso tempo, sbarrava ogni altra porta; le privava infatti di un qualsiasi locale ove esse potessero esercitare il mestiere» (p. 76). L'Autore, infine, chiosa: «Bisogna che alla prostituta sia consentito per l'esercizio del suo mestiere, legalmente ammesso, l'uso di un locale ove lo possa esercitare in condizioni umane. Anche il cittadino italiano che va a donna, ha diritto di beneficiare di un locale in cui fruire delle prestazioni della prostituta come un uomo e non come una bestia» (p. 93).

¹⁷⁸ Ci si riferisce, in particolare, alla legge n. 66/1996, che ha collocato i reati sessuali all'interno dei delitti contro la libertà personale superando l'impostazione previgente che li prevedeva come reati contro la moralità pubblica e il buon costume.

¹⁷⁹ È interessante notare come l'evoluzione della giurisprudenza penale in ordine al bene tutelato, se da un lato ha permesso una risignificazione dei reati in materia di prostituzione in maniera coerente con l'impianto politico-culturale della legge Merlin, dall'altro lato non è riuscita ad estendere tale risignificazione oltre i confini dell'ordinamento penale. Infatti, a fronte del cambiamento di paradigma affermatosi nella giurisprudenza penale, si è mantenuto nella prassi amministrativa un approccio ancora marcatamente pubblicistico, prova ne siano le numerose ordinanze dei Sindaci a tutela del decoro pubblico, della viabilità nonché della sicurezza pubblica che adottano restrizioni rispetto all'esercizio della prostituzione di strada (si veda, a titolo meramente esemplificativo l'ordinanza del Comune di Terni n. 88067/2020, disponibile al seguente sito web: <https://www.comune.terni.it/ordinanza-contingibile-ed-urgente-finalizzata-al-superamento-del-degrado-del-territorio-il-decoro-e> visitato da ultimo in data 14 aprile 2023). Di recente, peraltro, la Corte di cassazione ha affermato che è viziata da eccesso di potere l'ordinanza comunale con la quale si vieti di contrattare prestazioni sessuali in strada in quanto l'attività prostitutiva non è illecita e, pertanto, un eventuale divieto in tal senso non può che essere previsto da una legge statale (Cass. civ., Sez. 2, n. 4927 del 18/11/2021, dep. 15/02/2022).

«Il bene giuridico protetto dalla [legge Merlin] 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, atteso che non costituisce reato il compimento di atti sessuali al di fuori di ogni attività di sfruttamento o di agevolazione, anche se posti in essere con fini di lucro personale»¹⁸⁰.

In senso parzialmente difforme, si è affermato che:

«Il bene giuridico protetto dalla [legge Merlin] non è costituito dalla moralità e dalla salute pubblica, né dalla libertà di autodeterminazione della donna nel compimento di atti sessuali, ma dalla dignità della persona, quale si esplica attraverso lo svolgimento dell'attività sessuale, non suscettibile di formare oggetto di contrattazioni o di atti di disposizione strumentali alla percezione di un'utilità patrimoniale»¹⁸¹.

Già nella giurisprudenza ordinaria, dunque, emerge la tensione tra libertà e dignità che costituisce l'impalcatura fondamentale della sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale, e che sarà oggetto di analisi nel paragrafo successivo¹⁸². Per adesso è sufficiente notare il processo di progressivo affrancamento dei reati in materia di prostituzione dai beni giuridici di natura essenzialmente pubblicistica della moralità pubblica e del buon costume. Processo, questo, che si ritiene comunque in linea con lo spirito della legge Merlin, che ha voluto privatizzare – nel senso delineato in precedenza¹⁸³ – il rapporto prostitutivo.

Ed è proprio nell'ottica di questa privatizzazione che occorre adesso volgere lo sguardo alla giurisprudenza civile *in subiecta materia*. Per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, la giurisprudenza civile rileva sotto un duplice profilo: quello della rilevanza giuridica della prostituzione come contratto e quello della possibile imposizione fiscale dei redditi derivanti dalla prostituzione.

In termini generali, la giurisprudenza di legittimità tradizionalmente ritiene che il contratto prostitutivo sia nullo per illiceità della causa, in quanto si reputa la prestazione

¹⁸⁰ Cass. pen., Sez. 3, n. 35776 del 08/06/2004, Rv. 229359.

¹⁸¹ Cass. pen., Sez. 3, n. 5768 del 07/02/2018, Rv. 272694. Nello stesso senso si vedano Cass. pen., Sez. 3, n. 4139 del 18/12/2012, Rv. 254481 e Cass. pen., Sez. 3, n. 14593 del 17/11/2017, Rv. 272585.

¹⁸² Anche la Corte costituzionale riconosce che non vi è concordia in merito al bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici della legge Merlin (v. Corte cost., sent. n. 278/2019, § 3.1. cons. dir., che parla di vere e proprie «oscillazioni della giurisprudenza».

¹⁸³ V. *supra*.

sessuale contraria al buon costume (art. 2035 c.c.)¹⁸⁴. Non è un caso, del resto, che la dottrina consideri la prostituzione proprio come la forma archetipica di contratto contrario al buon costume¹⁸⁵. Questa impostazione è foriera di importanti conseguenze per quanto riguarda il regime civile e fiscale dei redditi prodotti da questa attività.

Sotto il primo profilo, infatti, qualificare il contratto prostitutivo come contrario al buon costume comporta l'applicazione del regime della *soluti retentio* di cui all'art. 2034, secondo comma, c.c. Similmente a quanto accade per le obbligazioni naturali, dunque, chi ha eseguito la prestazione contraria al buon costume – sia esso la persona che si prostituisce o il cliente – non potrà ripetere quanto ha pagato ma, al tempo stesso, non potrà nemmeno agire in giudizio per la tutela del credito. Guardando a questo stato di cose dalla prospettiva della persona che si prostituisce, si ricava che l'ordinamento non le riconosce la giustiziabilità del credito, così consentendo al cliente di non corrispondere il pagamento¹⁸⁶. Viceversa, l'adempimento spontaneo dell'obbligo di pagamento fa sorgere il diritto a trattenere quanto conseguito, senza che il cliente possa chiederne la ripetizione.

Quanto alla rilevanza fiscale dei redditi derivanti dalla prostituzione, la giurisprudenza civile, pur mantenendo fermo il quadro della non meritevolezza del rapporto prostitutivo ex art. 1321, secondo comma, c.c., sembra aver abbandonato l'orientamento contrario al riconoscimento del guadagno della prostituta come reddito da lavoro¹⁸⁷. È stato infatti affermato il principio secondo cui «in tema di IVA, l'attività di prostituzione va assoggettata all'imposta, quando sia autonomamente svolta dal prestatore, con carattere di abitualità; seppure contraria al buon costume, l'attività

¹⁸⁴ *Ex multis*, Cass. civ., Sez. 3, n. 4927 del 01/08/1986, Rv. 447616, secondo cui la prostituzione è «avvertita dalla generalità delle persone come violatrice di quella morale corrente che rifiuta, sulla scorta di norme etiche che rappresentano il patrimonio della civiltà attuale, il commercio per danaro che una donna faccia del proprio corpo». Sull'irrelevanza del guadagno della prostituta come reddito si veda anche Cass. civ., n. 2229 del 14/04/1981, che ha escluso la rilevanza di tali guadagni in sede di decisione sull'affidamento dei figli.

¹⁸⁵ *Ex multis*, VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, in STEFANO RODOTÀ, PAOLO ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2010, p. 873; LUCA CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità*, op. cit., p. 200.

¹⁸⁶ Così PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., p. 150.

¹⁸⁷ Si noti, infatti, che Cass. civ., Sez. 3, n. 4927 del 01/08/1986, Rv. 447616 aveva affermato che «il guadagno conseguito dalla prostituta a seguito della sua attività non può considerarsi reddito derivante da lavoro autonomo o dipendente con la conseguenza che l'impedimento o la riduzione di tale attività, a seguito di invalidità temporanea della prostituta stessa sofferta per fatto illecito del terzo, non costituisce danno risarcibile». Alla luce di detto principio, la Suprema corte aveva confermato la statuizione del giudice di merito, il quale aveva commisurato il risarcimento al reddito medio una casalinga.

predetta non costituisce reato e consiste in una prestazione di servizio verso corrispettivo»¹⁸⁸. Questo orientamento è tributario della sentenza della Corte di giustizia dell'UE, *Jany*, secondo cui la prostituzione costituisce una prestazione di servizi retribuita¹⁸⁹.

A fronte di questo quadro giurisprudenziale, è possibile avanzare due osservazioni. In primo luogo, si deve notare che il regime della *soluti retentio*, nonostante sia coerente con l'approccio abolizionista della legislazione italiana in materia di prostituzione¹⁹⁰, si risolve sostanzialmente in una vittimizzazione secondaria della persona che si prostituisce. A ben vedere, infatti, nella misura in cui l'applicazione di tale regime presuppone un giudizio morale sulla prostituzione (altrimenti non si giustificerebbe la contrarietà del rapporto prostitutivo al buon costume)¹⁹¹, esso non solo non riesce a tutelare l'interesse economico della persona che si prostituisce ma non riesce nemmeno ad affrancarla dallo stigma sociale che colpisce tale attività. Si noti, peraltro, che i negozi giuridici che tradizionalmente la giurisprudenza civile ritiene violativi del buon costume – e dunque nulli per illiceità della causa – (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al gioco d'azzardo), non possono essere paragonati alla prostituzione proprio perché in questo ambito c'è in gioco la dignità della persona e la sua libertà. Interessi, questi, che sono inestricabilmente connessi allo sviluppo della personalità individuale e che hanno rango costituzionale. In secondo luogo, nella prospettiva di un progressivo superamento dell'applicabilità della *soluti retentio* al rapporto prostitutivo, è da vedersi con favore

¹⁸⁸ Cass. civ., Sez. 5, n. 10578 del 13/05/2011, Rv. 618085. In tema di IRPEF, si veda Cass. civ., Sez. 5, n. 15596 del 27/07/2016, Rv. 640638, che ha peraltro ammesso la possibilità che la prostituzione non sia esercitata in forma abituale ma occasionale, nel qual caso il reddito non sarà qualificabile come reddito da lavoro ma come reddito diverso.

¹⁸⁹ Corte di giustizia, 20 novembre 2002, in causa C-268/99. Sul punto si veda MASSIMO LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, op. cit., pp. 398 ss.

¹⁹⁰ Il motivo per cui la *soluti retentio* è compatibile con un sistema abolizionista risiede nel fatto che, poiché questo approccio tende alla privatizzazione della prostituzione ma sempre in un'ottica di tutela della persona che si prostituisce, la *soluti retentio*, nella misura in cui non riconosce meritevolezza al contratto prostitutivo, non riconosce nemmeno la prestazione sessuale come obbligo di prestazione (e correlativamente, dunque, non riconosce un diritto – in capo al cliente – di ottenere tale prestazione). È chiaro, allora, che da un punto di vista puramente dogmatico questa disciplina in una certa misura dà tutela alla prostituta. Il problema, però, è che c'è un *vulnus* a monte, e cioè la qualificazione del contratto prostitutivo come contrario al buon costume.

¹⁹¹ Sulla clausola del buon costume come presidio delle regole della morale sociale si veda Cass. civ., Sez. 1, n. 16706 del 05/08/2020, Rv. 658613, secondo cui «ai fini dell'applicazione della “soluti retentio” prevista dall'art. 2035 c.c., le prestazioni contrarie al buon costume non sono soltanto quelle che contrastano con le regole della morale sessuale o della decenza, ma sono anche quelle che non rispondono ai principi e alle esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico». Nello stesso si vedano, *inter alia*, Cass. civ., Sez. 3, n. 9441 del 21/04/2010, Rv. 612552 e Cass. civ., Sez. 6, n. 8169 del 03/04/2018, Rv. 648539.

l'orientamento giurisprudenziale che, riconoscendo come redditi da lavoro i guadagni della prostituzione, li assoggetta a imposizione fiscale¹⁹².

Se questo è lo stato dell'arte nella giurisprudenza di legittimità, è necessario a questo punto indagare il rapporto tra legge Merlin e giurisprudenza costituzionale.

4.2. La giurisprudenza costituzionale

Dal 1958 ad oggi, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della legge Merlin complessivamente nove volte, giungendo in tutti i casi a pronunce di rigetto. Di seguito una tabella riassuntiva delle sentenze costituzionali.

¹⁹² *Contra* SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., p. 67, secondo la quale questo orientamento sarebbe frutto di un'impostazione neo-regolamentarista della giurisprudenza di legittimità, e MASSIMO LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, op. cit., pp. 398 ss., che sottolinea l'ipocrisia di una normativa che, da un lato, vuole tutelare la libertà e la dignità delle persone che si prostituiscono e, dall'altro lato, tollera l'esistenza di un mercato (nero) della prostituzione.

Sentenza	Questione di legittimità costituzionale		Esito
	Norme impugnate	Parametri costituzionali	
44/1964	Art. 3 n. 8: favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione	Artt. 13 e 27 Cost.: indeterminatezza delle fattispecie	Infondatezza
108/1964	Art. 3 n. 3: tolleranza abituale della prostituzione	Art. 3 Cost.: principio di uguaglianza	Infondatezza
119/1973	Art. 3: uguali pene	Art. 3 Cost.: ragionevolezza della pena	Infondatezza
205/1982	Art. 4: aggravante della minore età	Artt. 3 e 25 Cost.: disparità di trattamento e violazione del principio di legalità	Infondatezza
252/1982	Art. 4: aggravante della minore età	Artt. 3 e 25 Cost.: disparità di trattamento e violazione del principio di legalità	Manifesta infondatezza
82/1984	Art. 4: aggravante della minore età	Artt. 3 e 25 Cost.: disparità di trattamento e violazione del principio di legalità	Manifesta infondatezza
281/1985	Art. 4: aggravante della minore età	Artt. 3 e 25 Cost.: disparità di trattamento e violazione del principio di legalità	Manifesta infondatezza
141/2019	Art. 3 n. 4: reclutamento della prostituzione Art. 3 n. 8: favoreggiamento della prostituzione	Art. 2 Cost.: libertà di autodeterminazione sessuale Art. 41 Cost.: libertà di iniziativa economica Artt. 13, 25, 27 Cost.: principio di offensività del reato Art. 25 Cost.: principio di tassatività della norma penale	Infondatezza

278/2019	Art. 3 n. 3: tolleranza abituale della prostituzione	Artt. 13, 25, 27 Cost.: principio di offensività del reato	Infondatezza
	Art. 3 n. 8: favoreggiamento della prostituzione	Art. 25 Cost.: principio di tassatività della norma penale	

Due sono le osservazioni che possono essere svolte a partire dai dati mostrati nella tabella. La prima è che tutte le questioni di legittimità costituzionale che hanno investito la legge Merlin, sin dalla sua entrata in vigore nel 1958, hanno riguardato le fattispecie incriminatrici ivi previste. Letto *a contrario*, questo dato è di notevole importanza perché ci dice che l'opzione politica fondamentale della legge, ovvero sia il ripudio del regolamentarismo mediante la chiusura delle case chiuse e l'affrancamento delle prostitute, non è mai stato seriamente posto in dubbio dagli interpreti¹⁹³. Non è cosa di poco conto, questa, se solo si pensi al fatto che nell'ultimo trentennio in alcuni Stati europei sono state introdotte normative di stampo neo-regolamentarista¹⁹⁴ e che la “nostalgia” delle case chiuse è argomento non del tutto sconosciuto al dibattito politico italiano, anche recente¹⁹⁵. In secondo luogo, la tabella evidenzia che, in una prima fase del rapporto legge Merlin-Corte costituzionale, le questioni di legittimità erano focalizzate essenzialmente sulla proporzionalità e ragionevolezza delle pene¹⁹⁶, nonché

¹⁹³ Una sorte decisamente contraria è toccata alle leggi che, similmente alla legge Merlin, hanno ad oggetto la regolamentazione del(le funzionalità del) corpo femminile, come la legge 194/1978 e 40/2004. Entrambe queste normative sono state oggetto di numerosi interventi della Corte costituzionale (31 per la l. 194/1978 e 19 per la l. 40/2004).

¹⁹⁴ Ci si riferisce, ad esempio, alla Germania e ai Paesi Bassi.

¹⁹⁵ Si veda, ad esempio, il disegno di legge presentato dal Sen. Gianfranco Rufa, n. 1047 del 7 febbraio 2019, teso ad introdurre in Italia una disciplina neo-regolamentarista, con conseguente abrogazione degli artt. 1 e 2 della legge Merlin (testo disponibile al seguente sito web: https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DDLPRES/0/1105767/index.html?part=ddlpres_ddlpres1-articolato_articolato1 visitato da ultimo in data 14 gennaio 2023).

¹⁹⁶ A monte di questa questione era il problema di capire la natura giuridica di delle fattispecie di cui all'art. 3 della legge Merlin: se, cioè, si trattasse di norma a più fattispecie ovvero di disposizione a più norme. L'adesione all'una o all'altra opzione interpretativa non è scelta di poco conto, visto che, là dove un soggetto ponga in essere una pluralità di condotte incriminate dalla legge Merlin, se si aderisce alla prima opzione, si avrà la commissione di un unico reato (e dunque si applicherà una sola pena). Diversamente, se si ritenesse che l'art. 3 della legge Merlin configuri una disposizione a più norme, si avrebbe che il soggetto attivo possa rispondere di una pluralità di reati, con conseguente cumulo delle pene. Ebbene, rispetto a questa questione la Corte costituzionale non ha preso posizione (v., ad esempio, Corte cost., sent. n. 119/1973, § 3 cons. dir.) ma la dottrina e la giurisprudenza hanno inizialmente optato per la tesi della pluralità di reati (*contra*, ad esempio, GIULIANO VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della 'Legge Merlin'*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1965, p. 408), ricevendo le critiche di chi sostiene che la legge Merlin non sia «stata mai interpretata secondo il suo senso, ma “secondo il sistema precedentemente in vigore”» (SILVIA NICCOLAI,

sulla tassatività e precisione delle fattispecie incriminatrici. In un secondo momento, cioè a partire dalla sentenza n. 141/2019, invece, l'impostazione dei giudici *a quibus* cambia radicalmente. Infatti, oltre ai dubbi circa la tassatività e determinatezza del favoreggiamento della prostituzione, in quella pronuncia si è posta in dubbio la legittimità del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione volontariamente esercitata, sulla base di un preteso diritto di prostituirsi costituzionalmente tutelato¹⁹⁷. Questa questione di legittimità costituzionale, allora, è l'unica che veramente ha messo a rischio l'impianto abolizionista della legge Merlin perché ha portato ad emersione la questione della prostituzione volontaria in quanto fenomeno sociale nuovo rispetto al contesto in cui è stata adottata la legge Merlin.

Il merito e le implicazioni della sentenza n. 141/2019 saranno discusse nel prosieguo. Tuttavia, si ritiene utile notare sin d'ora un aspetto peculiare di tale pronuncia, ovvero sia la nozione di prostituzione ivi adottata.

Ebbene, nella decisione in parola la Corte costituzionale, diversamente dalle altre volte in cui si era pronunciata sulla legittimità costituzionale della legge Merlin, ha fornito una precisa definizione di prostituzione, ovvero sia «l'effettuazione di prestazioni sessuali verso corrispettivo, di norma in modo abituale e indiscriminato (senza, cioè, una previa limitazione a specifici partner)»¹⁹⁸. Ora, rispetto alla definizione correntemente data dalla giurisprudenza penale di legittimità¹⁹⁹, si può notare che la Corte costituzionale recepisce l'elemento della sinallagmaticità ma ravvisa anche gli elementi dell'abitualità e dell'indiscriminatezza, non ritenuti essenziali dalla Corte di cassazione.

A fronte di questo quadro, occorre chiedersi innanzitutto per quale motivo la Corte abbia deciso di dare la sua definizione di prostituzione. Si ritiene che proprio la particolarità della questione di legittimità sottoposta – una questione, cioè, che per la prima volta prospettava una radicale incompatibilità della legge Merlin con la Costituzione – abbia imposto la necessità di delineare i contorni di un fenomeno sociale e di una categoria giuridica di difficile definizione. In particolare, l'ordinanza di

La Legge Merlin e i suoi interpreti, op. cit., p. 69). Attualmente, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono, invece, che si tratti di norma a più fattispecie (v., ad esempio, Cass. pen., Sez. 3, n. 41404 del 07/07/2011, Rv. 251300 e ADELMO MANNA, *La Legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, op. cit., p. 316; *contra*, tutt'ora GIUSEPPE MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, op. cit., p. 227).

¹⁹⁷ Si veda, sul punto, l'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bari (Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018).

¹⁹⁸ Corte cost., sen. n. 141/2019, § 4.1. cons. dir.

¹⁹⁹ V. *supra*.

rimessione ha posto la Corte di fronte all'eterogeneità del fenomeno prostitutivo, sia sotto il profilo delle condizioni morali (prostituzione volontaria, coatta e di bisogno) sia sotto il profilo delle condizioni materiali (prostituzione *outdoor*, *indoor*, dematerializzata) del suo esercizio. Inoltre, poiché la questione di legittimità investiva anche la determinatezza della fattispecie di favoreggiamento, era necessaria una delimitazione del concetto presupposto.

Partendo, dunque, dalle divergenze tra giurisprudenza di legittimità e giurisprudenza costituzionale sulla nozione di prostituzione, nel prossimo paragrafo si cercherà di proporre una provvisoria definizione mediante l'individuazione dei suoi elementi essenziali.

5. Una provvisoria definizione di prostituzione: gli elementi essenziali del concetto

Il proposito di definire in maniera universale e definitiva la prostituzione è destinato al fallimento perché l'eterogeneità del fenomeno, nonché la sua relatività storico-culturale, si riflettono inevitabilmente su ogni tentativo definitorio. La prostituzione, in altre parole, sconta una intrinseca indeterminatezza semantica. Eppure, è necessario cimentarsi nell'impresa, per quanto il risultato possa essere approssimativo, perché la definizione è l'unità logica di base su cui strutturare la riflessione rispetto al rapporto prostituzione-Costituzione. Del resto, non si può analizzare un concetto in relazione ad un altro se prima non lo si definisce. Ed è chiaro che la definizione che si darà in questa sede già esprimerà un giudizio qualitativo sull'oggetto, sicché si tratta di uno sforzo prodromico rispetto al resto del lavoro.

Occorre dunque partire da una constatazione di fondo, e cioè che è possibile soltanto limitatamente ricorrere al diritto positivo nazionale. Infatti, né la legge Merlin – in tema di prostituzione in generale – né l'art. 600 *bis* c.p. – in tema di prostituzione minorile – contengono una definizione diretta ed esplicita della prostituzione. A parer di chi scrive, il motivo per cui la legge Merlin è silente sul punto risiede nella sua intrinseca storicizzazione: nel momento in cui è stata concepita la legge (1948-1958) e rispetto alle finalità programmatiche che si proponeva, la prostituzione si identificava con il sistema regolamentarista – caratterizzato, come si è visto, dal preordinato e sistematico annichilimento fisico e morale della prostituta –, sicché non v'era bisogno in quel preciso momento storico di cristallizzarne gli elementi essenziali. Non solo: la scelta legislativa

risulta coerente con la struttura politica della legge, che ha voluto privatizzare in modo emancipativo la prostituzione. Non deve stupire, quindi, che la legge Merlin abbia rinunciato a positivizzare la nozione di prostituzione. Quanto all'art. 600 *bis* c.p., sebbene anch'esso non contenga una definizione normativa del concetto in esame²⁰⁰, fornisce nondimeno delle indicazioni di partenza perché, al secondo comma, si afferma che:

«Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000»²⁰¹.

Questa incriminazione è mutuata dall'art. 19, secondo comma, della Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, a mente del quale:

«Ai fini del presente articolo, il termine “prostituzione minorile” indica il fatto di utilizzare un minore per compiere atti sessuali, corrispondendogli o promettendogli denaro o altre forme di compenso, pagamento o vantaggio, indipendentemente dal fatto che tale pagamento o vantaggio sia corrisposto o promesso al minore o a terzi».

La laconicità delle disposizioni normative sulla nozione giuridica di prostituzione è stata compensata da una rilevante elaborazione giurisprudenziale²⁰². Ancora una volta, ciò non deve stupire, visto che è proprio la giurisprudenza ad essere chiamata a relazionarsi con il fatto concreto e, quindi, con tutti i mutamenti sociali che hanno investito il mercato prostitutivo e che hanno fatto emergere l'esigenza di delimitare i contorni della nozione.

A tale proposito, si è visto sopra come la definizione di prostituzione invalsa nella giurisprudenza di legittimità sia in parte diversa rispetto a quella proposta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 141/2019²⁰³. Infatti, mentre la prima è imperniata sugli

²⁰⁰ *Ex multis*, GIOVANNI COCCO, *Alla ricerca dei confini tra libertà sessuale e prostituzione minorile. Per evitare nuovi casi Braibanti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 4, 2014, pp. 1072 ss., secondo cui l'art. 600 *bis*, secondo comma, c.p. non definisce il concetto di prostituzione ma descrive la condotta incriminata.

²⁰¹ Ai fini del presente lavoro, questa norma è interessante per due motivi: (i) presuppone il consenso del minore ultraquattordicenne rispetto all'attività prostitutiva (e quindi indirettamente conferma la tripartizione del fenomeno) e (ii) criminalizza il cliente e dunque adotta un approccio neo-abolizionista (così anche FRANCESCA RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso su mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, op. cit., p. 235).

²⁰² V. *supra*.

²⁰³ Si ricordi che ormai, per giurisprudenza costante, la Corte di cassazione definisce la prostituzione come «una qualsiasi condotta riconducibile alla sfera sessuale, tenuta dietro pagamento di un corrispettivo e finalizzata, in via diretta e immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o è destinatario della prestazione» (Cass. pen., Sez. 3, n. 364 del 17/09/2019, dep. 09/01/2020, Rv. 278392; Cass. pen., Sez. 3, n. 13598 del 16/12/2014, dep. 31/03/2015, Rv. 262858; Cass. pen., Sez. 3, n. 17394 del 09/04/2015, Rv. 263358; Cass. pen., Sez. 3, n. 15158 del 21/03/2006, Rv. 233929). Di converso, la Corte costituzionale ha

elementi della (i) finalizzazione degli atti sessuali al soddisfacimento della libidine del destinatario; (ii) sinallagmaticità del rapporto e (iii) indifferenza soggettiva (o promiscuità), la seconda definizione richiede anche, di norma, (i) l'abitudine e (ii) l'indiscriminatezza del comportamento ma (iii) non menziona l'indifferenza.

A parer di chi scrive, ai fini di enucleare una definizione minima di prostituzione, è preferibile la soluzione interpretativa offerta dalla Corte di cassazione perché, con riferimento al requisito dell'abitudine, non pare che esso esprima l'*ubi consistam* della prostituzione ma, a tutto concedere, esso esprime una maggiore o minore organizzazione imprenditoriale dell'attività prostitutiva²⁰⁴, senza per questo farne venire meno la connotazione essenziale (cioè la sinallagmaticità di un rapporto in cui i soggetti scambiano una prestazione di natura sessuale contro un'utilità economica). Con riferimento, poi, all'indiscriminatezza, si ritiene di aderire all'opinione dottrinale secondo cui con questo termine «si mantiene ferma [...] l'idea che chi si prostituisce è tenuto a consentire un accesso illimitato [del proprio corpo] ai clienti, così da escludere che possa avere un qualsiasi margine di scelta nell'accettare o meno di svolgere la propria prestazione sessuale»²⁰⁵. Dunque tale requisito si pone in contrasto con un'interpretazione costituzionalmente orientata, che impone di porre al centro la libertà della persona che si prostituisce.

Da tutto ciò deriva che la nozione di prostituzione non si appunta tanto su un dato quantitativo (l'abitudine del comportamento o l'indiscriminatezza dei clienti) ma, piuttosto, su un dato qualitativo, cioè il rapporto che lega il soggetto che offre la prestazione sessuale e il soggetto che quella prestazione acquista²⁰⁶. Questa osservazione conduce a una conclusione obbligata, e cioè che l'*ubi consistam* della prostituzione sia da ravvisarsi, in ultima analisi, nell'oggetto dell'accordo, cioè la prestazione²⁰⁷. E su questo

affermato che per prostituzione si intende «l'effettuazione di prestazioni sessuali verso corrispettivo, di norma in modo abituale e indiscriminato (senza, cioè, una previa limitazione a specifici partner)» (Corte cost., sent. n. 141/2019, § 4.1. cons. dir.

²⁰⁴ Si ricordi, a tale proposito, la distinzione invalsa nella giurisprudenza di legittimità (ad esempio, Cass. civ., Sez. 5, n. 10578 del 13/05/2011, Rv. 618085 e Cass. civ., Sez. 5, n. 15596 del 27/07/2016, Rv. 640638) in tema di imposizione fiscale dei proventi della prostituzione, tra reddito da lavoro (là dove l'attività prostitutiva sia abituale) e redditi diversi (là dove l'attività prostitutiva sia occasionale).

²⁰⁵ PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., pp. 16-17.

²⁰⁶ In senso conforme si veda GIORGIA SERUGHETTI, *Uomini che pagano le donne*, op. cit., p. 29, secondo cui nella transazione prostitutiva «prende forma una relazione. Prostituta e cliente sono figure relazionali: le prostitute non esisterebbero se non ci fossero uomini disposti a pagare per ottenere i loro favori e questi, a loro volta, diventano clienti solo in riferimento alla loro frequentazione di lavoratrici del sesso».

²⁰⁷ Sul rapporto tra oggetto dell'obbligazione e prestazione si veda, *inter alia*, EMILIO BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1953, p. 49.

punto si ritiene che né la definizione della Corte di cassazione né quella della Corte costituzionale siano pienamente soddisfacenti perché entrambe hanno dato per scontato che l'oggetto dell'accordo sia lo scambio tra prestazione sessuale e prestazione economica, senza indagare cosa sia effettivamente la prestazione sessuale.

A ben vedere, infatti, la ricostruzione della giurisprudenza di legittimità presuppone una nozione di prestazione sessuale come *servizio* (quindi come un'utilità legata ma separata rispetto alla persona che lo offre)²⁰⁸. Di converso, una definizione come quella avanzata dalla giurisprudenza costituzionale, nella misura in cui si appunta anche sull'abitudine del comportamento e sull'indiscriminatezza dei clienti, presuppone che oggetto del rapporto prostitutivo sia *il corpo*²⁰⁹ (quindi un'utilità inseparabile dalla persona che si prostituisce). Il *vulnus*, in entrambi i casi, è che queste ricostruzioni guardano all'oggetto del rapporto prostitutivo dal punto di vista dell'acquirente. Si ritiene più corretto, invece, definire la prestazione sessuale²¹⁰ dal punto di vista di chi la pone in essere, cioè della persona che si prostituisce. In questo senso, allora, la prestazione sessuale non è né semplicemente un servizio e non è nemmeno il corpo in quanto tale, ma una *funzionalità rinnovabile del corpo e della psiche*²¹¹.

È una funzionalità perché la capacità di porre in essere atti sessuali rientra nelle normali funzioni di un corpo umano adulto. È rinnovabile perché si tratta di una funzionalità che non è consumabile: la fisiologia umana prevede, quantomeno a partire

²⁰⁸ *Ex multis*, Cass. civ., n. 22413 del 27/07/2016. Nello stesso senso anche Corte di giustizia dell'UE, sentenza *Jany*, cit.

²⁰⁹ Così CARMELA SALAZAR, *La Corte costituzionale, la "legge Merlin" e la "legge" di Filumena Martorano*, in ADRIANA APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 25. Sulla questione del corpo come oggetto del rapporto prostitutivo si vedano, *contra*, PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., p. 17 e FAUSTO GIUNTA, *Le prostituzioni tra fatto e diritto*, op. cit., p. 312, secondo cui i concetti di prostituzione e sessualità «sono legati, perché la prostituzione non consiste nel semplice mercimonio del corpo, ma nella prestazione sessuale, ancorché abnorme o bizzarra, che sia offerta in modo indiscriminato, ossia senza scelta del partner».

²¹⁰ Il Collettivo Ombre Rosse parla di *prestazione sesso-affettiva*, introducendo quindi l'elemento dell'affettività, il che apre la prostituzione a forme di scambio quali la c.d. *girlfriend experience* (v. COLLETTIVO OMBRE ROSSE, *Siamo Ombre Rosse: sew worker transfemministe contro la violenza, lo stigma e la criminalizzazione*, in GIULIA GAROFALO GEYMONAT, GIULIA SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, op. cit., p. 191).

²¹¹ La distinzione tra prestazione sessuale come servizio, come bene-corpo e come funzionalità del corpo assume rilievo in termini di politica del diritto: l'approccio neo-regolamentarista, infatti, sottintende la prestazione sessuale come servizio; l'approccio vetero-regolamentarista sottintende la prestazione sessuale come bene-corpo e il sistema neo-abolizionista sottintende la prestazione sessuale come funzionalità del corpo. In termini simili si veda LUCA CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità*, in UMBERTO BRECCIA, ALESSANDRO PIZZORUSSO (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, Pisa University Press, 2007, p. 205.

dalla pubertà, una illimitata capacità di porre in essere atti sessuali²¹². È una funzionalità, poi, che attiene al corpo perché l'attività sessuale si svolge normalmente attraverso un contatto sensoriale (non necessariamente tattile) tra i corpi. Infine, è una funzionalità anche della psiche perché la sessualità umana non si risolve nell'uso del corpo ma investe anche la psiche o, per dirla in termini giuridici, la soggettività della persona²¹³. Se questo è vero, e sempre muovendo dalla prospettiva dell'offerta, l'oggetto del rapporto prostitutivo è inestricabilmente connesso all'individualità di chi cede la prestazione sessuale²¹⁴, in termini, innanzitutto, di identità personale e libertà sessuale²¹⁵.

Alla luce di questa riflessione, è possibile fornire una (provvisoria) definizione in questi termini: *la prostituzione identifica un rapporto sinallagmatico in cui un soggetto, al di fuori di qualsiasi vincolo emotivo e affettivo aliena, dietro corresponsione di un'utilità economica, una prestazione sessuale, cioè una funzionalità rinnovabile del proprio corpo e della propria psiche che consiste materialmente nel compimento di un comportamento riguardante la sfera sessuale ed è funzionalizzato, in via diretta, immediata ed esclusiva, alla libidine del destinatario.*

Si noti che, rispetto alla definizione della giurisprudenza di legittimità, si è aggiunto anche l'elemento dell'esclusività perché la finalizzazione della prestazione sessuale al soddisfacimento della libidine del cliente non si limita al fatto che costui possa usufruire direttamente e immediatamente della sessualità della persona che si prostituisce, ma

²¹² VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, op. cit., p. 874, secondo cui «ogni essere umano è dotato di una capacità sessuale che costituisce parte integrante del proprio essere e che viene sfruttata secondo le attitudini, inclinazioni, possibilità al pari delle altre capacità fisiche o intellettuali».

²¹³ Ad esempio, secondo Carole Pateman, «identity is inseparable from the sexual construction of the self» (CAROLE PATEMAN, *The Sexual Contract*, op. cit., p. 207). Così anche DANIELA DANNA, *Introduzione*, op. cit., p. 10, secondo cui il diritto fondamentale di decidere liberamente sulla propria sessualità è «inseparabile [...] dall'integrità psicologica di una persona, dalla sua relazionalità più intima, dal suo profondo desiderio di condivisione [...]». Più di recente, si veda MARIA PIA IADICICCO, *Detenzione e "nuovi" diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, in *Rivista di Biodiritto – BioLaw Journal*, n. 1, 2023, p. 10, secondo cui «nella sessualità corporeità ed emotività si fondono in un nesso che pare difficile, se non impossibile, sciogliere».

²¹⁴ Pertinente è, sul punto, la distinzione tra corpo-oggetto e corpo-soggetto (v., ad esempio, PAOLO ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in STEFANO RODOTÀ, PAOLO ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 99 ss.). Del resto, che il corpo non possa essere considerato del tutto avulso dalla persona, è stato espressamente riconosciuto anche dalla Corte costituzionale (v., ad esempio, sentt. 17/1986 e 471/1990).

²¹⁵ Come si vedrà nel prosieguo, questa caratteristica milita nel senso che non si possa trattare la prostituzione alla stregua di un'attività economica come le altre. Sul punto si veda CARMELA SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla "legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, op. cit., p. 166. Si ricordi, peraltro, che la prostituzione come "lavoro come gli altri" è il postulato fondamentale delle politiche neo-regolamentariste.

abbraccia anche il fatto che il desiderio e il godimento della prostituta non sono parte della prestazione²¹⁶. In altri termini, la funzionalizzazione della prestazione sessuale al soddisfacimento del cliente è totale (salvo, ovviamente, il limite del consenso).

Alla luce di questa definizione, gli elementi essenziali della nozione di prostituzione sono: (i) l'oggetto (cioè la prestazione sessuale), (ii) la sinallagmaticità del rapporto e (iii) l'indifferenza soggettiva (o promiscuità). Ora, rispetto a questa definizione, la prostituzione *volontaria* presenta il carattere della consensualità ma si tratta di un elemento che si colloca al di fuori della nozione minima di prostituzione e la qualifica rispetto all'atteggiamento psichico e morale della persona che si prostituisce. Si tratta dunque di un limite esterno. Le caratteristiche della prostituzione volontaria sono che: (i) il consenso investe non solo la singola prestazione sessuale ma anche l'attività prostitutiva nel suo complesso, in quanto attività economica e (ii) il consenso relativo alla singola prestazione sessuale è condizionato al pagamento del corrispettivo economico²¹⁷; *a contrario*, se la prestazione economica non ci fosse, il consenso alla prestazione sessuale verrebbe meno quindi tra le due prestazioni vi è un rapporto di simultaneità²¹⁸ (*simul stabunt simul cadent*).

La definizione qui proposta in via provvisoria è, evidentemente, una definizione pragmatica e descrittiva, cioè una definizione che vuole innanzitutto illuminare l'aspetto fattuale e materiale del rapporto prostitutivo. Nel prosieguo si tratteranno le definizioni critiche, quelle cioè volte ad inquadrare il fenomeno prostitutivo all'interno di precise coordinate teoriche (ad esempio quelle femministe).

Una volta chiarita la fenomenologia della prostituzione, analizzato lo stato dell'arte nel diritto positivo e nel diritto vivente sul tema e, infine, dopo aver proposto una definizione descrittiva di prostituzione, è possibile inquadrare questo fenomeno alla luce delle rilevanti categorie costituzionali.

²¹⁶ L'assenza di desiderio sarà oggetto di approfondimento nel Capitolo III.

²¹⁷ BARBARA PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, op. cit., p. 78.

²¹⁸ Tant'è vero che una dottrina e una giurisprudenza molto minoritarie sostengono che, là dove il cliente non esegua il pagamento, si configura il reato di violenza sessuale proprio perché viene meno *ex post facto* il consenso della prostituta all'atto sessuale (si consenta il rinvio a FLAVIA PACELLA, *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*, op. cit., pp. 191 ss.).

6. Prostituzione (volontaria) e Costituzione: un primo inquadramento

In che misura la prostituzione interroga la Costituzione? Si è già visto come la legge Merlin si collochi in un rapporto, per così dire, privilegiato con la Carta costituzionale perché ne è diretta attuazione sotto i profili della cittadinanza, della libertà, della dignità e dell'uguaglianza delle donne. Volendo riassumere, si può affermare che la legge Merlin, con la sua portata eminentemente emancipativa²¹⁹, sia stata strumentale per l'inveramento dei principi costituzionali relativi ai rapporti (di forza) tra i generi e dunque, in ultima analisi, per attuare il personalismo su cui si fonda l'ordinamento repubblicano e le stessa forma di Stato democratica.

In effetti, in quanto naturale prodotto di una società patriarcale e monogamica²²⁰, la prostituzione è un fenomeno che presenta «un'eccedenza di genere»²²¹ ed è, in questo senso, «intimamente connesso al modo in cui vivono e si strutturano i rapporti e le relazioni sociali»²²², sia private che pubbliche. Di conseguenza, uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione deve necessariamente andare al di là dei confini positivi della legge Merlin²²³, anche a fronte della relatività storico-culturale sia della legge che dello stesso fenomeno prostitutivo.

La bontà di questa opzione metodologica è indirettamente confermata proprio dall'evoluzione storica del rapporto tra legge Merlin e Corte costituzionale. Come si è visto nei precedenti paragrafi, in una prima fase – cioè dall'entrata in vigore della legge fino agli anni '80 – le questioni di legittimità costituzionale che sono state sollevate in relazione alle disposizioni della legge Merlin hanno riguardato essenzialmente la proporzionalità e ragionevolezza delle pene, nonché la tassatività e precisione delle

²¹⁹ Si ricordi che tra i pilastri programmatici della legge Merlin vi era la necessità di superare il sistema regolamentarista nella misura in cui questo aveva costruito il corpo della donna-prostituta come vera e propria funzione pubblica (sfogo sessuale per l'uomo-soldato e tutela della donna-madre-moglie). Sul punto v. *supra*.

²²⁰ V. *supra*.

²²¹ Così BARBARA PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, op. cit., p. 80.

²²² GIUSEPPE MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, op. cit., p. 211.

²²³ Questo approccio metodologico è condiviso in dottrina. Si veda, a titolo meramente esemplificativo, GIUSEPPE MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, op. cit., pp. 211 ss., secondo cui il «carattere "istituzionale" della prostituzione spiega la ragione per cui non si possa affrontare tale problematica senza inquadrarla nell'ambito di un discorso più ampio, che finisce inevitabilmente per investire i valori culturali e la mentalità collettiva dei gruppi sociali, le strutture demografiche e matrimoniali, il sentimento religioso, gli andamenti economici e, ovviamente, le scelte normative; tutti aspetti sui quali, al tempo stesso, un'attenta analisi del fenomeno "prostituzione", di rimando, getta nuova luce, contribuendo a delinearne contenuti e reali significati, finendo così col rappresentare, in ultima analisi, un punto privilegiato di osservazione di un'intera società».

fattispecie incriminatrici ivi previste. Si trattava, dunque, di questioni che non minavano la struttura politica e programmatica della legge, (cioè l'abolizionismo). In un secondo momento, invece, cioè a partire dalla sentenza n. 141/2019, l'impostazione dei giudici *a quibus* è radicalmente cambiata nel senso di revocare in dubbio la perdurante rispondenza dei postulati tipici dell'abolizionismo rispetto alle rilevanti disposizioni costituzionali. Peraltro, nel rapporto tra prostituzione e Costituzione non è soltanto la legge Merlin ad essere stata oggetto di scrutinio, ma è stata anche la stessa Carta costituzionale a venire riplasmata nel confronto con i mutamenti della prassi e della coscienza sociale²²⁴.

Ora, se da un lato la recente sollecitazione costituzionale della legge Merlin testimonia, appunto, un mutamento della prassi e della coscienza sociale in tema di prostituzione (emersione della c.d. prostituzione volontaria), che pure è necessario affrontare, dall'altro lato proprio questo incidente di costituzionalità esprime le (perduranti) difficoltà culturali e strutturali che la dottrina²²⁵ e la giurisprudenza²²⁶ hanno incontrato nell'interpretazione di una "legge femminista"²²⁷. Occorre dunque partire proprio dalla vicenda che ha originato la sentenza n. 141/2019 per delineare un quadro minimo del rapporto non solo legge Merlin-Constituzione, ma anche prostituzione volontaria-Constituzione.

²²⁴ Sul rapporto tra Costituzione, corpo e mutamenti sociali si veda, *inter alia*, ROBERTO ROMBOLI, *La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del diritto*, n. 1, 1991, p. 567.

²²⁵ In una prospettiva costituzionalistica si veda, *inter alia*, GIUSEPPE MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, op. cit., p. 213, secondo cui «diffusamente sentita è la necessità di rivedere l'impianto abolizionista che [...] è tracciato [nella legge Merlin], sia in ragione dei limiti evidenziati nel corso della sua pluridecennale applicazione, sia alla luce del progressivo scollamento tra legislazione e società prodotto dai mutamenti intervenuti nel fenomeno della prostituzione (e nel contesto socio-culturale)». A identiche conclusioni arriva anche una parte della dottrina penalistica (v. *ex multis*, ALBERTO CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2018, pp. 153 ss.).

²²⁶ Su tutti, Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018.

²²⁷ Si rammenti che, secondo autorevole dottrina, la legge Merlin ha subito un autentico sabotaggio ad opera degli interpreti (v. *supra*). In relazione, nello specifico, all'interpretazione proposta dalla Corte d'appello di Bari si è parlato anche di «eterogenesi dei fini» nella misura in cui, piuttosto che interpretare la legge nel senso di «rendere l'attività più difficile punendo le condotte serventi, [la si è interpretata nel senso di] consentire una prostituzione finalmente libera» (così GABRIELE MAESTRI, *La «legge» di Filumena o la «legge» di Graziana? Considerazioni su dignità e prostituzione tra Italia e Spagna*, in ADRIANA APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 155). Si rammenti inoltre che l'espressione *legge femminista* è stata coniata da SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., p. 96 ed è condivisa anche da altre autorevoli voci dottrinarie (come ad esempio BARBARA PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, op. cit., pp. 55 ss.). In particolare, quest'ultima Autrice ben sintetizza la portata femminista, appunto, della legge Merlin nella misura in cui osserva come tale normativa sia stata un autentico momento di svolta nel processo di acquisizione di una piena cittadinanza da parte delle donne italiane e nell'inveramento del principio costituzionale antisubordinazione di genere (v. *supra*).

6.1. La prostituzione volontaria e le categorie del diritto costituzionale nella sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale

Come si è visto sopra, la pronuncia della Corte costituzionale n. 141/2019 segna uno snodo fondamentale nell'ambito della giurisprudenza costituzionale in tema di prostituzione. Ciò essenzialmente per due connessi motivi: il primo è che, per la prima volta dalla sua entrata in vigore, si è posto in dubbio il fondamento politico e – forse è il caso di dire, assiologico – della legge Merlin; il secondo è che è emerso, nella realtà giuridica, il fenomeno della prostituzione volontaria²²⁸.

Orbene, la questione di legittimità costituzionale aveva ad oggetto le fattispecie di reclutamento²²⁹ e favoreggiamento²³⁰ della prostituzione, nella parte in cui configurano come illecito penale le cc.dd. condotte parallele, cioè le condotte poste in essere da terzi nei confronti di persone che esercitano la prostituzione, anche nei casi in cui la scelta di prostituirsi fosse stata presa in autonomia e con consapevolezza.

Si deve a questo punto notare la peculiarità del caso di specie in punto di fatto²³¹. A ben vedere, le condotte contestate agli imputati, facoltosi imprenditori, consistevano nel (i) ricercare delle donne, prospettando loro la possibilità di prostituirsi in occasione di incontri dagli stessi organizzati con l'allora Presidente del Consiglio dei Ministri; (ii) selezionare le suddette donne secondo specifiche caratteristiche fisiche (giovane età, corporatura esile...); (iii) impartire disposizioni sull'abbigliamento da indossare e sul

²²⁸ Si noti che, a ben vedere, la prostituzione volontaria era un fenomeno conosciuto anche al tempo in cui è entrata in vigore la legge Merlin (v., ad esempio, FRANCESCA RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso su mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, op. cit., p. 235). Quello che si vuole sottolineare in questa sede, però, è che a livello politico il postulato della prostituzione come un lavoro come gli altri non è stato recepito né dalla legge Merlin né dalla successiva giurisprudenza fino alla questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2018 dalla Corte d'appello di Bari.

²²⁹ Art. 3, primo comma, numero 4), prima parte della legge Merlin. Per giurisprudenza consolidata, la fattispecie di reclutamento è integrata allorché il soggetto agente si attivi al fine di collocare la persona nella disponibilità del destinatario della prestazione sessuale. Per l'integrazione del reato è quindi sufficiente un'attività di ricerca della persona da ingaggiare e di persuasione della medesima, mediante la rappresentazione dei vantaggi realizzabili, a recarsi in un determinato luogo e a rimanervi per un certo tempo al fine di esaudire le richieste di prestazioni sessuali dei clienti (*ex multis* Cass. pen., nn. 15217/2017 e 12999/2015).

²³⁰ Art. 3, primo comma, numero 8), della legge Merlin. Questa fattispecie costituisce una norma residuale e di chiusura, finalizzata alla repressione di tutte quelle condotte preordinate a creare condizioni favorevoli per l'esercizio del meretricio (v., *ex multis*, PAOLA DI NICOLA, VITTORIA BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., pp. 47 ss.).

²³¹ In senso analogo si vedano DANIELA BIFULCO, *Del reclutare escort per un Premier: chi offende cosa? Riflessioni sul rapporto tra diritto e fatto in un affare giudiziario*, in *Etica & Politica*, n. 1, 2021, pp. 437 ss. e FRANCESCO VIGANÒ, *Il principio di laicità e le recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione*, op. cit., pp. 51 ss.

comportamento da assumere; (iv) sostenere le spese di viaggio e soggiorno delle donne provenienti da diverse parti d'Italia e mettere loro a disposizione il mezzo per raggiungere il luogo dell'incontro. Ora, se da un lato questa attività di reclutamento e favoreggiamento si svolgeva, effettivamente, al di fuori di un contesto coercitivo, occorre mettere in luce le relazioni personali che intercorrevano tra i protagonisti della vicenda. Sul punto non si può non notare che i *soggetti* della transazione erano, da un lato, l'allora Presidente del Consiglio in quanto (eventuale) destinatario delle prestazioni sessuali e, dall'altro lato, gli imputati, cioè imprenditori che, *offrendo* il pagamento di tali prestazioni o comunque *fornendo* materialmente le ragazze, si rappresentavano la possibilità di ottenere, in cambio di tale *fornitura*, favori economici da parte del Presidente del Consiglio. Ne consegue che le donne così reclutate, ferma restando l'assenza di coercizione sull'accettare o meno la proposta, assumevano la veste, reificata, di un *favore tra uomini*²³².

Fatta questa necessaria premessa, per quel che interessa in questa sede, secondo la prospettazione del giudice *a quo*, le fattispecie della legge Merlin sarebbero incostituzionali perché, là dove la scelta di prostituirsi sia libera e consapevole, essa costituirebbe una forma di esercizio, positivo, della libertà di autodeterminazione sessuale *ex art. 2 Cost.*²³³ nonché della libertà di iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.* Pertanto, l'incriminazione dell'intermediazione e dell'agevolazione dei terzi in favore della *escort* – individuata come figura paradigmatica della prostituta volontaria²³⁴ – impedirebbe, da un lato, «il riconoscimento del [suo] diritto di disporre della sessualità

²³² Sottolinea questo aspetto BARBARA PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, op. cit.1, pp. 55 ss. A tale proposito si rappresenta che la sottoscritta ha preso visione delle videoregistrazioni del processo di appello del c.d. caso Tarantini in cui le *escort* erano state chiamate a testimoniare.

²³³ Rispetto alla lettura dell'art. 2 Cost. come fondamento costituzionale della libertà sessuale l'ordinanza di rimessione richiama la sentenza n. 561/1987 della Corte costituzionale, nella parte in cui afferma che «il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalle Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire». In merito all'innovatività, ma anche alle criticità di questa sentenza, si vedano, *inter alia*, L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 1989, I, pp. 2113 ss.; ALESSANDRO PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2001, p. 35 ss.; FRANCESCA ANGELINI, *Orientamento sessuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 2010, pp. 364 ss.).

²³⁴ In una prospettiva che critica l'essentialismo di questa prospettazione si vedano, a titolo meramente esemplificativo, COSIMO GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata «protetta» dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4, 2019, p. 177 e BARBARA PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, op. cit., pp. 55 ss.

nei termini contrattualistici dell'erogazione della prestazione sessuale contro pagamento di denaro»²³⁵ e, dall'altro, impedirebbe pure «la fisiologica espansione di tale forma d'iniziativa economica, privata della possibilità di evolversi al pari delle altre forme imprenditoriali operanti nel nostro ordinamento»²³⁶. L'*iter* argomentativo del collegio rimettente si fonda dunque sul riconoscimento di un vero e proprio diritto di offrire sul mercato prestazioni sessuali quale declinazione della libertà sessuale e di iniziativa economica privata, senza che esigenze di tutela della moralità pubblica possano essere ritenute preminenti²³⁷. In questo senso, la dignità umana, intesa nella sua dimensione soggettiva, partecipa positivamente della scelta prostitutiva nella misura in cui questa è considerata – a tutti gli effetti – un modo di estrinsecazione della personalità individuale²³⁸.

Rispetto a un incidente di costituzionalità così confezionato, la sentenza 141/2019 ha opposto un rifiuto assoluto, dichiarandone l'infondatezza. In estrema sintesi, la Corte ha affermato che l'art. 2 Cost. – in quanto fondamento costituzionale della libertà sessuale – è un parametro inconferente perché, pur essendo quella sessuale una libertà fondamentale, (i) «non è possibile ritenere che la prostituzione volontaria sia un diritto inviolabile sulla base del mero rilievo che essa coinvolge la sfera sessuale di chi la esercita»²³⁹ e (ii) l'art. 2 Cost. tutela le libertà fondamentali in tanto in quanto connesse allo sviluppo della personalità, la prostituzione non rientrando in questa casistica. In altri termini, pur confermando il «libero uso della sessualità come mezzo di esplicazione della propria personalità», la prostituzione, ad avviso della Corte, non è uno strumento di sviluppo della persona ma, più semplicemente, una forma di attività economica. In relazione all'art. 41 Cost., sebbene sia stato ritenuto dalla Corte un parametro conferente, l'eccezione non è stata ritenuta fondata perché le limitazioni allo svolgimento dell'attività prostitutiva contenute nella legge Merlin, sotto forma di incriminazione, si giustificano sulla base della necessaria tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana nella sua dimensione oggettiva²⁴⁰. Del resto, la successiva sentenza n. 278/2019, confermando questa impostazione di massima, ha espressamente individuato nella

²³⁵ Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018, §§ 7-8.

²³⁶ *Ibid.*, § 10.

²³⁷ *Ibid.*, § 11.

²³⁸ *Ibid.*, § 11.

²³⁹ Corte cost., n. 141/2019, § 5.2. cons. dir.

²⁴⁰ Corte cost., n. 141/2019, § 6.1. cons. dir.

protezione dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che volontariamente esercitano la prostituzione il bene giuridico protetto dai reati previsti dalla legge Merlin, con la conseguenza di ritenere tali fattispecie pienamente compatibili con il principio di offensività in astratto²⁴¹.

La sintetica analisi delle argomentazioni principali sostenute, rispettivamente, dal giudice *a quo* e della Corte costituzionale restituisce il quadro di massima entro cui approfondire il rapporto tra prostituzione (volontaria) e Costituzione. È emerso, nello specifico, che le categorie costituzionali fondamentali – perché sostengono tutta la struttura analitica e argomentativa – utilizzate nelle pronunce suddette sono la dignità umana e la libertà (sessuale ed economica). È allora in questa prospettiva che occorre analizzare la questione che ci occupa.

6.2. Il binomio dignità-libertà come angolo prospettico per un'analisi costituzionale della prostituzione volontaria, senza dimenticare di usare le lenti di genere

Alla luce di quanto emerso nei precedenti paragrafi, è possibile affermare che il binomio dignità-libertà sia un punto di osservazione privilegiato per effettuare un'analisi costituzionale della prostituzione volontaria. Militano a favore di questa impostazione tre ordini di ragioni. La prima è che, da un punto di vista puramente dogmatico, la dignità umana e la libertà, nelle sue molteplici declinazioni, costituiscono il fondamento assiologico e normativo del costituzionalismo contemporaneo²⁴². La seconda è che, da un

²⁴¹ Corte cost., n. 278/2019, § 3.1. cons. dir.

²⁴² JÜRGEN HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, in *Metaphilosophy*, n. 4, 2010, p. 465; ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 146 ss.; STEFANO RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, La scuola di Pitagora editrice, 2013, pp. 14 ss.; JEREMY WALDRON, *Is Dignity the Foundation of Human Rights?*, in *NYU Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working paper n. 12-73; KLAUS DICKE, *The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights*, in DAVID KRETZMER, ECKART KLEIN (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague-London-New York, Brill, 2002, p. 112; ADRIANA APOSTOLI, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, in *Variazioni su Temi di diritto del lavoro*, n. 3, 2020, p. 540; GIORGIO RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 5 ss.; MARCO OLIVETTI, Art. 1. *Dignità umana*, in RAFFAELE BIFULCO, MARTA CARTABIA, ALFONSO CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 38 ss.; ELEONORA CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, Esi, 2008; ANTONIO RUGGERI, ANTONIO SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, in *Pol. Dir.*, n. 3, 1991, pp. 343 ss.; PETER HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, Giuffrè, 2003; SAMUEL MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*, in CHRISTOPHER MCCRUDDEN (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 96; SIGRID MÜLLER, *Concepts and Dimensions of Human Dignity in the Christian Tradition*, in *Interdisciplinary Journal for Religion and Transformation in Contemporary Society*, 6, 2020, p. 44; MARCUS DÜWELL, *Human Dignity: concepts, discussions, philosophical perspectives*, in MARCUS DÜWELL, JENS BRAARVIG, ROGER BROWNSWORD, DIETMAR MIETH

punto di vista sistematico, poiché – come si è visto sopra – vi è una strettissima connessione tra la disciplina legislativa in tema di prostituzione e la Costituzione²⁴³, risulta coerente inquadrare il problema della prostituzione volontaria in questi termini. La terza ragione è che, sotto il profilo ermeneutico, andare alla radice della questione permette di illuminare, a cascata, tutti i coni d'ombra che con il tempo hanno popolato le disposizioni della legge Merlin (e non solo²⁴⁴). Del resto, questa prospettiva risulta ampiamente condivisa anche in dottrina²⁴⁵.

Non ci si può però limitare ad utilizzare le tradizionali categorie della dignità e della libertà senza integrare nell'analisi un approccio sensibile al genere. Come si è già visto, la prostituzione è un fenomeno sociale che interroga il genere sotto vari aspetti. In primo luogo, quello empirico: statisticamente la prostituzione femminile (o femminilizzata) è la fetta maggiore del mercato, dal punto di vista dell'offerta. In secondo luogo, quello storico: non solo la prostituzione è figlia di una società patriarcale, ma a livello istituzionale è stata utilizzata in passato (in specie sotto il regime regolamentarista) come strumento di discriminazione e marginalizzazione delle donne. In terzo luogo, quello teorico: la prostituzione è uno dei temi più classici – e più dibattuti – del pensiero femminista. È chiaro allora che non si possono affrontare i profili costituzionalistici della prostituzione senza indossare le lenti di genere.

Si noti, peraltro, che queste lenti non sembrano essere state efficacemente utilizzate dalla Corte costituzionale nelle pronunce sulla legge Merlin. A ben vedere, infatti, se da un lato l'approccio della Corte appare formalmente *gender-blind*²⁴⁶ (si pensi all'ampio

(eds.), *The Cambridge Handbook on Human Dignity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 32; MARIO PANEBIANCO, *La dignità come parametro e come diritto all'autodeterminazione*, in *Nomos*, n. 2, 2021, pp. 1 ss.

²⁴³ V. *supra*.

²⁴⁴ Si ritiene che questa prospettiva possa essere utile anche in relazione ad altre problematiche di frontiera, quali ad esempio, la gestazione per altri (v. CARMELA SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla "legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, op. cit., pp. 161 ss.; FRANCESCA ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, ES, 2020).

²⁴⁵ *Ex multis*, ROBERTO BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, op. cit., p. 1 ss; FABRIZIO POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, pp. 266 ss.; FRANCESCA RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso su mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, op. cit., p. 233 ss.

²⁴⁶ Si veda, per un'analisi generale, GIUSY SORRENTI, *"Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica". Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, pp. 438 ss.

utilizzo del termine neutrale *persona* al posto di *prostituta*), dall'altro lato, non si è revocato in dubbio l'assunto per cui la prostituzione sia un fenomeno essenzialmente femminile²⁴⁷. Ora, se questo dato di partenza è certamente condivisibile, non è però stato adeguatamente valorizzato in una prospettiva che potesse far emergere il punto di vista delle donne e delle *sex worker* stesse. Un punto di vista, questo, che non è affatto univoco e omogeneo. Infatti, il femminismo – anche il femminismo giuridico – ha prodotto una molteplicità di letture del fenomeno prostitutivo che vanno dal considerare la prostituzione come un lavoro come gli altri al considerarla la forma più paradigmatica dell'oppressione maschile²⁴⁸. Sotto le mentite spoglie di una (falsa) neutralità, dunque, la Corte costituzionale – così come le ordinanze di rimessione prima di lei – è rimasta pressoché insensibile alle sollecitazioni del femminismo nell'interpretare una legge che – come si è più volte detto – è una legge femminista.

La dignità umana, la libertà (sessuale ed economica) e il femminismo giuridico saranno dunque le categorie fondamentali su cui si strutturerà l'analisi dei successivi capitoli.

²⁴⁷ Critica la sentenza, sotto questo profilo, FRANCESCA RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso su mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, op. cit., p. 242.

²⁴⁸ Sul punto v. *infra*.

CAPITOLO II

PROSTITUZIONE E DIGNITÀ UMANA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dignità umana e genere: un inquadramento storico. – 2.1. Le origini pre-giuridiche della dignità umana: un concetto essenzialmente maschile. – 2.2. Kant, il significato moderno di dignità umana e le conseguenze in tema di prostituzione. – 2.3. La costituzionalizzazione della dignità umana e le potenzialità del concetto in chiave di genere. – 3. Dignità umana, diritti fondamentali, libertà. – 3.1. Dignità umana e diritti fondamentali. – 3.2. Dignità umana e libertà nella prospettiva economica. – 4. Prostituzione, diritti e dignità umana. – 4.1. Il bene giuridico protetto dai reati in materia di prostituzione tra dignità e libertà. – 4.2. La dignità umana oggettiva come strumento protettivo delle persone vulnerabili.

1. Premessa

Come si è visto nel capitolo precedente, la dignità umana si pone in stretta relazione con il fenomeno prostitutivo per almeno tre ragioni. In primo luogo, il fondamentale obiettivo programmatico della legge Merlin era quello di restituire dignità alle prostitute che esercitavano nelle case di tolleranza, mediante il ripudio del previgente sistema regolamentarista che aveva permesso la sistematica violazione dei diritti fondamentali di queste donne attraverso la loro *reductio ad prostitutam*²⁴⁹. In secondo luogo e di conseguenza, si è visto che la giurisprudenza – sia costituzionale²⁵⁰ che di legittimità²⁵¹ – individua nella dignità umana la *ratio* delle incriminazioni contenute nella legge Merlin, avallando di tal guisa il disegno politico fondato sulla non punibilità del rapporto prostitutivo e sull'incriminazione delle condotte parallele. In terzo luogo, la dignità umana è stata invocata anche in senso contrario, cioè per sostenere l'incompatibilità di alcune fattispecie incriminatrici della legge Merlin (in specie, il reclutamento, il favoreggiamento e la tolleranza abituale della prostituzione) con la Costituzione²⁵² e dunque per affermare, sulla base di questo stesso principio, un diritto costituzionalmente tutelato di prostituirsi.

²⁴⁹ V. Capitolo I.

²⁵⁰ Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze nn. 141 e 278 del 2019 richiamate nel primo capitolo.

²⁵¹ Cass. pen., Sez. 3, n. 5768 del 07/02/2018, Rv. 272694. Nello stesso senso si vedano Cass. pen., Sez. 3, n. 4139 del 18/12/2012, Rv. 254481 e Cass. pen., Sez. 3, n. 14593 del 17/11/2017, Rv. 272585.

²⁵² Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018; ALBERTO CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, op. cit., pp. 153 ss.

Il quadro che esce fuori da questa situazione, quindi, non è chiaro ed è esacerbato dal fatto che la dignità umana è un concetto intrinsecamente euristico²⁵³ e polisemico²⁵⁴. Sin dall'antichità classica, infatti, la nozione e l'utilizzo di tale categoria sono stati oggetto di elaborate, e talora inconciliabili, speculazioni filosofiche, teologiche e politiche²⁵⁵. In tempi più recenti, a seguito del processo di giuridificazione della dignità umana, il dibattito si è esteso anche al diritto²⁵⁶. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, è ormai affermazione costante in dottrina che la dignità umana sia l'architrave su cui è stata costruita, a partire dal secondo dopoguerra, l'elaborazione teorica dei diritti fondamentali

²⁵³ GLENN HUGHES, *The Concept of Dignity in the Universal Declaration of Human Rights*, in *Journal of Religious Ethics*, n. 39, 2011, p. 8, secondo cui «[s]omething has a “heuristic” character when it invites, and serves in, the effort of discovery. The x in an algebraic equation is a heuristic symbol, standing for a mathematical content which we do not yet know but aim to discover. Any word can be said to have heuristic meaning for us as soon as it piques our curiosity due to our awareness that, while we have some understanding of its meaning, our knowledge of that meaning is unclear or incomplete. Terms cease to function heuristically when we attain a satisfactorily complete understanding of them—for example, when we grasp the explanatory meaning of the word cat, or voltage. But some words denote concepts that are intrinsically heuristic in nature. These are concepts whose meaning-content can be increasingly grasped with successive acts of knowing, but where further significant discovery always remains possible, because the concept's meaning can never be fully understood by an existing human being. To say that a given word functions as an intrinsically heuristic concept means that it refers to an intelligible reality of which we have some understanding, but whose full or complete content remains, and will always remain to some degree, unknown to us».

²⁵⁴ Si vedano, tra i tanti, MARCO RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 11, 2010, p. 124; UMBERTO VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Bari, Laterza, 2009, p. 4; BENOÎT JORION, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, in *Revue du droit public*, n. 1, 1999, p. 200; DORON SHULTZINER, *Human Dignity: Functions and Meanings*, in JEFF MALPAS, NOELLE LICKISS, *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 73 ss.; CARLOS R. MIGUEL, *Human Dignity: History of an Idea*, in PETER HÄBERLE (a cura di), *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts Der Gegenwart*, Tübingen, Mohr Siebek, 2002, p. 281 ss.; JAN M. SMITS, *Human Dignity and Uniform Law: an Unhappy Relationship*, in *Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working paper*, n. 2, 2008; MICHAEL ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, Torino, Codice edizioni, 2012, pp. 25 ss.; XAVIER BIOY, *Rapport introductif. Le concept de dignité*, in LAURENCE BURGORGUE-LARSEN (ed.), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 14 ss.; KURT BAYERTZ, *Human Dignity: Philosophical Origin and Scientific Erosion of an Idea*, in KURT BAYERTZ (ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht-Boston-London, Springer, 1996, p. 87; JEAN-LUC MARTINET, *Montaigne et la dignité humaine. Contribution à une histoire du discours de la dignité humaine*, Paris, Eurédit, 2007; IZHAK ENGLARD, *Law and Human Dignity*, in ERIC HILGENDORF, MORDECHAI KREMNITZER (eds.), *Human Dignity and Criminal Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2018, p. 15; GIOVANNI BOGNETTI, *The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism*, in GEORG NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 89; STEPHEN RILEY, *Human Dignity and Law. Legal and Philosophical Investigations*, London-New York, Routledge, 2018, p. 4; DAVID FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value - Part I*, in *Public Law*, 1999, pp. 682 ss. Si veda inoltre STEPHAN RIXEN, *Würde des Menschen als Fundamental der Grundrechte*, in F. SEBASTIAN M. HESELAHUS, CARSTEN NOWAK (eds.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, Munich, Beck Verlag, 2006, p. 345, secondo cui la dignità umana sarebbe una 'riserva antropologica di significato' (*anthropologisches Sinnreservoir*).

²⁵⁵ INGOLF U. DALFERTH, *Religion, Morality and Being Human: The Controversial Status of Human Dignity*, in DIETER GRIMM, ALEXANDRA KEMMERER, CHRISTOPH MÖLLERS (eds.), *Human Dignity in Context. Explorations of a Contested Concept*, Baden-Baden, Nomos, 2018, p. 69.

²⁵⁶ V. *infra*.

e del costituzionalismo contemporaneo²⁵⁷. Del resto, è lo stesso diritto positivo – tanto nazionale quanto internazionale – a tributare in maniera inequivocabile alla dignità umana un ruolo del tutto peculiare all'interno dei rispettivi ordinamenti giuridici²⁵⁸. Non deve allora stupire che la dignità conosca un significativo spazio performativo anche nell'ambito del formante giurisprudenziale²⁵⁹.

Tuttavia, proprio la ricchezza, la complessità e la non linearità del suo passato ne determinano, nel presente giuridico, un ineliminabile paradosso: se da un lato è evidente il ruolo fondativo²⁶⁰ – e persino antropologico²⁶¹ – della dignità umana, dall'altro lato il carattere intrinsecamente euristico del concetto presta il fianco anche a ricostruzioni che ne contestano in radice la tenuta teorica, oltretutto l'utilità pratica²⁶².

²⁵⁷ Si vedano, tra i tanti, JÜRGEN HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, op. cit., p. 465; ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit., pp. 146 ss.; STEFANO RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, op. cit., pp. 14 ss.; JEREMY WALDRON, *Is Dignity the Foundation of Human Rights?*, op. cit.; KLAUS DICKE, *The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights*, op. cit., p. 112; ADRIANA APOSTOLI, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, op. cit., p. 540; GIORGIO RESTA, *Dignità, persone, mercati*, op. cit., pp. 5 ss.; MARCO OLIVETTI, *Art. 1. Dignità umana*, op. cit., pp. 38 ss.; ELEONORA CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, op. cit.; ANTONIO RUGGERI, ANTONIO SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, op. cit., pp. 343 ss.; PETER HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, op. cit.; SAMUEL MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*, op. cit., p. 96; SIGRID MÜLLER, *Concepts and Dimensions of Human Dignity in the Christian Tradition*, op. cit., p. 44; MARCUS DÜWELL, *Human Dignity: concepts, discussions, philosophical perspectives*, op. cit., p. 32; MARIO PANEBIANCO, *La dignità come parametro e come diritto all'autodeterminazione*, op. cit., pp. 1 ss.

²⁵⁸ La locuzione 'dignità umana' (o espressioni affini quali 'dignità', 'dignità sociale', 'esistenza dignitosa') è presente nella maggior parte delle Costituzioni degli Stati del mondo e negli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani (UNDHR, Patto NY, CDFUE). Quanto alla Costituzione italiana, si richiamino gli artt. 2, 3, 32, 36, 41 Cost.

²⁵⁹ Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, Corte cost., sentt. nn. 293/2000, 141/2019, 242/2019. Il ruolo della giurisprudenza nel processo di giuridificazione della dignità umana è riconosciuto anche in dottrina. Si vedano, sul punto, MICHELE MARCHESIELLO, *Dignità umana e funzione antropologica del diritto nel pensiero di Stefano Rodotà (in margine a Vivere la democrazia)*, in *Pol. Dir.*, n. 4, 2018, pp. 760 ss.; LORENZO D'AVACK, *Il paradigma dignità: usi etici e giuridici*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, 2019, pp. 16 ss.; JAMES R. MAY, ERIN DALY, *Human Dignity and Law*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 1.

²⁶⁰ V. *supra*, p. 1.

²⁶¹ CHRISTIAN BYK, *Is Human Dignity a Useless Concept? Legal Perspectives*, in MARCUS DÜWELL, JENS BRAARVIG, ROGER BROWNSWORD, DIETMAR MIETH (eds.), *The Cambridge Handbook on Human Dignity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 364.

²⁶² *Ex multis*, STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ, *When Ambivalent Principles Prevail. Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle*, in *EUI Working Papers, Law* 2007/37; CONOR O'MAHONY, *There is no such thing as a right to dignity*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 10, 2012, pp. 551 ss.; DORIS SCHROEDER, *Human Rights and Human Dignity. An Appeal to Separate the Conjoined Twins*, in *Ethic Theory and Moral Practice*, n. 15, 2012, pp. 323 ss.; STEVEN PINKER, *The Stupidity of Dignity*, in *The New Republic*, 28 maggio 2008; MICHAEL ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, op. cit.; RUTH MACKLIN, *Dignity is a useless concept*, in *BMJ*, n. 327, 2003, p. 1419 ss.; MIRKO BAGARIC, JAMES ALLAN, *The Vacuous Concept of Dignity*, in *Journal of Human Rights*, 5, 2006, pp. 257-270; NEOMI RAO, *On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law*, in *Columbia Journal of European Law*, n. 14, 2008, pp. 201 ss.; BURRHUS F. SKINNER, *Beyond Freedom and Dignity*,

È chiaro allora che, da un punto di vista metodologico, il tentativo di mettere a sistema la prostituzione in una prospettiva costituzionalistica non possa prescindere da una sintetica ricostruzione dell'evoluzione storico-filosofica della dignità umana²⁶³. Questo perché la dignità umana come categoria giuridica porta con sé il peso di ieri, cioè una

New York, Alfred A. Knopf, 1972. In una prospettiva analoga si veda CHRISTOPHER MCCRUDDEN, *On Portraying Human Dignity*, in DIETER GRIMM, ALEXANDRA KEMMERER, CHRISTOPH MÖLLERS (eds.), *Human Dignity in Context. Explorations of a Contested Concept*, Baden-Baden, Nomos, 2018, p. 30, secondo cui «[o]ne of the current problems with 'dignity talk', at least in some jurisdictions, is what has been termed 'dignity-fatigue', which I understand to mean that the current ubiquity of the concept is leading to its degradation. Dignity is now so commonplace that it ceases to have the power that it once had in pointing to important fundamentals. This degradation is important, not least because 'human dignity' has been identified as *a*, if not *the*, central principle on which human rights are based; if 'dignity' becomes degraded, then so too will human rights».

²⁶³ Si tratta di una metodologia ampiamente condivisa dalla rilevante dottrina. Si vedano, *ex pluribus*, PAOLO BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit.; UMBERTO VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, op. cit., p. 6; FRANCESCO SACCO, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, in SERGIO PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, p. 586; CARLOS R. MIGUEL, *Human Dignity: History of an Idea*, in PETER HÄBERLE (a cura di), *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts Der Gegenwart*, op. cit., p. 281 ss.; MICHAEL ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, op. cit., p. 35; MARCUS DÜWELL, *Human Dignity: concepts, discussions, philosophical perspectives*, op. cit., p. 47; PETER HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, op. cit., pp. 34 ss.; JAMES Q. WHITMAN, *'Human Dignity' in Europe and the United States: the social foundations*, in GEORG NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 110; PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Il principio di dignità della persona umana nella società globalizzata*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2004, p. 196; YEHOOSHUA ARIELI, *On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and his Rights*, in DAVID KRETZMER, ECKART KLEIN (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague-London-New York, Brill, 2002, p.1; JOERN ECKERT, *Legal Roots of Human Dignity in German Law*, in DAVID KRETZMER, ECKART KLEIN (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, op. cit., p. 42; ANDREW CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 535; CATHERINE DUPRÉ, *The age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Oxford-Portland, Hart, 2015, p. 5, secondo cui «it may well be that human dignity's incursions into the legal field cannot be understood without first clarifying its philosophical and theological dimensions»; KURT BAYERTZ, *Human Dignity: Philosophical Origin and Scientific Erosion of an Idea*, op. cit., p. 80, secondo cui «the socio-political application of the term human dignity and its legal institutionalization may thus be viewed as an extension of the philosophical concept of human dignity. Both cases are concerned with the goal of securing human subjectivity». Per un diverso approccio metodologico si veda JEREMY WALDRON, *Dignity, Rank and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 34 ss. Secondo l'Autore, «morality has more to learn from law than vice versa»; pertanto, egli analizza la dignità umana innanzitutto dal punto di vista giuridico, per poi trasporre le conclusioni nell'ambito della filosofia morale. Similmente, una parte della dottrina (OLIVER SENSEN, *Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms*, in *European Journal of Political Theory*, 10, 2011, p. 75) ha proposto la distinzione, nell'ambito del c.d. paradigma tradizionale della dignità, tra *dignità iniziale* (che individua quale sia la posizione dell'essere umano nell'universo) e *dignità realizzata* (che, sulla base di un imperativo morale, impone ai singoli di realizzare la dignità individuale a seconda delle proprie capacità e dei propri *status*). Secondo l'Autore, il c.d. paradigma contemporaneo della dignità non presenta tale dicotomia, risolvendosi piuttosto nell'affermazione della dignità quale valore intrinseco e oggettivo dell'essere umano. Tale paradigma porta, evidentemente, al riconoscimento giuridico dei diritti della persona. La netta differenza tra il paradigma tradizionale e quello contemporaneo porta l'Autore, nell'ambito della ricostruzione teorica della dignità umana, a negare rilevanza epistemologica alla storia della filosofia. In particolare, «if one wants to use the *contemporary* conception of dignity, one cannot refer to the history of philosophy for support of this conception, and if one wants to use the history in support, one would have to employ a conception of dignity that uses a different pattern of thought» (cit. p. 85, corsivo mio).

«stratificazione invisibile di memoria»²⁶⁴ che è necessario portare a emersione perché soltanto a valle di tale ricostruzione sarà possibile inquadrare la questione del rapporto tra dignità umana e prostituzione, anche in un'ottica di genere. Ci si chiederà, in particolare, se ed in quale misura la nozione di dignità umana accolta dal costituzionalismo contemporaneo possa orientare la costruzione dei rapporti di genere²⁶⁵, indagando in special modo l'utilità del concetto in funzione anti-discriminatoria e antisubordinazione²⁶⁶.

2. Dignità umana e genere: un inquadramento storico

La breve genealogia che si disegnerà in questo lavoro non obbliga gli interpreti del diritto. Non si vuole qui sostenere un approccio originalista all'interpretazione della dignità; ci si propone piuttosto di illuminare la natura giuridica della dignità umana prendendo le mosse da un affresco delle sue origini extra-giuridiche in modo tale da portare ad emersione l'ingiustizia epistemica subita dalle donne nel corso della storia²⁶⁷. Infatti, sebbene la sistematica marginalizzazione del pensiero e della pratica delle donne abbia reso la genesi del concetto di dignità umana essenzialmente *male-oriented* – donde il relativo privilegio epistemologico dell'ignoranza²⁶⁸ –, si cercherà di indagare se tale

²⁶⁴ MASSIMO RECALCATI, *L'ora di lezione. Per un'erotica dell'insegnamento*, Torino, Einaudi, 2021, p. 45.

²⁶⁵ È interessante notare che il tema del rapporto tra dignità umana e genere non ha trovato terreno fertile a livello dottrinale. In particolare, «discussions about gender inequalities rarely make any reference to human dignity» (ANNIKA THIEM, *Human Dignity and Gender Inequalities*, in MARCUS DÜWELL, JENS BRAARVIG, ROGER BROWNSWORD, DIETMAR MIETH (eds.), *The Cambridge Handbook on Human Dignity*, op. cit., pp. 498 ss.). Secondo l'Autrice, «the perspective of gender can offer a critical heuristic to examine how appeals to dignity might implicitly and inadvertently reinscribe norms of gender, race, class, ableness, sex and sexuality. With this critical perspective in place, dignity as a philosophical concept can be productive in a feminist context to foreground the relation among social respect, self-respect and agency as central to ongoing emancipatory struggles».

²⁶⁶ BARBARA PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in BARBARA PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere*, Bergamo, Bergamo University Press, 2012, pp. 15 ss.

²⁶⁷ Sul concetto di ingiustizia epistemica si vedano, *inter alia*, PABLO MORENO-CRUZ, *Il privilegio epistemologico dell'ignoranza e la comparazione giuridica, tra voci silenziate e ricordi situati*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2021, pp. 435 ss.; MIRANDA FRICKER, KATHERINE JENKINS, *Epistemic Injustice, Ignorance, and Trans Experiences*, in A. GARRY, S. KHADER, A. STONE (eds.), *The Routledge Companion to Feminist Philosophy*, New York-London, Routledge, 2017, p. 270; JOSÉ MEDINA, *The Epistemology of Resistance*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 278.

²⁶⁸ Sul concetto di privilegio epistemologico dell'ignoranza si vedano CHARLES W. MILLS, *The Racial Contract*, Ithaca, Cornell University Press, 1997; CAROLE PATEMAN, *The Sexual Contract*, op. cit. Per un dialogo tra i due Autori si veda CHARLES W. MILLS, CAROLE PATEMAN, *Contract and Domination*, Cambridge, Polity, 2007. Sul tema si vedano, inoltre, NANCY TUANA, *The Speculum of Ignorance: The Women's Health Movement and Epistemologies of Ignorance*, in *Hypatia*, n. 3, 2006 e MIRANDA FRICKER, PETER J. GRAHAM, DAVID HENDERSON, NIKOLAJ J. L. L. PEDERSEN (eds.), *The Routledge Handbook of Social Epistemology*, New York, Routledge, 2020.

categoria giuridica, nonostante questa genealogia, sia capace di sfuggire al sistema patriarcale di oppressione e marginalizzazione. In altre parole, ci si chiede se la dignità umana – come categoria giuridica – possa essere positivamente utilizzata dal femminismo giuridico e in che misura risulti necessaria per una comprensione critica del fenomeno prostitutivo.

In conclusione, dunque, «quando si tratta di ricostruire il passato di una realtà giuridica, cercando di dare spazio alla voce delle persone e dei gruppi sociali intrappolati in sistemi di marginalizzazione e oppressione, le narrazioni [...] devono, quale condizione necessaria per un accesso virtuoso alla conoscenza, porre specifica e profonda attenzione alla ricostruzione (tra oblio e ricordo) delle rispettive categorie di appartenenza delle voci silenziate»²⁶⁹. E questo è proprio ciò che si tenterà di fare nei successivi paragrafi.

2.1. Le origini pre-giuridiche della dignità umana: un concetto essenzialmente maschile

In via di prima approssimazione, la filosofia politica contemporanea riconosce due²⁷⁰ distinte – ed apparentemente opposte²⁷¹ – accezioni del concetto di dignità: da un lato, essa «esprime l'idea dell'elevata posizione sociale degli individui, acquisita sulla base di specifici presupposti come il possesso di titoli nobiliari o l'assunzione di cariche pubbliche»²⁷², dall'altro lato, essa si riferisce al valore intrinseco ed ontologico della

²⁶⁹ PABLO MORENO-CRUZ, *Il privilegio epistemologico dell'ignoranza e la comparazione giuridica, tra voci silenziate e ricordi situati*, op. cit., p. 451.

²⁷⁰ *Ex multis*, A. DA RE, *La nozione di dignità della vita umana: autonomia e riconoscimento reciproco*, in PAOLO CATTORINI, EMILIO D'ORAZIO, VALERIO POCAR (a cura di), *Bioetiche in dialogo: la dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Milano, Zadig, 2000, p. 45; MICHAEL J. MEYER, *Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought*, in *History of European Ideas*, n. 8, 1987, p. 321. In senso parzialmente contrario, autorevole dottrina sottolinea l'opportunità di concettualizzare la dignità in senso tridimensionale, piuttosto che bidimensionale e dicotomico. In particolare, JOSIAH OBER, *Three Kinds of Dignity*, Yale Law Workshop, 10 dicembre 2009, p. 1 insiste sul concetto di *civic dignity*, come stadio intermedio tra i due opposti poli della dignità-*status* e della dignità universale (sul punto, v. *infra*).

²⁷¹ Secondo JEREMY WALDRON, *Dignity, Rank and Rights*, op. cit., la contraddizione è soltanto apparente in quanto il concetto di dignità umana, per come si è evoluto nella filosofia occidentale, ha comportato un'estensione generalizzata a tutti gli esseri dello *status* prima riconosciuto soltanto ad alcuni soggetti (ad esempio i nobili o il clero). Sul punto, v. *infra*.

²⁷² Così FRANCESCO SACCO, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, op. cit., p. 586, il quale richiama THOMAS HOBBS, *Leviatano*, Bari, 2001, p. 71. Questo aspetto della dignità è analizzato *funditus* da JEREMY WALDRON, *Dignity, Rank and Rights*, op. cit.

persona, derivante dal mero fatto di appartenere alla specie umana²⁷³. Mentre nella prima accezione la dignità, essendo inestricabilmente connessa al particolare *status* personale e alla responsabilità individuale²⁷⁴, è di per sé occasionale²⁷⁵, accidentale²⁷⁶, transitoria²⁷⁷, meritocratica²⁷⁸, relativa²⁷⁹ e dinamica²⁸⁰, la seconda accezione consacra una dignità permanente²⁸¹, ontologica²⁸², eteronoma²⁸³, necessaria²⁸⁴, incompressibile²⁸⁵, universale²⁸⁶, assoluta e statica²⁸⁷. Se nel primo senso, dunque, la dignità è escludente ed elitaria, nel suo secondo significato essa esprime un'idea egualitaria, universale e persino antropologica²⁸⁸, nella misura in cui individua la «particolare posizione dell'essere umano nei confronti degli altri esseri della natura e, conseguentemente, una particolare considerazione e trattamento che ad esso dovrebbero essere riservati»²⁸⁹. In breve, il

²⁷³ ANTONIO RUGGERI, ANTONIO SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, op. cit., p. 344; JOERN ECKERT, *Legal Roots of Human Dignity in German Law*, in DAVID KRETZMER, ECKART KLEIN (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, op. cit., pp. 43-47; MICHAEL J. MEYER, *Introduction*, in MICHAEL J. MEYER, WILLIAM A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1992, p. 4; PAOLO BECCHI, *Human Dignity in Europe: Introduction*, in PAOLO BECCHI, KLAUS MATHIS (eds.), *Handbook of Human Dignity in Europe*, Springer, 2019, pp. 2-3.

²⁷⁴ RONALD DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 9-10.

²⁷⁵ FRANCESCO SACCO, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, op. cit., p. 587.

²⁷⁶ DIETMAR VON DER PFORDTEN, *Considerazioni sul concetto di dignità umana*, in VALERIA MARZOCCO (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1.

²⁷⁷ FRANCESCO SACCO, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, op. cit., p. 587.

²⁷⁸ JOSIAH OBER, *Meritocratic and Civic Dignity in Greco-Roman Antiquity*, in MARCUS DÜWELL, JENS BRAARVIG, ROGER BROWNSWORD, DIETMAR MIETH (eds.), *The Cambridge Handbook on Human Dignity*, op. cit., pp. 53-54.

²⁷⁹ PAOLO BECCHI, *Human Dignity in Europe: Introduction*, op. cit., p. 3.

²⁸⁰ MARCO RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 9.

²⁸¹ FRANCESCO SACCO, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, op. cit., p. 587.

²⁸² ALAN GEWIRTH, *Human Dignity as the Basis of Rights*, in MICHAEL J. MEYER, WILLIAM A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1992, p. 10 ss.

²⁸³ LORENZO D'AVACK, *Il paradigma dignità: usi etici e giuridici*, op. cit., p. 13.

²⁸⁴ DIETMAR VON DER PFORDTEN, *Considerazioni sul concetto di dignità umana*, op. cit., p. 1.

²⁸⁵ PAOLO BECCHI, *Human Dignity in Europe: Introduction*, op. cit., p. 3.

²⁸⁶ JOSIAH OBER, *Meritocratic and Civic Dignity in Greco-Roman Antiquity*, op. cit., pp. 53-54.

²⁸⁷ PAOLO BECCHI, *Human Dignity in Europe: Introduction*, op. cit., p. 3.

²⁸⁸ SIGRID MÜLLER, *Concepts and Dimensions of Human Dignity in the Christian Tradition*, in *Interdisciplinary Journal for Religion and Transformation in Contemporary Society*, 6, 2020, p. 24.

²⁸⁹ FRANCESCO VIOLA, *Dignità umana*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. 3, Milano, Bompiani, 2006, p. 2863. È chiaro che, intesa in questo senso, la dignità umana potrebbe essere accusata di specismo, nella misura in cui essa (i) implica la priorità morale e materiale degli esseri umani e dei loro interessi rispetto a tutte le altre creature viventi e (ii) fornisce una giustificazione teorica all'assoggettamento degli animali (v., a tale proposito, JAMES RACHELS, *Created from Animals: The Moral Implications of Darwinism*, Oxford, Oxford University Press, 1991). In senso contrario a tali posizioni, ciò che si vuole sottolineare in questa sede è che il concetto di dignità (umana) non implica necessariamente un'inaccettabile prevaricazione della specie umana sulle altre specie viventi. A ben vedere, intesa in senso lato la nozione in esame è compatibile

lemma dignità (umana) può indicare tanto «la posizione speciale dell'uomo nel cosmo»²⁹⁰ quanto «la posizione da lui ricoperta nella vita pubblica»²⁹¹. Ora, che la dignità umana, come concetto di natura filosofica, nasca in senso escludente nei confronti delle donne è ampiamente testimoniato dalla riflessione della filosofia occidentale.

Prendendo le mosse dall'antichità classica, secondo Aristotele ciò che dà valore ad un uomo (dunque la sua dignità) è la capacità di valutare senza errore le proprie attitudini e potenzialità²⁹² ma non tutti gli esseri umani sono in grado di sviluppare secondo ragione le proprie capacità. A questo proposito, egli considera le donne naturalmente inferiori rispetto agli uomini in quanto prive di raziocinio²⁹³. In breve, le donne sarebbero una versione difettosa dell'uomo²⁹⁴. In maniera non dissimile, egli considera naturale la schiavitù²⁹⁵, «perché la natura aveva fatto sì che vi fossero uomini naturalmente padroni e uomini naturalmente schiavi»²⁹⁶.

Bisognerà aspettare lo Stoicismo per delineare una concezione universale di dignità umana. In particolare, attingendo alle teorie platoniche²⁹⁷ e anticipando il cristianesimo²⁹⁸, secondo gli Stoici ogni essere umano ha valore in quanto essere dotato di ragione pratica e capacità morale²⁹⁹. Ad esempio, secondo Cicerone (i) la differenza naturale tra l'essere umano e il mondo animale è la ragione; (ii) la ragione è anche il

con il riconoscimento di un valore morale anche agli esseri senzienti diversi dalla specie umana (v. PETER SINGER, *Animal Liberation*, New York, New York Review, 1990; MICHAEL J. MEYER, *The Simple Dignity of Sentient Life: Specism and Human Dignity*, in *Journal of Social Philosophy*, n. 32, 2001, pp. 115 ss. e, da ultimo, ALBA F. FONDRIESCHI, *Una naturale dignità: interessi in conflitto e criteri di soluzione nel rapporto tra uomo e animale*, in *Pol. Dir.*, n. 4, 2020, pp. 565 ss.).

²⁹⁰ PAOLO BECCHI, *Il principio dignità umana*, op. cit., p. 7.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² ARIST., *Eth. Nic.* 4.3.1123 b.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ EILEEN O'NEILL, *The Equality of Men and Women*, in DESMOND CLARKE, CATHERINE WILSON, *The Oxford Handbook of Philosophy in Early Modern Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 447. Teoria simile era sostenuta anche da Platone nel Timeo (v. sul punto KARL POPPER, *La società aperta e i suoi nemici. Platone totalitario*, Roma, Armando, 2003, pp. 61-62).

²⁹⁵ ARIST. *Pol.* I.3.1253 b, 120 ss. Sul tema si vedano anche PETER GARNSEY, *Ideas of Slavery from Aristotle to Augustine*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 e, in generale, GIANFRANCESCO ZANETTI, *Eguaglianza*, in AUGUSTO BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, 1997, p. 43-45.

²⁹⁶ NORBERTO BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, p. 169.

²⁹⁷ MAREK PIECHOWIAK, *Plato's Conception of Justice and the Question of Human Dignity*, Berlin, Peter Lang, 2021.

²⁹⁸ MARTHA C. NUSSBAUM, *The Cosmopolitan Tradition*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2019, p. 71.

²⁹⁹ MARTHA C. NUSSBAUM, *The Cosmopolitan Tradition*, op. cit., pp. 64 ss.; AHARON BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 17.

fondamento dell'agire morale. Pertanto, la dignità umana deriva direttamente dalla ragione ed è la Natura stessa ad imporre agli esseri umani un obbligo di rispetto della propria dignità³⁰⁰. Eppure, che nell'antichità classica la *dignitas* – anche laddove declinata in senso stoico e cosmopolita – fosse comunque un concetto escludente, elitario ed essenzialmente maschile è testimoniato dal fatto che le dottrine dignitarie classiche non abbiano messo in discussione l'ordine sociale gerarchico fondato, *inter alia*, sul genere³⁰¹ e sullo *status*³⁰², ma ne abbiano invece rafforzato la struttura. In effetti, la condizione sociale e giuridica degli schiavi e delle donne³⁰³ restituisce l'immagine di una società e, conseguentemente, di un ordinamento giuridico rigidamente androcentrico e gerarchizzato.

Con riferimento alla schiavitù, se da un lato la concezione stoica di dignità ha portato al formale riconoscimento di un'intrinseca umanità anche in capo agli schiavi³⁰⁴, dall'altro lato persino queste dottrine precorritrici hanno giustificato la schiavitù come istituzione sociale e giuridica. È interessante notare, infatti, che le motivazioni con cui i giuristi romani legittimavano la schiavitù, riconoscendo al contempo agli schiavi una natura eminentemente umana, erano tese ad assicurare la virtù del padrone e l'obbedienza dello schiavo stesso³⁰⁵. Pertanto, poiché alla schiavitù era riconosciuta una vera e propria

³⁰⁰ CICERONE, *De Officiis*, I 30, 105-107; I, 31, 110, secondo cui «[È] importante [...] tenere sempre sotto gli occhi quanto la natura dell'uomo sia superiore a quella degli animali domestici e delle rimanenti belve; esse niente percepiscono se non il piacere e a esso sono trascinate con ogni slancio, mentre l'interiorità dell'uomo si alimenta con l'apprendimento e la riflessione. Che anzi, se uno è un po' più propenso nei confronti dei piaceri, purché non sia simile alle bestie (vi sono infatti alcuni che sono uomini non di fatto ma di nome), ma se uno è capace di stare un po' più eretto, sebbene sia attirato dal piacere, può anche dissimulare e nascondere la propria propensione al piacere per senso di autocontrollo. Da questo si deduce che il piacere fisico non è abbastanza degno della superiorità dell'uomo e bisogna disprezzarlo e respingerlo, altrimenti, se c'è qualcuno che attribuisce un qualche peso al piacere, bisogna che con cura preservi la misura nel fruire di esso. [...] E se vogliamo considerare quale sia la nostra superiorità naturale, comprenderemo quanto sia vergognoso disperdersi nel lusso e vivere con mollezza e in modo raffinato, quanto sia morale invece vivere con parsimonia, temperanza, serietà e sobrietà».

³⁰¹ In via generale, sul rapporto tra genere e diritto romano si veda, tra i tanti, MATTHEW J. PERRY, *Defining Gender*, in PAUL J. DU PLESSIS, CLIFFORD ANDO, KAIUS TUORI, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 433 ss.

³⁰² JACK DONNELLY, *Normative versus Taxonomic Humanity: Varieties of Human Dignities in the Western Tradition*, in *Journal of Human Rights*, 14, 2015, p. 1; UMBERTO VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, op. cit., p. 21, secondo cui «il segnalato riconoscimento della *dignitas* come qualità intrinseca di qualunque uomo (anche di quello senza qualità) non osta alla contestuale organizzazione istituzionale degli uomini in stati, classi o condizioni».

³⁰³ Non è un caso che, indipendentemente dal diritto romano, anche Hannah Arendt assimila la posizione di donne e schiavi (v. HANNAH ARENDT, *The Human Condition*, Chicago, Chicago University Press, 1958).

³⁰⁴ *Ex multis*, SENECA, *Epistulae Morales Ad Lucilium*, 41, 1-5; 47, 1-21.

³⁰⁵ KYLE HARPER, *Christianity and the Roots of Human Dignity*, in TIMOTHY S. SHAH, ALLEN D. HERTZKE (eds.), *Christianity and Freedom*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 130.

funzione sociale, il diritto romano non ha formulato un principio generale di dignità umana strumentale al riconoscimento dell'uguaglianza giuridica di tutti gli esseri umani³⁰⁶. Paradossalmente, allora, ne esce addirittura rafforzata la concezione elitaria e meritocratica di *dignitas*, avente una funzione sociale puramente ordinante, cioè quella di individuare – e di conseguenza discriminare – la posizione di ciascuno nella società³⁰⁷.

In relazione alla condizione giuridica femminile, sebbene nel corso della sua lunga storia la società romana abbia subito numerose trasformazioni – anche in senso emancipativo –, essa era – in maniera non dissimile da quella greca – fortemente androcentrica e patriarcale³⁰⁸. In linea di massima, dunque, soltanto i *patres familias* godevano pienamente dei diritti civili e politici: le donne erano soggette all'autorità maschile ed escluse dalle cariche pubbliche sulla base di una supposta *imbecillitas et infirmitas sexus*³⁰⁹. Come ha efficacemente sintetizzato Ulpiano, «*dignitas maior est in sexu virili*»³¹⁰. È appena il caso di rilevare l'eco stentorea di queste lapidarie massime latine nel nostro più recente passato: era il 1906 quando la Corte d'Appello di Firenze escludeva le donne dall'iscrizione nelle liste elettorali affermando che «la donna *ob infirmitatem sexus* non ha né può avere la robustezza di carattere, quella energia fisica e

³⁰⁶ LAURETTA MAGANZANI, *La dignità umana negli scritti dei giuristi romani*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Tricase, Libellula Edizioni, 2010, p. 95; SUSANNE BAER, *Dignity, Liberty, Equality: A fundamental rights triangle of constitutionalism*, in *University of Toronto Law Journal*, n. 59, 2009, p. 431.

³⁰⁷ Si noti, a questo proposito, che nel mondo romano l'onore (*existimatio*) – personale e familiare – aveva un ruolo apicale nella morale sociale. È coerente con questa ricostruzione della condizione giuridica degli schiavi la teoria di Antonio La Penna secondo cui la favolistica greca e latina – che l'Autore non a caso chiama la «sapienza degli schiavi» – sarebbe espressione della morale degli schiavi in quanto classe subalterna. In particolare, le favole restituirebbero l'immagine di una società in cui il potere è nelle mani dei più forti e dei più violenti. Pertanto, l'astuzia e l'ingegno sarebbero semplicemente strumenti per sopravvivere in un mondo siffatto, senza alcun anelito rivoluzionario (v. ANTONIO LA PENNA, *La favola antica*, Salerno, Della Porta, 2021). In effetti, è noto a chiunque abbia compiuto studi classici il *topos* del *servus callidus* nella commedia latina.

³⁰⁸ EVA CANTARELLA, *Women and Patriarchy in Roman Law*, in PAUL J. DU PLESSIS, CLIFFORD ANDO, KAIUS TUORI, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, op. cit., p. 419.

³⁰⁹ VERENA HALBWACHS, *Women as Legal Actors*, in PAUL J. DU PLESSIS, CLIFFORD ANDO, KAIUS TUORI, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, op. cit., p. 445. È interessante notare che l'intrinseca debolezza delle donne è un vero e proprio *topos* della cultura greco-romana, basti pensare al fatto che persino Platone (*Repubblica*, 456a-b) – il quale, come è noto, aveva una posizione di grande lungimiranza per l'epoca – ha affermato che le donne, così come gli uomini, sono uguali rispetto alla funzione di guardiani della città tranne per il fatto che le prime sono deboli e i secondi sono forti. Sul punto, diffusamente, MAREK PIECHOWIAK, *Plato's Conception of Justice and the Question of Human Dignity*, op. cit. Si sottolinea, infine, che il paradigma romanistico dell'inferiorità femminile ha giustificato, senza alcuna soluzione di continuità, anche la scienza giuridica moderna di stampo positivista (sul punto si veda MARINA GRAZIOSI, *Infirmitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 1993, pp. 99 ss.).

³¹⁰ ELISABETH KOCH, *Maior dignitas est in sexu virili*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1991.

mentale necessaria per disimpegnare come l'uomo le pubbliche cariche»³¹¹; era, del pari, il 1947 quando in Assemblea Costituente l'On. Leone dichiarava che «dove si deve arrivare alla rarefazione del tecnicismo, è da ritenere che solo gli uomini possano mantenere quell'equilibrio di preparazione che più corrisponde per tradizione a queste funzioni»³¹².

Alla luce di questo sintetico quadro, sembrerebbe non esserci una soluzione di continuità tra il concetto filosofico classico di dignità umana – soprattutto nella sua portata escludente e discriminatoria nei confronti delle donne – e la condizione giuridica femminile fino al momento in cui è stata adottata la Costituzione repubblicana. In realtà, questa è una conclusione soltanto parziale perché il concetto di dignità umana è stato significativamente influenzato dal pensiero di Kant³¹³, sicché una breve ricostruzione della sua teorica appare in questa sede imprescindibile.

³¹¹ Citazione tratta da MARINA BROLLO, FRANCESCO BILOTTA, ANNA ZILLI, *Lessico della dignità*, Udine, Forum, 2021, p. 59.

³¹² GIOVANNI LEONE, *Intervento*, in *Atti dell'Assemblea costituente*, seduta del 31 gennaio 1947, disponibile al seguente sito web: <http://legislature.camera.it/dati/constituente/lavori/Commissione/sed027/sed027nc.pdf> (visitato da ultimo in data 25 febbraio 2023).

³¹³ OMBRETTA DI GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 56; ADRIANA APOSTOLI, “*Questioni di genere*” tra Costituzione e corpo delle donne, in ADRIANA APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, op. cit., p. 5; MICHAEL J. MEYER, *Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought*, op. cit., p. 319; CHRISTOPHER MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, n. 4, 2008, p. 659; MICHAEL ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, op. cit., p. 39; FRANCO BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1987, p. 81; DIETMAR VON DER PFORDTEN, *On the Dignity of Man in Kant*, op. cit., pp. 371 ss.; OLIVER SENSEN, *Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms*, op. cit., p. 80; GIOVANNI BOGNETTI, *The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism*, op. cit., p. 89, secondo cui dopo Kant «so far, there has been no systematic re-elaboration of the concept of human dignity which has been able to command if not universal, then at least widespread, acceptance». Nello stesso senso si vedano anche ALLEN WOOD, *Humanity as an End in Itself*, in PAUL GUYER (ed.), *Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals: Critical Essays*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1998, p. 165; THOMAS E. HILL, JR., *Kantian perspectives on the rational basis of human dignity*, in MARCUS DÜWELL, JENS BRAARVIG, ROGER BROWNSWORD (eds.), *The Cambridge Handbook on Human Dignity*, op. cit., p. 215; ARTHUR RIPSTEIN, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009. A tale proposito, appare utile ricordare che secondo Lou Henkin «[t]he human rights idea and ideology begin with an *ur* value or principle (derived perhaps from Immanuel Kant), the principle of *human dignity*. Human rights discourse has rooted itself entirely in human dignity and finds its complete justification in that idea. The content of human rights is defined by what is required by human dignity – nothing less, perhaps nothing more» (LOU HENKIN, *Religion, Religions and Human Rights*, in *Journal of Religious Ethics*, n. 26, 1998, p. 231).

2.2. Kant, il significato moderno di dignità umana e le conseguenze in tema di prostituzione

In via di prima approssimazione, Kant definisce la dignità umana come il valore innato e assoluto di ogni essere umano, che trova fondamento nell'autonomia individuale e che richiede l'adempimento di obblighi di rispetto nei confronti di sé stessi e delle altre persone. Obblighi di rispetto, questi, che implicano che l'essere umano sia concepito in astratto e trattato in concreto come un fine in sé e non soltanto come un mezzo (c.d. *object-formel*)³¹⁴. L'aspetto normativo di questa definizione consiste nell'affermare un obbligo di rispetto della dignità altrui³¹⁵.

Il seguente schema è esemplificativo della *object-formel* (formula obbiettiva) e del conseguente secondo imperativo categorico di trattare gli altri sempre anche come fini e mai meramente come mezzi:

³¹⁴ «Nel regno dei fini, tutto ha un prezzo o una dignità. Ha un prezzo ciò, al cui posto può esser messo anche qualcos'altro, di equivalente; per contro, ciò che si innalza al di sopra di ogni prezzo, e perciò non comporta equivalenti, ha una dignità. Ciò che si riferisce ai comuni bisogni e inclinazioni umani ha un prezzo di mercato; ciò che, anche senza presupporre un bisogno, si conforma ad un certo gusto, cioè a un compiacimento del mero gioco, senza scopo, della facoltà del nostro animo, ha un prezzo d'affezione; ma ciò che costituisce la condizione a cui soltanto qualcosa può essere un fine in sé ha, non soltanto un valore relativo, cioè un prezzo, bensì un valore intrinseco, cioè una dignità» (IMMANUEL KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, Bompiani, 2017, pp. 157-159).

³¹⁵ L'espressione è di ANDREW CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, op. cit., p. 535.

	Esseri umani	Animali e cose
Capacità	Razionalità	Non razionalità
Status	Fini in sé stessi	Mezzi
Valore	Innato (dunque assoluto)	Relativo
Imperativo	Categorico, dunque incondizionato (tratta gli altri sempre anche come fine e mai soltanto come mezzo)	Ipotetico, dunque condizionato
Risultato	- Dignità - Insostituibilità	- Prezzo - Sostituibilità
Rapporto con la legge morale	Agenti morali (capacità di agire moralmente)	Pazienti morali (destinatari di considerazioni etiche)

Secondo il filosofo tedesco, inoltre, gli esseri umani sono creature non perfettamente razionali³¹⁶, il che comporta che la volontà individuale possa essere determinata, alternativamente, dalle inclinazioni naturali ovvero dalla ragione. Gli esseri umani, pertanto, acquisiscono dignità nel momento in cui esercitano la ragione³¹⁷. Tale esercizio consiste nella volontaria soggezione agli imperativi morali formulati dalla ragione stessa³¹⁸. In questo senso, allora, la ragion pratica coincide con il concetto di autonomia, ovverosia la capacità di auto-porsi (e, di conseguenza, anche di auto-obbligarsi) alle

³¹⁶ MICHAEL J. MEYER, *Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought*, op. cit., p. 327.

³¹⁷ Come è evidente, tale posizione è stata criticata nella misura in cui svaluta animali, minorenni e adulti affetti da patologie psichiche. Sul punto si veda, *inter alia*, THOMAS E. HILL, JR., *Kantian perspectives on the rational basis of human dignity*, op. cit., p. 218.

³¹⁸ Con riferimento alla dignità umana, l'imperativo pratico enunciato da Kant è il seguente: «agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo» (IMMANUEL KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (2. *Passaggio dalla filosofia morale popolare alla metafisica dei costumi*), in P. CHIODI (a cura di) *Scritti morali*, Torino, UTET, 1995, 1995), p. 88).

massime della ragione³¹⁹. In ultima analisi, dunque, l'autonomia altro non sarebbe che «the ability to transcend nature through one's own self-direction»³²⁰ (*sui iuris*).

Seguendo questo ragionamento, nel momento in cui Kant afferma l'obbligo di rispetto della dignità altrui non si riferisce alla particolare posizione sociale dell'individuo né allo *status* universale di essere umano, ma piuttosto alla «funzione legislatrice della moralità, ovvero qualcosa che gli esseri umani portano inevitabilmente dentro di sé e a cui non possono rinunciare»³²¹.

Nell'ambito di un'analisi sulla prostituzione, è interessante notare che la dignità kantiana ha importanti conseguenze in punto di teoria della sessualità. Anticipando Lacan³²², infatti, Kant afferma che il sesso è contrario alla moralità nella misura in cui rende impossibile la relazione umana³²³. In particolare, l'incontro sessuale reifica l'individuo rendendolo un mero oggetto di godimento e di consumo e dunque lo spoglia della propria dignità umana:

Se una persona, per interesse, si lascia usare da un altro come oggetto di soddisfazione sessuale, sottomettendosi ai suoi desideri, dispone di sé come di una cosa; in tal modo essa si trasforma in una cosa con cui l'altro placa i suoi appetiti, allo stesso modo in cui placerebbe la sua fame con un arrosto di maiale³²⁴.

Di fronte alla reificazione insita nel rapporto sessuale, Kant trae alcune conseguenze:

1. Il matrimonio è l'unico luogo in cui il sesso recupera moralità: nella misura in cui gli sposi accettano l'unione matrimoniale, essi si riconoscono reciprocamente il diritto di disporre non soltanto della genitalità dell'altro, ma dell'intera soggettività del coniuge;

³¹⁹ MICHAEL J. MEYER, *Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought*, op. cit., p. 327; MICHAEL ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, op. cit., p. 46. Nello stesso senso anche MARIO A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 8, secondo cui «è proprio sul principio della dignità dell'uomo, sull'umanità come fine in sé, che si fonda l'autonomia della morale kantiana, il carattere autonomamente legislativo della volontà di ogni essere razionale» e JOSEPH VIALATOUX, *La morale de Kant*, Paris, PUF, 1968, pp. 65-66, secondo cui «[l]a raison pose d'elle-même la loi morale comme loi de tous les êtres raisonnables en tant qu'ils ont une volonté, pouvoir causal autonome de leurs actions. Et cette loi morale prend, pour la volonté (à la fois autonome et hétéronome) des êtres à la fois raisonnables et sensibles comme l'homme, la forme de l'impératif catégorique». Si veda anche, da ultimo, FRANCESCA FANTASIA, *Kant on Punishment: Between Retribution, Deterrence and Human Dignity*, in *The Italian Law Journal*, n. 7, 2021, pp. 463 ss.

³²⁰ MICHAEL J. MEYER, *Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought*, op. cit., p. 327.

³²¹ MICHAEL ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, op. cit., p. 47.

³²² Il riferimento è alla celebre massima lacaniana sull'inesistenza del rapporto sessuale (sul punto si veda *infra*). È LORENZO BERNINI, *Il sessuale politico. Freud con Marx, Fanon, Foucault*, Pisa, ETS, 2019, p. 50 che nota l'anticipazione di Kant rispetto al pensiero lacaniano.

³²³ IMMANUEL KANT, *Lezioni di etica*, Roma-Bari, Laterza, 1984, p. 189.

³²⁴ *Ibid.*, p. 190.

2. Nonostante nel rapporto sessuale si corra il rischio di degradare la dignità umana, il sesso è funzionale alla conservazione della specie;
3. Al di fuori del matrimonio e della funzione riproduttiva, il sesso è immorale ed è possibile distinguere una tassonomia minima in materia di «abusi dell'impulso sessuale»³²⁵:
 - a. *Crimina carnis secundum naturam*: adulterio, concubinato, rapporti occasionali, prostituzione, incesto. Questi atti, secondo Kant, sarebbero contrari alla ragione ma non alla natura e dunque degraderebbero l'essere umano ad animale.
 - b. *Crimina carnis contra naturam*: omosessualità, onanismo, zoofilia. Secondo Kant, questi atti degraderebbero l'individuo ad un livello inferiore a quello degli animali in quanto contrari tanto alla ragione quanto alla natura.

Orbene, al netto del pensiero chiaramente sessuofobico del filosofo tedesco, ai fini della ricostruzione storico-filosofica del concetto di dignità umana, la rilevanza della teorica kantiana si appunta essenzialmente nel fatto che la filosofia di Kant costituisce il presupposto per il processo di giuridificazione della dignità umana³²⁶. Ciò risulta apprezzabile sotto un triplice profilo. In primo luogo, come si è visto poc'anzi, Kant collega espressamente il concetto di dignità con quelli di cittadinanza e di uguaglianza, nella misura in cui la dignità consiste nella capacità di auto-normarsi³²⁷. In secondo luogo, il dovere di rispettare l'umanità come fine in sé è un imperativo di carattere giuridico, oltre che morale, perché esprime l'esigenza di rispettare i diritti altrui³²⁸. In terzo luogo, «la dottrina etico-giuridica dell'uomo come fine porta con sé anche implicitamente la conseguenza che lo Stato non deve essere un fine in sé, ma un mezzo in favore dell'uomo e della sua libertà; essa implica che lo Stato non può maneggiare, manovrare, adoperare gli individui per i suoi fini, per fini sociali e collettivi»³²⁹. Coerentemente con questa

³²⁵ IMMANUEL KANT, *Lezioni di etica*, Roma-Bari, Laterza, 1984, p. 194.

³²⁶ UMBERTO VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, op. cit., pp. 27-28, secondo cui «fu Kant a costruire il passaggio dalla dignità come categoria etica alla dignità umana come categoria (anche) giuridica».

³²⁷ JEREMY WALDRON, *Citizenship and Dignity*, in CHRISTOPHER MCCRUDDEN (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 327-343. Si noti, peraltro, che la connessione tra dignità, libertà e cittadinanza era già stata esplicitata da Cesare Beccaria, secondo cui «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di esser persona, e diventi cosa» (CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, Rizzoli, 1994, pp. 117 ss).

³²⁸ MARIO A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, op. cit., p. 46.

³²⁹ *Ibid.*, p. 52, che prosegue così: «su questa base si possono condannare come illegittime le varie forme di collettivismo, che sacrificano l'individuo agli interessi della società; o le dottrine che ritengono che lo Stato abbia dei fini trascendenti quelli degli individui; o qualsiasi tipo di schiavitù, che è davvero la

impostazione, la teorica kantiana rifiuta sia l'utilitarismo sia il paternalismo giuridico, in quanto forme di strumentalizzazione dell'individuo da parte della società e dello Stato³³⁰. Per dirla con Dante, *non cives propter consules, nec gens propter regem*, ma al contrario *consules propter cives et rex propter gentem*³³¹.

Alla luce di quanto precede, si può ben comprendere l'influenza determinante che l'elaborazione kantiana ha avuto nella nascita e nello sviluppo dei diritti fondamentali³³². In effetti, l'istanza umanitaria del filosofo di Königsberg è coerente con le dichiarazioni settecentesche dei diritti umani³³³ e dunque pone le basi per la successiva istituzionalizzazione della dignità umana nelle carte costituzionali e negli strumenti internazionali di protezione dei diritti fondamentali elaborati a partire dal secondo dopoguerra³³⁴.

Al tempo stesso, però, non si può fare a meno di notare la risonanza tra la teoria della sessualità kantiana e i postulati fondamentali del regolamentarismo classico. Si ricordi, a questo proposito, che questo sistema si fondava sull'idea che la prostituzione, nonostante la sua immoralità, fosse un male necessario al funzionamento della società. Più in particolare, si trattava di un male perché, dal punto di vista della salute pubblica, essa poneva il rischio di una diffusione incontrollata delle malattie veneree; inoltre, dal punto di vista dell'etica dei costumi, la prostituzione si poneva al di fuori delle regole sociali e religiose poste a presidio del rapporto sessuale matrimoniale e procreativo. Al tempo stesso, però, la prostituzione era anche ritenuta necessaria per due motivi: (i) garantire alla popolazione maschile accesso alla sessualità femminile e (ii) proteggere la castità delle donne oneste, le quali «se non [fossero esistite] le prostitute, [sarebbero state] indifese contro gli impulsi sessuali maschili, di tipo predatorio»³³⁵. Non stupisce, allora,

forma più estrema di trasformazione dell'uomo in cosa o strumento; o un sistema penale terroristico, basato sul principio della 'pena esemplare'» (pp. 56-57).

³³⁰ *Ibid.*, pp. 52-53.

³³¹ DANTE ALIGHIERI, *De monarchia*, I, XIV.

³³² UMBERTO VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, op. cit., p. 31.

³³³ Ci si riferisce, in particolare, alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1790) e alla Dichiarazione della Virginia. È bene ricordare che in questi documenti la dignità umana non viene mai nominata perché all'epoca semplicemente si faceva affidamento su concetti intuizionistici come le verità auto-evidenti o il carattere naturale di alcuni diritti (che sono essenzialmente libertà, proprietà e resistenza contro l'oppressore). Una volta acquisito un certo livello di elaborazione teorica (quindi da Kant in poi) la dignità troverà una piena legittimazione giuridica (a partire dal secondo dopoguerra). Sul punto si veda PAOLO BECCHI, *Human Dignity in Europe: Introduction*, op. cit., p. 6.

³³⁴ PETER HÄBERLE, *1789 als Teil der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates*, in PETER HÄBERLE (ed.), *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates: Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Berlin, Duncker und Humblot, 1992, pp. 685-720.

³³⁵ MARY GIBSON, *Stato e prostituzione in Italia*, op. cit., p. 13.

che nel corso del XIX secolo la prostituzione sia stata pensata – e normativamente disciplinata – come una forma di vera e propria degradazione morale anche sulla base del pensiero kantiano. A ben vedere, infatti, il funzionamento del sistema regolamentarista ottocentesco si fondava sull’istituzione delle case di tolleranza, le quali – come si è visto nel primo capitolo – erano delle vere e proprie istituzioni totali. Di conseguenza, il prodotto naturale del sistema regolamentarista era una sovrapposizione giuridica e concettuale tra il *fare* la prostituta e l’*essere* una prostituta: non erano possibili diritti e non erano possibili relazioni umane al di fuori della casa di tolleranza e della sua rigida disciplina. La prostituta, dunque, non era semplicemente un mestiere ma era un *modo di essere* e la sua personalità umana era ridotta al suo valore sesso-economico. In termini kantiani, dunque, la prostituta era trattata – sia nei rapporti privati (con clienti e tenutari) sia nei rapporti pubblici (con la pubblica amministrazione) – *soltanto come un mezzo*. Da qui la sua degradazione. Non a caso è proprio questo sistema che è stato combattuto dal movimento abolizionista, il cui postulato di fondo è che ad essere immorale e degradante fosse il sistema regolamentarista e non la prostituzione (o la prostituta) in sé³³⁶.

Nei paragrafi precedenti si è cercato di mettere in luce, attraverso una sintetica genealogia storico-filosofica della dignità umana, che questo concetto contiene in sé un ineliminabile paradosso: da un lato, ha fornito una giustificazione teorica ai concetti filosofici e giuridici di autonomia, uguaglianza e responsabilità – e dunque presenta una significativa potenzialità emancipativa –, ma, dall’altro, è stato anche uno strumento di vera e propria discriminazione nei confronti delle donne. Occorre allora guardare al processo di giuridificazione della dignità umana per capire l’incidenza dell’ingresso della dignità umana negli ordinamenti costituzionali moderni in termini di emancipazione femminile.

2.3. La costituzionalizzazione della dignità umana e le potenzialità del concetto in chiave di genere

In via di prima approssimazione, il rapporto tra dignità umana e costituzionalismo può essere inquadrato sotto un duplice profilo, formale e sostanziale. Dal primo punto di vista, la dignità umana è espressamente menzionata all’interno di numerose carte

³³⁶ Tant’è vero che la legge Merlin, così come le coeve legislazioni abolizioniste, non puniscono il rapporto prostitutivo ma soltanto le condotte parallele.

costituzionali (ivi inclusa quella italiana)³³⁷, nonché nei principali strumenti internazionali e sovranazionali di tutela dei diritti umani adottati nel secondo dopoguerra. Storicamente, infatti, la giuridificazione della dignità umana trova origine diretta e immediata negli orrori che hanno caratterizzato gli anni della Seconda guerra mondiale, con il loro carico di totalitarismo genocidario³³⁸. Del resto, non è un caso che siano proprio le Costituzioni delle potenze uscite sconfitte dalla guerra (Germania, Italia e Giappone) ad enfatizzare l'esigenza di riconoscimento e di rispetto, da parte dello Stato, della dignità umana³³⁹. In altri termini, «la valorizzazione esplicita e preliminare della dignità – quale momento di apertura e di fondazione di un sistema costituzionale – esprime con molta efficacia la considerazione di essa come valore essenziale e ponte rispetto ad un «passato che si vuole non già cancellare e dimenticare, ma rifiutare e rinnegare esplicitamente attraverso l'impegno a che non possa mai più verificarsi»³⁴⁰.

Dal punto di vista sostanziale, in quanto valore meta-giuridico e super-costituzionale³⁴¹ la dignità umana ha fornito una giustificazione teorica ai diritti

³³⁷ Sul punto si veda DORON SHULTZINER, GUY E. CARMİ, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 62, 2014, pp. 465, secondo cui «[t]he inclusion of human dignity in new constitutions has become nearly a universal feature».

³³⁸ *Ex multis*, YEHOASHA ARIELI, *On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and His Rights*, in DAVID KRETZMER, ECKART KLEIN (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, op. cit., p. 1, secondo cui «[o]nly the catastrophe of two World Wars and the Holocaust, only the threat of a world dominated and enslaved by a ruthless power which rejected the fundamental principles and norms of the spiritual and moral heritage of the West, could have [...] proclaimed the belief in the inherent dignity of man, in his equality and his inalienable rights, as the principles on which a new world order should be established»; DAVID H. JONES, *Human Rights Law*, in PETER HAYES, JOHN K. ROTH (eds.), *The Oxford Handbook of Holocaust Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 709; JOHN K. ROTH, *Ethics*, in PETER HAYES, JOHN K. ROTH (eds.), *The Oxford Handbook of Holocaust Studies*, op. cit., p. 732; JÜRGEN HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, op. cit., p. 465; GIOVANNI MARIA FLICK, *Il percorso europeo verso la pari dignità sociale. Da Auschwitz alla Carta di Nizza attraverso la Costituzione*, in DAVIDE GALLIANI, EMILIO SANTORO (a cura di), *Europa umana. Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*, Pisa, Pacini editore, 2020, p. 329; CHRISTOPHER MCCRUDDEN, *Human Dignity and the Judicial Interpretation of Human Rights*, op. cit., p. 664. Sul punto si vedano anche GIORGIO AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz*, Torino, Bollati Boringhieri, 1998; PRIMO LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, Einaudi, 2014; JEAN AMÉRY, *At the Mind's Limits: Contemplations by a Survivor on Auschwitz and its Realities*, Bloomington (IN), Indiana University Press, 1980.

³³⁹ JÜRGEN HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, op. cit., p. 465; CHRISTOPHER MCCRUDDEN, *Human Dignity and the Judicial Interpretation of Human Rights*, op. cit., p. 664; DORON SHULTZINER, GUY E. CARMİ, *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*, op. cit., p. 465.

³⁴⁰ GIOVANNI MARIA FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in ELEONORA CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, ESI, 2008, p. 41.

³⁴¹ ANTONIO RUGGERI, ANTONIO SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, op. cit., pp. 343 ss.

fondamentali e alla forma di Stato democratica³⁴², tanto da portare la dottrina a parlare di «costituzionalismo dignitario»³⁴³. Infatti, la dignità umana è al tempo stesso fonte di legittimazione e obiettivo programmatico delle Costituzioni nazionali³⁴⁴. Inoltre, la costituzionalizzazione della dignità è espressione di una teoria del diritto post-positivistica, che ha cercato di riconciliare il diritto con la filosofia politica e morale, attenuando quella «radicale separazione imposta dal positivismo giuridico»³⁴⁵. La costituzionalizzazione della dignità umana rappresenta allora un momento di rottura con la tradizione positivista precedente innanzitutto perché fornisce un fondamento pre-statale e pre-giuridico ai diritti fondamentali³⁴⁶.

In seguito alla sua solenne proclamazione costituzionale nell'immediato dopoguerra, il significato e l'ambito di applicazione della dignità umana sono stati oggetto di una rilevante rielaborazione, che ne ha comportato una significativa estensione interpretativa e applicativa. Sotto questo profilo, la dignità umana e, più in generale, il costituzionalismo europeo post-bellico si collocano in una congiuntura temporale particolare: tra un passato

³⁴² GAETANO SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 21.

³⁴³ L'espressione è di SAMUEL MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*, in CHRISTOPHER MCCRUDDEN (ed.), *Understanding Human Dignity*, op. cit., p. 95, secondo cui «[i]n the prevalent narrative of public law after the Second World War, it is dignitarian constitutionalism – channeling Immanuel Kant's Enlightenment insistence on individual human worth into the United Nations Charter, the Universal Declaration, and the West Germany Basic Law, all three of which begin with the dignity of the individual as a basic principle – that responded to the Holocaust as the nadir of Western civilization».

³⁴⁴ THOMAS WEATHERALL, *Jus Cogens. International Law and Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 45, secondo cui «[f]rom the late eighteenth century onward, the legitimacy of constitutional instruments – the nexus of law and society – has been increasingly oriented in the dignity of the human person. [...] Domestic constitutions are taken to be expressions of the basic dignity of the human person and its realization in the context of society. [...] Relating constitutional instruments to a general principle represented by human dignity reflects both the power of dignity as a concept and the common expectation of modern political society to promote the human dignity of its citizens». Nello stesso senso si veda anche LUIGI D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 402 ss., secondo il quale «tanto la ragionevolezza quanto la dignità umana si pongono come espressioni – e, per altro verso, come condizioni – delle relazioni sistemiche che connettono in una trama unitaria singoli valori costituzionali, diritti inviolabili, doveri inderogabili, funzioni pubbliche, istituti giuridici: in quanto condizioni di possibilità dell'ordinamento giuridico, potrebbero qualificarsene trascendentali».

³⁴⁵ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, n. 35, 2012, pp. 336-337. Sul punto, si può soltanto ricordare *en passant* il ricco (sia quantitativamente che qualitativamente) dibattito dottrinario del dopoguerra sui rapporti tra diritto e morale (v., *ex multis*, LON FULLER, *The Morality of Law*, New Haven-London, Yale University Press, 1963; HERBERT L. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961).

³⁴⁶ La portata normativa della dignità umana non può essere ridotta unicamente alla giustificazione meta-giuridica dei diritti fondamentali. Per le ulteriori implicazioni di tale concetto v. *infra*.

che doveva essere rinnegato ma giammai obliato e un futuro carico di speranza³⁴⁷ e di sviluppo democratico³⁴⁸.

Nell'ambito di questa circolarità dialettica tra dignità umana, costituzionalismo e diritti fondamentali, appare possibile distinguere almeno tre genealogie della dignità umana come concetto costituzionale³⁴⁹:

1. In una prima fase, la positivizzazione della dignità umana si è resa strumentale alla transizione da uno Stato totalitario a uno Stato democratico, da uno stato di oppressione ad uno stato di libertà: oltre al periodo post-bellico, rientrano in questa genealogia anche le costituzioni post-fasciste (Spagna, Portogallo, Grecia), post-sovietiche³⁵⁰ e post-apartheid³⁵¹.
2. In una seconda fase, la positivizzazione della dignità umana si è resa strumentale alla costruzione di un nucleo valoriale e costituzionale comune agli Stati europei, in modo da contribuire al processo di integrazione europea (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla CDFUE e al TUE).
3. In una terza fase, la dignità umana si è resa strumentale nella regolamentazione giuridica della scienza e della tecnologia, nonché in generale come fonte dei cc.dd. diritti di terza generazione (libertà e identità sessuale, diritti ambientali, diritti delle future generazioni...)³⁵².

³⁴⁷ ERNST BLOCH, *Il principio speranza*, Mimesis, 2019; sul punto si veda anche MARCO CANGIOTTI, *Diritto naturale e dignità dell'uomo in Ernst Bloch*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, n. 75, 1983, pp. 87 ss. La connessione logica e giuridica tra dignità umana e speranza non si rinviene soltanto in dottrina ma anche nella giurisprudenza nazionale ed europea in tema di ergastolo (v. sentenza CEDU *Vinter e Viola* e giurisprudenza costituzionale sull'ergastolo semplice e sull'ergastolo ostativo). Sul punto si veda, *ex multis*, ANTONIO BALSAMO, LUISA TRIZZINO, *La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, in DAVIDE GALLIANI, EMILIO SANTORO (a cura di), *Europa umana. Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*, Pisa, Pacini editore, 2020, pp. 45 ss.

³⁴⁸ CATHERINE DUPRÉ, *The age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, op. cit., p. 67; GÜNTER FRANKENBERG, *Human Rights and the Belief in a Just World*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 12, 2014, pp. 35 ss.

³⁴⁹ Una simile tripartizione si trova anche in CATHERINE DUPRÉ, *The age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, op. cit., pp. 2-3 e CHRISTOPHER MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, op. cit., p. 673.

³⁵⁰ Sul punto si veda, a titolo meramente esemplificativo, CATHERINE DUPRÉ, *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Oxford-Portland, Hart, 2003.

³⁵¹ DAVID FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value - Part I*, op. cit., p. 697. Sul punto si veda anche LAURIE W. H. ACKERMANN, *Equality in the South African Constitution: the role of dignity*, in *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, n. 63, 2000, pp. 537 ss.

³⁵² Sul punto non si può non richiamare il fondamentale lavoro di Hans Jonas e, nello specifico, il suo principio responsabilità (HANS JONAS, *Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1979). Si vedano anche FELIX ECKARDT, *Toward a New Approach in Discourse Theory in Justice and Law*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 2012, p. 377; MARCUS DÜWELL, *Human Dignity and Future*

Queste tre genealogie della dignità non rilevano soltanto dal punto di vista storico. A ben vedere, infatti, esse raccontano molto circa la portata sostanziale e normativa della dignità umana nel panorama giuridico contemporaneo e, nello specifico, corrispondono a tre distinti significati:

1. Nella prima genealogia, la dignità umana ha una portata essenzialmente temporale, declinata nel senso di “fare i conti con il passato”: essa funge innanzitutto da garanzia che gli orrori del passato non si ripetano nuovamente (c.d. *never again*), nonché da filtro per le norme ereditate da precedenti forme di Stato e di governo non democratiche³⁵³. In questa genealogia si tratta, a ben vedere, di regolare il passato per costruire un futuro democratico. In questa prima fase del rapporto dignità-costituzionalismo, allora, la dignità umana è intimamente connessa alla forma di Stato non solo perché strumentale alla garanzia dei diritti fondamentali ma anche alla cittadinanza e, nello specifico, all’emancipazione delle categorie che nel passato totalitario avevano subito discriminazioni e persecuzioni. In questa ottica, allora, risulta chiaro che la legge Merlin³⁵⁴ – con la sua potente carica emancipativa – si colloca all’interno di questa genealogia. Del resto, si è visto nel primo capitolo che questa legge è stata un passaggio fondamentale – dopo il suffragio universale – per l’ingresso nella sfera pubblica delle donne in quanto soggetti (e non più in quanto *oggetti sesso-riproduttivi*³⁵⁵). La legge Merlin, in altre parole, ha concorso a porre formalmente fine al postulato per cui la sessualità femminile apparteneva alla società per soddisfare interessi eteronomi. Ed è chiaro che la nozione di dignità umana, mediante la sua costituzionalizzazione, ha consentito questo fondamentale passaggio politico.

Generations, in MARCUS DÜWELL, JENS BRAARVIG, ROGER BROWNSWORD, DIETMAR MIETH (eds.), *The Cambridge Handbook on Human Dignity*, op. cit., p. 551.

³⁵³ CATHERINE DUPRÉ, *The age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, op. cit., pp. 58-63. Sul punto si veda anche HERMAN SCHWARTZ, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago, Chicago University Press, 2000.

³⁵⁴ Si ricordi, tra l’altro, che l’*iter* parlamentare della legge è iniziato nel 1948, dunque in un momento coevo all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

³⁵⁵ Si rammenti l’analisi svolta nel primo capitolo, a mente della quale sotto la vigenza del regolamentarismo la prostituzione era ritenuta un male necessario perché, da un lato, poneva il pericolo della diffusione incontrollata delle malattie veneree e derogava alle regole poste a presidio della morale borghese (ad esempio il matrimonio monogamico) e, dall’altro, garantiva un ordine sociale fondato sull’accesso maschile alla sessualità femminile e sulla relegazione delle donne nella sfera privata. La condizione femminile che esce da questo quadro conferma che, nella sfera pubblica, il ruolo delle donne era essenzialmente sessuale (prostituzione) e riproduttivo (maternità).

2. Nella seconda genealogia, la positivizzazione della dignità umana acquisisce una funzionalità a livello spaziale, piuttosto che temporale, nel senso di fornire, nell'ambito del processo di integrazione europea, un minimo comun denominatore valoriale (c.d. *common ground*) idoneo a superare gli angusti e anacronistici confini vestfaliani della sovranità nazionale³⁵⁶. Infatti, la dignità umana è espressamente riconosciuta come inviolabile all'art. 1 CDFUE ed è considerata, anche dalla CGUE³⁵⁷, la pietra angolare del quadro normativo europeo³⁵⁸. Si noti, peraltro, che l'intero primo titolo della Carta è dedicato alla dignità umana e che questa venga in rilievo anche rispetto al mercato. Nello specifico, l'art. 3, secondo comma, lett. c) vieta di «fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». Occorre poi ricordare che, per quanto attiene specificamente alla prostituzione, l'Unione Europea ha espressamente raccomandato agli Stati membri l'adozione di politiche neo-abolizioniste³⁵⁹, giustificando tale posizione proprio sulla base dell'ontologica incompatibilità tra dignità umana e prostituzione³⁶⁰.
3. Nella terza genealogia, la dignità umana torna ad acquisire una dimensione temporale nella misura in cui essa è strumentale ad orientare i rapporti pubblici e privati che sono il risultato delle sfide tipiche della post-modernità: dallo sviluppo delle nuove tecnologie alle questioni che interrogano le fasi liminali della vita umana (ad esempio il suicidio assistito) al multiculturalismo³⁶¹. Evidentemente, rientrano in questa genealogia anche le questioni poste dalla nuova riconfigurazione del rapporto tra Stato, donne e mercato, come ad esempio la

³⁵⁶ Il preambolo della CDFUE così recita: «consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

³⁵⁷ Si veda, ad esempio, la sentenza della CG UE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen*, § 34: «L'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto».

³⁵⁸ *Ex multis*, FABRIZIO MASTROMARTINO, *Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 1, 2021, p. 241 ss.

³⁵⁹ Si ricordi che il postulato di base delle legislazioni neo-abolizioniste è quello per cui la prostituzione sia ontologicamente una forma di discriminazione di genere e quindi queste politiche si fondano sulla criminalizzazione del rapporto prostitutivo solo dal lato della domanda. Pertanto, si punisce il cliente ma non la persona che si prostituisce.

³⁶⁰ V. Capitolo I.

³⁶¹ Sul punto si veda, *inter alia*, LUIGI D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 aprile 2009, pp. 1 ss.

surrogazione di maternità e la prostituzione (che rispetto ai tempi della legge Merlin, e in parte proprio grazie a questa legge, ha assunto tutt'altra configurazione). Se nella prima genealogia la dignità umana trae dal passato la forza di immaginare un nuovo futuro, nella terza genealogia la dignità è svincolata dal *benchmark* del passato e dunque presenta un carattere inevitabilmente più euristico.

Il quadro storico appena tracciato consente di affermare che, quantomeno in una prima fase, la costituzionalizzazione della dignità umana sia riuscita, a dispetto del suo ambiguo passato, a produrre un effetto emancipativo rispetto alla condizione giuridica femminile³⁶². Nel suo rapporto con le libertà fondamentali, dunque, la dignità umana è stata ad un tempo fonte di legittimazione e garanzia³⁶³. Il ripudio del sistema regolamentarista e la conseguente adozione di un sistema abolizionista si inseriscono pienamente in questo quadro. È altrettanto chiaro, però, che il rapporto dignità-libertà non è statico. Le relazioni sociali sono in costante mutamento e questo esige che l'ordinamento giuridico – persino nei suoi più fondamentali postulati – sia duttile e reattivo.

Occorre allora indagare, a questo punto, se il rapporto dignità-libertà-prostituzione configurato dalla legge Merlin sia ad oggi conforme rispetto al quadro costituzionale e rispondente ai mutamenti sociali. Per fare questo, tuttavia, occorre fare un passo indietro e chiarire i rapporti interni tra dignità, libertà e diritti.

3. Dignità umana, diritti fondamentali, libertà

Se l'angolo prospettico dal quale guardare al rapporto tra prostituzione volontaria e Costituzione è quello del binomio dignità-libertà, è necessario interrogarsi sull'effettivo legame tra queste due categorie. La trattazione sopra svolta, infatti, ha già messo in luce un paradosso della dignità, e cioè quello di essere – quantomeno dal punto di vista filosofico – un concetto che postula l'uguaglianza degli esseri umani e, al tempo stesso, un concetto utilizzato per escludere le donne da questa umanità e discriminarle. Si è anche visto che il processo di giuridificazione e, in special modo, di costituzionalizzazione della dignità umana ha permesso, quantomeno in una prima fase storica, di superare questo

³⁶² In una prospettiva più generale si veda GIORGIO RESTA, *La dignità*, in STEFANO RODOTÀ, PAOLO ZATTI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 269, secondo cui in una prima fase storica la dignità giuridica è servita a espandere la sfera di libertà degli individui.

³⁶³ AUGUSTO BARBERA, *Un moderno "Habeas Corpus"?*, op. cit., pp. 1 ss.

paradosso nella misura in cui la dignità giuridica ha legittimato e garantito il processo di emancipazione femminile. In questo senso, è possibile individuare un rapporto di simpatia tra dignità e libertà.

Le cose però non sono così semplici. In effetti, l'elaborazione teorica e giurisprudenziale sia in tema di dignità che in tema di libertà ha portato alla luce tutta la complessità di questo rapporto, che si può configurare anche in termini di antipatia. Occorre allora andare alla radice del rapporto dignità-libertà perché soltanto una volta chiarito questo quadro sarà possibile riprendere le fila del discorso in tema di prostituzione.

A ben vedere, infatti, nella vicenda che ha originato la pronuncia n. 141/2019 della Corte costituzionale, la struttura della questione di costituzionalità riguarda proprio il rapporto tra dignità, libertà e diritti. Si ricordi, in estrema sintesi, che la conclusione cui è pervenuto il giudice *a quo* in quell'occasione è che la Costituzione italiana legittimi un vero e proprio *diritto costituzionalmente tutelato di prostituirsi* discendente dalla libertà sessuale (tutelata dall'art. 2 Cost.) e dalla libertà di iniziativa economica privata (tutelata dall'art. 41 Cost.). Prospettazione, questa, rigettata dalla Corte costituzionale con un ragionamento uguale e contrario rispetto a quello proposto dal collegio rimettente, che fa perno proprio sulla dignità umana (oggettiva) come limite alla libertà economica (art. 41, secondo comma, Cost.). È evidente, quindi, che bisogna in questa sede andare alla radice della questione.

3.1. Dignità umana e diritti fondamentali

Come si è visto sopra, è ormai pacifico che il rapporto tra dignità umana e diritti fondamentali si configuri nel senso che la prima costituisce il fondamento normativo e giustificativo dei secondi³⁶⁴. È il valore della persona umana, infatti, che dà un senso e che orienta la costruzione dei diritti, costituendo dunque un *prius* logico e ontologico rispetto a questi. Con le precisazioni che si faranno di seguito, è possibile affermare, in termini generali, che la violazione dei diritti fondamentali determina un pregiudizio alla dignità umana del soggetto passivo³⁶⁵.

³⁶⁴ *Ex multis*, AUGUSTO BARBERA, *Un moderno "habeas corpus"?*, op cit., p. 1.

³⁶⁵ STEFANO RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 192.

Questa «corrispondenza biunivoca tra violazione di un diritto e violazione della dignità»³⁶⁶ emerge chiaramente dagli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost. nella parte in cui questi funzionalizzano i diritti inviolabili al pieno sviluppo della persona umana, ed è stata a più riprese confermata dalla giurisprudenza costituzionale³⁶⁷ e dalla dottrina³⁶⁸. Si noti, a questo proposito, che tra le pronunce che più cristallinamente hanno riconosciuto il particolare legame tra dignità umana e diritti fondamentali vi è la sentenza n. 561/1987, proprio in tema di libertà sessuale³⁶⁹. In tale pronuncia, infatti, si è tematizzata la violenza sessuale come «grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale» e dunque come «lesione di fondamentali valori di libertà e dignità della persona»³⁷⁰.

Per quel che interessa in questa sede, l'affermazione della Corte costituzionale è rilevante perché esplicita i termini del rapporto tra dignità umana e diritti fondamentali introducendo un parametro sostanziale selettivo, ovverosia la gravità della lesione. Questo induce a ritenere che non tutte le violazioni dei diritti fondamentali si risolvono in un'incisione della dignità umana. Ciò trova conferma in altre pronunce della Corte, in cui si fa riferimento al c.d. nucleo essenziale o irriducibile di un diritto. In particolare, è affermazione ormai costante nella giurisprudenza costituzionale che la violazione del nucleo essenziale di un diritto fondamentale comporti anche la violazione della dignità umana³⁷¹. In realtà, che non vi sia una perfetta sovrapposizione tra diritti e dignità umana è confermato anche dal fatto che, come sottolinea la rilevante dottrina, violazioni della dignità umana sono state riscontrate anche là dove non vi sia alcuna lesione di un

³⁶⁶ Così FABRIZIO MASTROMARTINO, *Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?*, op. cit., p. 243; in senso analogo si veda ANTONIO RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta Online*, n. 2, 2018, pp. 392 ss., che parla di «circularità» del rapporto dignità-diritti.

³⁶⁷ *Ex multis*, Corte cost., sent. n. 26/1999, § 3.1. cons. dir., secondo cui «la dignità della persona [...] è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo».

³⁶⁸ *Ex multis*, MARCO RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, op. cit., p. 129. Si è inoltre affermato che la dignità umana individua il «con-fine delle libertà costituzionalmente protette [in quanto] costituisce l'unico vero fine che esse possono e devono perseguire» (ANTONIO RUGGERI, ANTONIO SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, op. cit., p. 347. Di recente, questa tesi è stata confermata dagli stessi Autori (ANTONIO RUGGERI, ANTONIO SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 160).

³⁶⁹ In dottrina, ad esempio, si è sostenuto che in tale sentenza sia stata riconosciuta la dignità umana come diritto soggettivo autonomo la cui lesione deve essere risarcita (così FABRIZIO POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 21). Il particolare legame tra diritti fondamentali e dignità umana è stato a più riprese riconosciuto dalla Corte costituzionale (v., *inter alia*, le sentenze nn. 252/2001, 388/1999, 242/2019).

³⁷⁰ Corte cost., sent. n. 561/1987, § 2 cons. dir.

³⁷¹ Corte cost., sent. n. 304/1994, § 5 cons. dir., secondo cui il nucleo essenziale del diritto fondamentale alla salute è «connesso all'inviolabile dignità della persona umana». Nello stesso senso, Corte cost., sent. n. 309/1999, § 3 cons. dir.; sent. n. 509/2000, § 4 cons. dir.; sent. n. 209/2009, § 2.2. cons. dir.

diritto³⁷². Si tratta, ad esempio, dei casi in cui la dignità umana viene fatta valere nei confronti dello stesso soggetto attivo³⁷³. In questi casi, la dignità umana serve a proteggere l'individuo da sé stesso, nella misura in cui l'esercizio di un diritto potrebbe ledere dignità del soggetto medesimo. In questa prospettiva, la dignità umana non è soltanto una fonte di legittimazione dei diritti ma anche una fonte di doveri³⁷⁴, andando a limitare la libertà individuale³⁷⁵.

Viene così in rilievo la distinzione tra dignità in senso soggettivo (fonte di diritti) e dignità in senso oggettivo (fonte di doveri)³⁷⁶. Anche questa seconda dimensione della dignità umana trova fondamento positivo nella Costituzione italiana (si pensi, ad esempio, all'art. 41, secondo comma, Cost. in cui la dignità umana è espressa come limite alla libertà di iniziativa economica privata) ed è stata utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 141/2019 proprio per negare l'esistenza di un preteso diritto (fondamentale) di prostituirsi.

Prima di analizzare tale pronuncia, tuttavia, occorre notare che la dimensione oggettiva della dignità umana ha assunto, nell'ultimo trentennio, un ruolo di primo piano nella giurisprudenza europea³⁷⁷. Vi è dunque un dialogo tra la sentenza della Corte costituzionale italiana in tema di prostituzione e le pronunce europee. In particolare, la portata della dignità umana oggettiva può essere apprezzata analizzando tre sentenze

³⁷² FABRIZIO MASTROMARTINO, *Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?*, op. cit., pp. 243-244.

³⁷³ PAOLO VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2014, p. 334.

³⁷⁴ MARCO RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, op. cit., p. 129. In senso analogo si vedano anche MASSIMO LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, CEDAM, 1983, pp. 197 ss.; PASQUALE DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2017, pp. 573 ss.

³⁷⁵ In questa prospettiva si veda anche DAVIDE MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1983, p. 362, secondo il quale il valore giuridico della persona, in quanto principio generale dell'ordinamento, impone un «dovere di astensione che si indirizza allo stesso soggetto portatore del valore giuridico, impedendogli di compiere atti di violazione del valore di cui esso stesso, nella sua persona, è portatore». Sul punto si veda anche LUIGI D'ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2014, p. 7, secondo cui «la sinergia tra i due versanti "attivo" e "passivo" [del principio personalista] richiede che l'intervento del potere pubblico (e, più in generale, delle manifestazioni della relazionalità umana) si presenti come autenticamente sussidiario, e dunque funzionale alla cura ed alla promozione della libertà e della dignità di ogni singola persona umana, idoneo a generare processi di liberazione e di emancipazione dal bisogno e dalla dipendenza».

³⁷⁶ Sulla distinzione tra dignità oggettiva e soggettiva si vedano, *ex multis*, ANTONIO RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, op. cit., pp. 392 ss.; VINCENZO BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2013, pp. 1 ss.; FABRIZIO POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, Giappichelli, 2018; ANTONIO RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2013, 1 ss.

³⁷⁷ Così PASQUALE DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, op. cit., p. 574.

ormai celebri: quella francese sul c.d. lancio del nano, quella tedesca in tema di *peep show* e quella europea sui giochi laser che simulano omicidi.

Il primo caso riguarda due pronunce del 1995 del Consiglio di Stato francese³⁷⁸ aventi ad oggetto un particolare tipo di spettacolo in voga in quel periodo nelle discoteche d'oltralpe e consistente nella possibilità data agli spettatori di *lanciare* una persona affetta da nanismo il più lontano possibile. Ora, sebbene la persona avesse liberamente scelto di prestarsi a tale spettacolo invocando il diritto al lavoro e la libertà di impresa, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimità dei provvedimenti amministrativi³⁷⁹ che vietavano lo spettacolo affermando che esso fosse contrario alla dignità umana della stessa persona affetta da nanismo. Tale decisione, peraltro, è stata confermata anche dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, a cui il ricorrente si era rivolto lamentando di aver subito un trattamento discriminatorio da parte delle autorità francesi³⁸⁰. In particolare, nelle sentenze il Consiglio di Stato ha riconosciuto che la dignità umana è una delle componenti dell'ordine pubblico e quindi costituisce un valore inderogabile sottratto alla libera disponibilità del titolare³⁸¹.

Il secondo caso riguarda invece la giurisdizione amministrativa tedesca, che nei primi anni '80 si è trovata a decidere su un diverso tipo di spettacolo, questa volta «consistente nel mostrare ad una sola persona uno spettacolo pornografico, dal vivo, attraverso un vetro o un'apertura»³⁸² (c.d. *peep show*). In questa occasione i giudici tedeschi, facendo riferimento alla nozione di buon costume (*guten Sitten*) e riecheggiando la formula obiettiva kantiana, hanno concluso che tale spettacolo fosse in violazione della dignità umana della spogliarellista, in quanto ridotta a mero oggetto. Si ribadisce dunque che, indipendentemente dal consenso della persona in questione, la dignità umana nella sua dimensione oggettiva è non soltanto indisponibile ma anche giustiziabile contro la sua stessa titolare.

Il terzo caso ha invece ad oggetto dei divieti amministrativi adottati dalle autorità tedesche nei confronti di una particolare tipologia di gioco consistente nell'uccidere (metaforicamente) l'avversario mediante armi *laser*. La Corte di giustizia dell'Unione

³⁷⁸ Cons. État, Ass., 27.10.1995, Ville d'Aix-en-Provence, in D., 1996, jur., 177; Id., 27 ottobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, in D., 1995, i.r., 257.

³⁷⁹ I divieti erano stati adottati dai comuni di Morsang-sur-Orge e Aix-en-Provence.

³⁸⁰ Comitato dei diritti umani, *Wackenheim v. France*, Communication No. 854/1999, 15 luglio 2002.

³⁸¹ Sul punto si veda GIORGIO RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Rivista di diritto civile*, n. 6, 2002, pp. 801 ss.

³⁸² PASQUALE DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, op. cit., p. 575.

europea, adita in via pregiudiziale dal Tribunale amministrativo federale, ha concluso che il diritto comunitario «non si opponeva a misure limitative delle suddette libertà, volte a proteggere la dignità umana, in quanto componente dell'ordine pubblico di uno Stato parte, quale quello tedesco, che veniva in rilievo nel caso in questione»³⁸³.

Giunti a questo punto, vale la pena notare che anche fuori dai confini italiani la dimensione oggettiva della dignità umana viene in rilievo nella sua connessione con la libertà di impresa³⁸⁴. Infatti, sia nel caso del lancio del nano che nel caso del *peep show* i ricorrenti avevano fondato le rispettive posizioni deducendo che tali attività lucrative fossero (i) liberamente scelte, (ii) esercitate nell'ambito della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita e quindi (iii) non violative della dignità umana (declinata, evidentemente, in senso soggettivo).

Questa sintetica ricostruzione conduce ad affermare che il rapporto tra dignità umana e diritti è un rapporto complesso perché i due termini dell'equazione si possono porre in un rapporto di simpatia (dignità soggettiva) ma anche in un rapporto di antipatia (dignità oggettiva). Se nel primo caso l'effetto è quello di un ampliamento della sfera di libertà del soggetto attivo, nel secondo caso l'effetto è quello di una restrizione. Nel primo caso la dignità assicura uno spazio di libertà ed è quindi una libertà autodeterminata e in questo senso limita l'interferenza del potere pubblico nelle scelte individuali; nel secondo caso la dignità consiste in uno spazio protetto dalla libertà e si tratta quindi di una libertà eterodeterminata perché è l'ordinamento che limita le scelte individuali³⁸⁵. Bisogna allora indagare il rapporto dignità-libertà al fine di completare il quadro teorico necessario per analizzare il contenuto e le implicazioni dell'utilizzo della dignità umana fatto dalla Corte costituzionale in tema di prostituzione volontaria.

³⁸³ *Ibid.*, p. 576. Sulla sentenza *Omega* si veda anche FRANCESCA ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 303 ss. L'Autrice sottolinea come questa sentenza «testimonia il “sorpasso” che la tutela dei diritti inviolabili ha operato rispetto alla tutela delle quattro libertà sulle quali si è costruito il mercato unico [e] [...] mostra come l'ordine pubblico sia assunto [non soltanto] come strumento di garanzia dei diritti e dei principi fondamentali, ma anche come ponte di collegamento comunitario verso la CEDU e le identità costituzionali nazionali» (p. 306).

³⁸⁴ GIORGIO RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, op. cit., p. 805. Si veda anche LAURA BIANCHI, *Dentro o fuori il mercato? «Commodification» e dignità umana*, in *Rivista critica di diritto privato*, n. 3, 2006, pp. 489 ss.

³⁸⁵ FABRIZIO MASTROMARTINO, *Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?*, op. cit., pp. 244-245.

3.2. Dignità umana e libertà nella prospettiva economica

Come si evince dal quadro sopra tracciato, le due dimensioni della dignità umana, quella soggettiva e quella oggettiva, «identificano i due significati prescrittivi della dignità giuridica»³⁸⁶ e incidono sulla sfera della libertà individuale andando ad ampliare ovvero a restringere i diritti di cui è titolare il soggetto attivo.

In particolare, nel suo rapporto con la libertà, la dignità soggettiva vincola i poteri pubblici a rispettare le scelte che l'individuo fa in quanto dotato di autodeterminazione³⁸⁷. Di converso, la dignità oggettiva limita l'autonomia del soggetto al fine di garantire il rispetto dei doveri che discendono dall'ordinamento. Questa impostazione ricalca la distinzione tra autodeterminazione e autonomia proposta da un'autorevole dottrina, secondo cui la prima consisterebbe nella libertà di decidere su sé stessi, senza che ciò comporti il prodursi di effetti giuridici, intervenendo esclusivamente nella sfera personale del titolare. La seconda consisterebbe, invece, nella libertà di dare regole a sé stessi il cui esercizio produce effetti nella sfera giuridica del titolare o di terzi (ad esempio l'autonomia negoziale)³⁸⁸.

In particolare, secondo questa prospettazione – cui in questa sede si ritiene di aderire in quanto particolarmente efficace nell'inquadrare il rapporto tra dignità e libertà in ambito economico³⁸⁹ –, i diritti fondamentali della sfera individuale possono essere distinti in diritti individuali primari (o finali) e diritti individuali secondari (o strumentali). I primi, a loro volta, corrisponderebbero a due diverse posizioni giuridiche di libertà (*diritti di libertà*), la prima consistente in una *libertà da* (cioè una posizione di immunità nei confronti del potere pubblico e privato che si estrinseca nella pretesa di non lesione e di non ingerenza; ad esempio, la libertà personale) e la seconda consistente in una *libertà di* (cioè una posizione che, oltre ad esprimere la pretesa della non lesione, si estrinseca anche in posizioni di facoltà; ad esempio, la libertà di stampa, di associazione, di riunione). I diritti individuali secondari, invece, consistono in *diritti di autonomia* e, oltre

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 246.

³⁸⁷ In questo senso va letto il collegamento tra dignità e autodeterminazione di ROBERTO BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, op. cit., p. 1 ss.

³⁸⁸ Si tratta della nota teorizzazione di LUIGI FERRAJOLI, *Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, 2019, pp. 23 ss. In senso analogo si veda STEFANO RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op. cit.

³⁸⁹ LUIGI FERRAJOLI, *Dignità e libertà*, op. cit., p. 25. In particolare, questa prospettazione permette un'agevole distinzione tra i diritti di libertà e i diritti di autonomia che la tradizionale dicotomia libertà positive/negative non permette di cogliere (su cui si rinvia, *inter alia*, a ISAIAH BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969 e NORBERTO BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995).

alla non lesione e alla facoltà, si esprimono anche in termini di potere o potestà (dimensione, questa, che non si riscontra nei diritti di libertà)³⁹⁰. Si tratta, in particolare, dei diritti civili (cioè quelli che attengono ai rapporti privati e dunque anche economici, come ad esempio l'autonomia negoziale) e dei diritti politici (che invece attengono ai rapporti pubblici). Da questa diversità di struttura derivano molteplici conseguenze:

- I diritti di autonomia sono esercitabili sulla base della capacità di agire e sono idonei ad incidere sulla sfera giuridica del titolare e/o di terzi; per questo motivo, si tratta di diritti soggetti a limiti formali e sostanziali che ne regolano gli atti dispositivi; l'esercizio di questi diritti è sempre vincolato al rispetto dei diritti fondamentali appartenenti al medesimo grado o livello normativo cui appartengono gli stessi diritti di autonomia;
- I diritti di *libertà da* spettano a tutti indipendentemente dalla capacità di agire e il loro esercizio è privo di effetti giuridici nell'altrui sfera di libertà; si tratta delle libertà tradizionalmente classificate come negative e che presuppongono e garantiscono l'autodeterminazione morale del soggetto che ne è titolare, e dunque la sua dignità in senso soggettivo; ne consegue che queste libertà non sono soggette a limitazioni se non fisiche (ad esempio, art. 13 Cost.) e dunque sono immunità dall'esercizio lesivo non solo dei poteri (pubblici e privati) ma anche dei diritti di *libertà di*;
- I diritti di *libertà di*, che tradizionalmente sono classificati come libertà positive, sono anch'essi universali e presuppongono non tanto una *capacità* di autodeterminazione quanto una *facoltà* di autodeterminazione, sicché sono collegati alla dignità umana in senso oggettivo; l'esercizio di questi diritti può confliggere con le libertà degli altri e dunque questi diritti di libertà soffrono di limiti di natura deontica, che consistono nel rispetto dei diritti di *libertà da* e della dignità umana oggettiva (ad esempio: art. 41 Cost.).

La rilevanza di questa prospettazione ai fini di questo lavoro si appunta nel fatto che permette di distinguere strutturalmente i diritti di autonomia (es: autonomia negoziale) dai diritti di libertà (es: libertà sessuale). Infatti,

«la concezione (liberista) dei [diritti di autonomia] come diritti di libertà ha finito per assecondare, in nome della libertà, l'insofferenza per limiti e controlli e le vocazioni assolutistiche delle potestà proprietarie e imprenditoriali, analoghe e

³⁹⁰ Sul punto si veda anche NORBERTO BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, op. cit., pp. 45 ss.

parallele a quelle dei poteri politici di maggioranza generate dall'analoga concezione (populista) dei diritti politici come diritti di libertà parimenti illimitati. E che l'approdo inevitabile di questa duplice assenza di limiti e controlli – ai poteri economici del mercato e ai poteri politici di maggioranza – è la concentrazione dei due poteri, l'uno come mezzo per conquistare e accrescere l'altro, e perciò una tendenziale dissoluzione della sfera pubblica: la quale, consistendo in un sistema di limiti e vincoli imposti alle libertà selvagge a tutela dei diritti e degli interessi di tutti, è per sua natura eteronoma, e non può, per definizione, essere prodotta spontaneamente e autonomamente dalle dinamiche del mercato»³⁹¹.

In ultima analisi, la distinzione tra diritti di autonomia e diritti di libertà ha permesso la teorizzazione di un vero e proprio «costituzionalismo di diritto privato»³⁹², imperniato sulla gerarchia tra diritti di *libertà di*, diritti di *libertà da* e diritti di autonomia³⁹³.

Ai fini che qui interessano, occorre sottolineare che tutti i diritti di autonomia (ad esempio l'autonomia negoziale) trovano un limite nella dignità umana oggettiva, tanto nel caso in cui l'esercizio di autonomia produca effetti nei confronti di terzi quanto nel caso in cui tale esercizio produca effetti nei confronti dello stesso titolare³⁹⁴. È in questo senso, dunque, che va letto il rapporto tra libertà di iniziativa economica privata e dignità umana di cui all'art. 41 Cost.³⁹⁵.

Ora, una volta chiarito che (i) non vi è una perfetta sovrapposizione tra i diritti di *libertà di* e diritti di autonomia (e che dunque vi è una differenza strutturale tra libertà di iniziativa economica e autonomia negoziale, così come tra libertà di autodeterminazione sessuale e autonomia sessuale), (ii) che i primi realizzano e garantiscono la dignità umana in senso oggettivo come facoltà di autodeterminarsi e (ii) in questo senso sono legittimati ad imporre dei limiti ai diritti di autonomia, occorre posizionare la prostituzione in questa prospettiva. A questo proposito, infatti, si è già osservato nel primo capitolo che la posizione della Corte costituzionale nelle sentenze 141 e 278/2019 è stata quella di un

³⁹¹ LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 756-757.

³⁹² *Ibid.*, pp. 224 ss. Sul punto si veda anche MASSIMO LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, op. cit., pp. 197 ss.

³⁹³ LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, op. cit., p. 758.

³⁹⁴ Questa forma di tutela della dignità umana si risolve in una forma di paternalismo ma, secondo questa dottrina, «si tratta del paternalismo necessario alla tutela inderogabile dei diritti alla vita, all'integrità e alla dignità personale, che sono altrettante leggi del più debole contro la sopraffazione dei più forti che proverrebbe, nella logica del mercato, dalla loro disponibilità dettata dallo stato di bisogno» (LUIGI FERRAJOLI, *Dignità e libertà*, op. cit., p. 27).

³⁹⁵ MASSIMO LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, op. cit., pp. 197 ss.

netto rigetto della prospettiva della prostituzione come diritto fondamentale costituzionalmente garantito discendente dalla libertà sessuale e di iniziativa economica³⁹⁶. Il cuore della questione – o, per parafrasare proprio il lessico della Corte costituzionale, la «sostanza delle cose»³⁹⁷ – risiede proprio nella diversa ricostruzione del rapporto tra prostituzione e libertà fondamentali³⁹⁸.

4. Prostituzione, diritti e dignità umana

Prima di analizzare, nello specifico, le diverse posizioni della Corte costituzione e dei giudici *a quibus* in tema di prostituzione volontaria, è utile brevemente tracciare un quadro politico-sistematico. A ben vedere, infatti, la questione della natura giuridica della prostituzione (cioè se sia un diritto, se sia una libertà e in che rapporti sia con la dignità umana) è problematizzata già a livello politico.

Nel primo capitolo si è visto, infatti, che le politiche abolizioniste e neo-abolizioniste partono dal presupposto che la prostituzione sia una forma di discriminazione contro le donne e, in quanto tale, incompatibile con la dignità umana (oggettiva). A rigor di logica, questa “sostanza delle cose” dovrebbe comportare l’illiceità del rapporto prostitutivo sia dal lato della domanda che dal lato dell’offerta. Eppure, nessuna delle due declinazioni abolizioniste opta per questa soluzione: l’abolizionismo classico (ad esempio la legge Merlin) non punisce le parti del rapporto prostitutivo ma soltanto i terzi che pongono in essere condotte parallele alla prostituzione altrui; il neo-abolizionismo, pur punendo il cliente, si astiene dal sanzionare la persona che si prostituisce. Queste asimmetrie si giustificano sulla base del rilievo per cui la criminalizzazione della prostituta sia una forma di ulteriore vittimizzazione e quindi la situazione di *second best* è individuata proprio nel riconoscere una *libertà di prostituirsi* (qui libertà è da intendersi in senso atecnico, nel senso di attività non sanzionata dall’ordinamento).

Nei regimi neo-regolamentaristi, invece, il presupposto è che vi sia piena compatibilità tra la dignità umana e la prostituzione in quanto forma di sviluppo della personalità individuale. In questi sistemi, dunque, non è affatto contraddittorio che la

³⁹⁶ Questa era la prospettiva dei giudici *a quibus* in entrambi i casi.

³⁹⁷ Corte cost., sent. n. 141/2019, § 5.2. cons. dir.

³⁹⁸ Nello stesso senso si veda FABRIZIO POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un’attività economica in contrasto con la dignità umana. La sentenza 141 del 2019 e la “sostanza delle cose”*, op. cit., pp. 266 ss.

prostituzione possa assumere la veste di un diritto (poi, che sia o no costituzionalmente tutelato dipenderà dall'ordinamento giuridico di riferimento).

Il postulato della piena compatibilità tra prostituzione e dignità umana è presente anche nelle legislazioni che depenalizzano la prostituzione ma, in questo caso, poiché lo Stato si astiene dal regolare in altro modo la prostituzione volontaria, si ritiene che questa integri una libertà di prostituirsi e non un diritto.

Alla luce di quanto sopra, quindi, si può affermare, in termini generali, che l'inquadramento della prostituzione tra le libertà o tra i diritti (prescindendo per il momento dalla qualificazione di tali posizioni come costituzionalmente tutelate o meno) è una questione che investe la stessa *ratio* delle legislazioni in tema di prostituzione. Pertanto, la triangolazione tra prostituzione, diritti e libertà investe il cuore politico della legge Merlin. Ed è in questo senso che – come si è già affermato nel primo capitolo – le questioni di legittimità costituzionale sollevate nel biennio 2018-2019 hanno per la prima volta messo in dubbio i postulati abolizionisti della legge Merlin. Fino a quel momento, infatti, le questioni di costituzionalità non avevano attaccato frontalmente “la sostanza delle cose”, limitandosi a contestare la legge dalle retrovie³⁹⁹.

È allora arrivato il momento di esplicitare le posizioni che si sono contese il campo nel momento in cui è stato sferrato il primo attacco frontale alla legge Merlin, tenendo a mente (i) il rapporto tra dignità umana, diritti e libertà fondamentali per come sopra chiarito e (ii) la particolare posizione di tale legge nell'ordinamento costituzionale italiano⁴⁰⁰.

4.1. Il bene giuridico protetto dai reati in materia di prostituzione tra dignità e libertà

Al fine di chiarire in che termini la prostituzione volontaria interroghi le categorie fondamentali della Costituzione e del costituzionalismo, occorre illustrare brevemente le posizioni che sono state adottate dai giudici *a quibus*, da un lato, e della Corte costituzionale, dall'altro, in relazione alla legge Merlin. Ci si riferisce, in particolare, agli

³⁹⁹ Si rammenti, infatti, che tutti gli incidenti di costituzionalità sollevati tra gli anni '60 e gli anni '80 avevano avuto ad oggetto essenzialmente l'indeterminatezza di alcune fattispecie incriminatrici e la proporzionalità delle pene. Pertanto, l'opzione politica fondamentale della legge Merlin, ovverosia il ripudio del regolamentarismo mediante la chiusura delle case chiuse e l'affrancamento delle prostitute, in quel periodo non era mai stato seriamente posto in dubbio dagli interpreti (v. Capitolo I).

⁴⁰⁰ Si rinvia sul punto al primo capitolo, là dove si è messo in luce che: (i) la legge Merlin segna un passaggio fondamentale nel processo di inveroamento della Costituzione nella struttura giuridica e sociale e che (ii) tale legge ha scontato un rapporto difficile con gli interpreti, tanto da essere oggetto di un vero e proprio sabotaggio.

incidenti di costituzionalità sollevati tra il 2018 e il 2019 perché sono i primi – e fino ad oggi gli unici – casi in cui la libertà di scelta della persona che si prostituisce costituisce il presupposto di fatto e di diritto nell’interpretazione costituzionalmente orientata della legge Merlin.

Orbene, nella prima ordinanza di rimessione (caso Tarantini) la contrarietà delle fattispecie di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione rispetto alla libertà di autodeterminazione sessuale (art. 2 Cost.), alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e al principio di offensività del reato (artt. 13, 25 e 27 Cost.) è desunta, principalmente, dall’esistenza di un diritto costituzionalmente garantito all’esercizio della prostituzione volontaria⁴⁰¹. In particolare, l’ordinanza di rimessione postula che la scelta libera e consapevole di offrire prestazioni sessuali sul mercato costituisce, innanzitutto, una forma di esercizio della libertà di autodeterminazione sessuale, il cui fondamento costituzionale sarebbe da rinvenirsi nell’art. 2 Cost.⁴⁰² Tale libertà, si argomenta, risulterebbe inevitabilmente compromessa da norme che sanzionano penalmente le condotte di intermediazione o agevolazione dell’attività prostitutiva volontaria. In questi casi, infatti, tali condotte costituirebbero semplicemente uno strumento di attuazione concreta della libertà di autodeterminazione sessuale. Con un ragionamento analogo, risulterebbe altresì violato l’art. 41 Cost. Anche in tal caso, infatti, la scelta consapevole di prostituirsi sarebbe una forma di estrinsecazione della libertà di iniziativa economica privata. Pertanto, l’incriminazione dell’intermediazione e dell’agevolazione in favore della *escort* impedirebbe «la fisiologica espansione di tale forma d’iniziativa economica, privata della possibilità di evolversi al pari delle altre forme imprenditoriali operanti nel nostro ordinamento»⁴⁰³.

Risulta chiaro che il ragionamento del giudice rimettente si fonda sul presupposto che i reati di cui alla legge Merlin proteggano la libertà di autodeterminazione sessuale⁴⁰⁴. Da

⁴⁰¹ Si afferma, in particolare, che la libertà di autodeterminazione sessuale «si estrinseca, nel caso delle *escort*, attraverso il riconoscimento del loro diritto di disporre della sessualità nei termini contrattualistici dell’erogazione della prestazione sessuale contro pagamento di denaro o di altra compatibile utilità» (Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018, §§ 7-8).

⁴⁰² Secondo il giudice *a quo* il fondamento di questa costruzione sarebbe da rinvenirsi nella sentenza n. 561/1987 della Corte costituzionale, in cui si è affermato che la sessualità è uno degli essenziali modi di espressione della persona umana; pertanto, «il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalle Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l’art. 2 Cost. impone di garantire».

⁴⁰³ Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018, § 10.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, § 9, a mente del quale «il tutelare l’esercizio della suddetta libertà autodeterminativa rappresenta [...] preciso compito dello Stato che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell’uomo, non può poi negare se stesso attraverso la deterrente collocazione delle condotte ausiliatrici della libera

questa considerazione discende, a cascata, che (i) la prostituzione volontaria è un diritto (costituzionalmente garantito) e che (ii) qualora le condotte di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione non incidano, in concreto, sulla libertà di autodeterminazione della prostituta, esse non presentano alcuna potenzialità lesiva del bene giuridico. Il nodo cruciale della questione, quindi, ruota attorno al bene giuridico. Sul punto, l'ordinanza di rimessione dimostra che il bene tutelato dai reati in materia di prostituzione sia la libertà di autodeterminazione sessuale affermando che:

- Sia la giurisprudenza che il legislatore hanno ormai abbandonato l'impostazione secondo cui i reati in materia di prostituzione, così come i reati sessuali, siano posti a protezione della moralità pubblica e del buon costume, retaggio di un ordinamento – quello fascista – del tutto incompatibile con il personalismo costituzionale;
- La sentenza n. 561/1987 della Corte costituzionale ha espressamente ricondotto la sessualità ai modi di espressione della personalità umana, ancorando la libertà di autodeterminazione sessuale all'art. 2 Cost.;
- La giurisprudenza di legittimità è concorde nel ritenere che il bene protetto da questi reati sia proprio la libertà di autodeterminazione sessuale e, là dove si faccia riferimento anche (o soltanto) alla dignità umana, questa va intesa in senso soggettivo.

Il ragionamento del giudice *a quo* in punto di dignità umana è interessante. Si afferma, infatti, che «nella tutela della dignità di chi si autodetermini alla cessione lucrativa della propria corporeità [si ripropone] la medesima esigenza di tutela della dignità umana riconosciuta nel caso Englaro, ove la salvaguardia del principio di libera autodeterminazione è stata spinta sino a legittimare la scelta terapeutica di porre fine alla protrazione della vita vegetativa»⁴⁰⁵. In altri termini, l'esigenza di tutelare la dignità umana delle persone che liberamente decidono di esercitare la prostituzione sarebbe la medesima esigenza di tutela che ricorre nel campo delle scelte sui trattamenti terapeutici. La dignità umana è qui da intendersi, evidentemente, in senso soggettivo e sostanzialmente si risolve nell'autodeterminazione: se l'esercizio dell'autodeterminazione (sessuale ed economica) è un modo di espressione della personalità individuale (dignità umana), allora lo Stato non è legittimato ad intervenire in

prostituzione nell'alveo della qualificazione d'illiceità penale, così deprivando di garanzia attuativa l'esercizio stesso di tale libertà».

⁴⁰⁵ Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018, § 11.

senso limitativo né nei confronti della stessa persona che si prostituisce né nei confronti di terzi che quella persona aiutano⁴⁰⁶.

Come si è già detto, questa impostazione – radicale⁴⁰⁷ e *libertarian*⁴⁰⁸ – non è stata condivisa dalla Corte costituzionale (sent. n. 141/2019), la quale ha contestato proprio il dato di partenza, e cioè che le fattispecie incriminatrici previste dalla legge Merlin tutelino esclusivamente la libertà di autodeterminazione sessuale. In particolare, secondo il Giudice delle leggi, tali reati sono posti a presidio della dignità umana (in senso oggettivo) nella misura in cui questa esprime l'esigenza di proteggere i diritti fondamentali delle persone in condizione di particolare vulnerabilità. Il ragionamento della Corte costituzionale è così articolato:

- L'art. 2 Cost. è un parametro inconferente perché tale norma collega i diritti inviolabili al valore della persona (principio personalista) e alla solidarietà (principio solidaristico). Pertanto, «se è il collegamento con lo sviluppo della persona umana a qualificare la garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., non è possibile ritenere che la prostituzione volontaria sia un diritto inviolabile sulla base del mero rilievo che essa coinvolge la sfera sessuale di chi la esercita»⁴⁰⁹. Tale conclusione sarebbe suffragata, secondo la Corte, anche dal consolidato orientamento della giurisprudenza civile, alla stregua del quale il contratto fra prostituta e cliente è nullo per illiceità della causa, in quanto la prestazione risulta contraria al buon costume, con conseguente applicazione del regime della *soluti retentio*⁴¹⁰. È evidente, infatti, che se il contratto prostitutivo fosse uno strumento di l'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato non potrebbe essere considerato contrario al buon costume. Dunque, secondo la Corte, se da un lato è vero che la libertà di autodeterminazione sessuale sia tutelata ex art. 2 Cost. e che

⁴⁰⁶ A parer di chi scrive, l'impostazione del giudice *a quo* è coerente con la posizione – sostenuta da una parte della dottrina costituzionalistica – secondo cui dall'art. 2 Cost. discenderebbe un principio fondamentale di autodeterminazione individuale entro il quale collocare l'autonomia privata (si vedano, ad esempio, MARIO ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003 e PAOLO BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, Cedam, 1953). *Contra*: STELIO MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009.

⁴⁰⁷ Così AUGUSTO BARBERA, *Un moderno "Habeas Corpus"?*, op. cit., p. 6, il quale sottolinea altresì «il rischio di scambiare per diritti fondamentali tutti i più o meno comprensibili desideri o bisogni e di basarsi su una idea di libertà in cui la coscienza soggettiva diviene l'unica misura dell'istanza etica», tradendo in tal modo una visione totalizzante della Costituzione (pp. 8, 9).

⁴⁰⁸ MARY ANN GLENDON, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1991, pp. 48 ss.

⁴⁰⁹ Corte cost., n. 141/2019, §5.2. cons. dir.

⁴¹⁰ Sul punto si rinvia al Capitolo I.

possa essere concepita sia in senso negativo che positivo, dall'altro lato questa norma riconosce i diritti inviolabili in tanto in quanto collegati allo sviluppo della persona e la prostituzione, ancorché volontaria, non rientra tra questi;

- Se la prostituzione volontaria non rientra tra i diritti garantiti dall'art. 2 Cost., essa consiste – più semplicemente – in una particolare forma di attività economica. Questa affermazione sarebbe supportata dalla giurisprudenza della CGUE, che qualifica l'attività prostitutiva proprio in termini di «prestazione di servizi retribuita»⁴¹¹, e dalla stessa Corte di cassazione, che ha ritenuto assoggettabili a imposta i proventi di tale attività⁴¹².
- In quanto attività economica, la questione della legittimità costituzionale dei reati in materia di prostituzione va inquadrata nell'alveo dell'art. 41 Cost., ma comunque essa risulta infondata perché le limitazioni allo svolgimento dell'attività prostitutiva contenute nella legge Merlin si giustificano sulla base della necessaria tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana⁴¹³.

A parer di chi scrive, la Corte costituzionale ha individuato, ancorché implicitamente, come bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici previste dalla legge Merlin non tanto e non solo la libertà di autodeterminazione sessuale ma, più radicalmente, la dignità umana oggettiva declinata nel senso della necessaria tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili⁴¹⁴. Il collegamento tra dignità umana e diritti fondamentali dei vulnerabili merita allora di essere approfondito in quanto costituisce il nucleo essenziale del ragionamento della Corte costituzionale.

⁴¹¹ CGUE, Sentenza 20 novembre 2001, causa C-268/99, Jany et al. Anche su questo si veda il Capitolo I.

⁴¹² V. Capitolo I.

⁴¹³ Corte cost., n. 141/2019, §6.1. cons. dir.

⁴¹⁴ *Contra* MARTA PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, op. cit., p. 11, secondo cui «nella pronuncia in commento, la Corte sfugge a una chiara ricostruzione del bene giuridico tutelato dalle due fattispecie di reato (o, comunque, lo dà per implicito richiamando l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità) e indugia sulla distinzione fra offensività in astratto e offensività in concreto per evitare considerazioni che la portino ad essere più esplicita in termini di potenziale lesione del bene giuridico che il legislatore ha inteso proteggere attraverso le condotte astrattamente definite».

4.2. La dignità umana oggettiva come strumento protettivo delle persone vulnerabili

Come si è visto sopra, la Corte costituzionale non recepisce l'impostazione del giudice *a quo*, che individua nella libertà di autodeterminazione della prostituta l'unico bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici. Al contrario, essa muove dal presupposto che i beni protetti siano la dignità umana e, per il tramite di questa, i diritti fondamentali delle persone vulnerabili. Vi è dunque uno stretto nesso tra queste due categorie.

Con riferimento alla finalità di tutela della dignità umana, la Corte afferma esplicitamente come tale concetto vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, infatti, della dignità soggettiva, «quale la concepisce il singolo lavoratore [ma piuttosto] è 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»⁴¹⁵. Dunque, poiché secondo la Corte l'offerta sul mercato di prestazioni sessuali si risolve sempre in un'incisione della dignità di chi subisce la reificazione⁴¹⁶, ai fini della configurabilità dei reati di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione l'atteggiamento soggettivo della persona che si prostituisce e il suo eventuale consenso agli atti di meretricio rimangono del tutto irrilevanti⁴¹⁷.

In relazione all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili, la Corte costituzionale nota che anche nei casi di prostituzione volontaria:

- «nella larghissima maggioranza dei casi [la scelta] è comunque il risultato di fattori che condizionano significativamente la libertà di autodeterminazione andando a ridurre, talora drasticamente, il ventaglio delle opzioni esistenziali dell'individuo»⁴¹⁸;

⁴¹⁵ Corte cost., n. 141/2019, § 6.1. cons. dir. Si noti che il riconoscimento del ruolo del legislatore quale interprete del comune sentire e il collegamento tra questo e la dignità umana in senso oggettivo era già presente nella giurisprudenza costituzionale (v., ad esempio, sent. n. 162/2014, § 5 cons. dir.).

⁴¹⁶ Dello stesso avviso è parte della dottrina (ad esempio, CARMELA SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla "legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, op. cit., p. 166 e MASSIMO LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, op. cit., p. 401).

⁴¹⁷ Corte cost., n. 141/2019, § 5.1. cons. dir. Conferma se ne trae anche dalla giurisprudenza ordinaria (Cass. pen., nn. 14593/2017 e 5768/2018).

⁴¹⁸ Corte cost., n. 141/2019, § 6.1. cons. dir. Si tratta, secondo ROBERTO BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, op. cit., p. 4, del «ben noto argomento dell'*id quod plerumque accidit* che introduce la giustificazione della fattispecie legislativa sottoposta a giudizio, alla quale non si può chiedere di inseguire

- l'attività prostitutiva comporta dei rischi molto elevati, come ad esempio la difficoltà di uscire dal circuito, la facilità con cui si può essere vittime di indebite pressioni e ricatti, quando non anche di vere e proprie violenze fisiche o sessuali⁴¹⁹.

A fronte di questo quadro, è possibile formulare alcune osservazioni sul rapporto tra dignità umana e diritti fondamentali per come è stato concettualizzato nella pronuncia in esame. In primo luogo, la dignità umana – in quanto limite alla libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. – è espressamente presa in considerazione nella sua dimensione oggettiva. Si tratta, in particolare, di una nozione di dignità che la Corte affida al legislatore, in quanto «interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico»⁴²⁰, il quale vede nella prostituzione, anche volontaria, un disvalore, consistente nella reificazione prodotta dal rapporto prostitutivo. È proprio questo che legittima, ad avviso della Corte, una limitazione della libertà di iniziativa economica sia della persona che si prostituisce sia dei terzi intermediari.

È evidente come questa pronuncia, da un lato, richiami il concetto kantiano di dignità umana⁴²¹, e, dall'altro, si inserisca pienamente nella giurisprudenza europea che ha utilizzato la dignità umana come limite alle libertà fondamentali⁴²². È interessante notare, inoltre, che da questa configurazione discende una presunzione di vulnerabilità della persona che si prostituisce (si vedrà oltre se tale presunzione sia assoluta o relativa). Infatti, la Corte ha fondato la sua costruzione ermeneutica sulla base di due dati empirici: il primo è che «nella larghissima maggioranza dei casi»⁴²³ la scelta di prostituirsi non può dirsi effettivamente libera e il secondo è rappresentato dai rischi insiti in questa attività (ad esempio la difficoltà di uscire dal mercato o la sovraesposizione a pericoli per l'integrità fisica). Questo stato di cose consente alla Corte di individuare la persona che si prostituisce come parte vulnerabile nei rapporti economici che instaura con i clienti e con i terzi intermediari. Ed è proprio questa constatazione che legittima l'esigenza di

l'infinita varietà del reale, poiché le leggi “non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti” (sent. 21/1957)». Peralto, analoga argomentazione è stata sostenuta dal Conseil constitutionnel francese (decisione n. 2018-761QPC, 1 febbraio 2019), che ha dichiarato conforme a Costituzione la norma che incrimina l'acquisto di prestazioni sessuali verso corrispettivo (art. 611-1 c.p. francese).

⁴¹⁹ Corte cost., n. 141/2019, § 6.1. cons. dir.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ V. *supra*.

⁴²² V. *supra*.

⁴²³ Corte cost., n. 141/2019, § 6.1. cons. dir.

protezione dei diritti fondamentali (ad esempio l'integrità fisica e la stessa libertà di autodeterminazione sessuale) delle persone che si prostituiscono. In questo senso, allora, la dignità umana oggettiva è un limite rispetto alla libertà economica ma è, al tempo stesso, anche una garanzia rispetto ad altri diritti fondamentali quali, appunto, l'integrità fisica e la libertà di autodeterminazione sessuale (ad esempio nel momento in cui la persona maturi la scelta di uscire dal mercato). Si tratta, dunque, di una nozione oggettiva di dignità, che limita non tanto la libertà sessuale (perché la persona che si prostituisce può prostituirsi senza incorrere in alcun tipo di sanzione) ma limita l'iniziativa economica privata (perché, da un lato, la prostituta non si può avvalere dell'intermediazione dei terzi e, dall'altro, i terzi non possono "fare affari" con la prostituta). Questa, in buona sostanza, è l'interpretazione evolutiva che la Corte costituzionale ha offerto della legge Merlin.

Si tratta di un'interpretazione che effettivamente fa i conti con l'emersione della prostituzione volontaria ma che, al tempo stesso, non cede rispetto a quella «concezione (liberista) dei [diritti che] ha finito per assecondare, in nome della libertà, l'insofferenza per limiti e controlli e le vocazioni assolutistiche delle potestà proprietarie e imprenditoriali»⁴²⁴. In questo senso, il rapporto tra dignità e libertà concettualizzato dalla Corte costituzionale in tema di prostituzione volontaria è pienamente compatibile con l'autorevole ricostruzione dottrinale sopra richiamata, secondo cui (i) non vi è sovrapposizione tra diritti di *libertà di* (ad esempio, libertà di iniziativa economica) e diritti di autonomia (ad esempio, l'autonomia negoziale) e che (ii) i primi, collegandosi alla dignità umana in senso oggettivo, possono limitare i secondi⁴²⁵. In una prospettiva sostanzialistica, questa impostazione, nella misura in cui collega la dignità umana al rispetto dei diritti fondamentali e alla tutela delle persone vulnerabili, risulta coerente con «il significato più profondo del costituzionalismo contemporaneo»⁴²⁶, e cioè quello della

⁴²⁴ LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, op. cit., pp. 756-757. In senso analogo si veda FABRIZIO POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali*, op. cit., p. 24, secondo cui «il riconoscimento al singolo di una "piena" libertà di autodeterminazione può finire per "abbandonare" il medesimo in una condizione di perdurante debolezza, sottomissione e sfruttamento (in cui la "sovranità del singolo" – comunque assente nella sua assolutezza nell'art. 2 Cost. quale disposizione fondata anche sul principio di solidarietà e sul valore relazionale dell'esperienza giuridica – è funzionale all'affermazione di una piena ed indiscussa "sovranità del mercato")».

⁴²⁵ MARIO DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, Passigli, 2010; ANTONIO RUGGERI, ANTONIO SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, op. cit., pp. 343 ss.; AUGUSTO BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 106 ss.

⁴²⁶ Così FABRIZIO POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sentenza 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, op. cit., p. 272.

funzionalizzazione dello Stato e dell'ordinamento allo sviluppo della personalità individuale⁴²⁷. Si è a questo proposito sostenuto che:

«Il principio personalista (cui si ricollega anche il principio di eguaglianza), esprimendo una priorità di valore della persona (e non solo rispetto allo Stato, ma anche rispetto al mercato) pone un limite invalicabile all'intervento di qualunque soggetto, pubblico o privato, nei confronti dell'individuo, in ragione dell'individuazione, da parte della Carta costituzionale, dell'esistenza di una sfera "inviolabile" della personalità sia fisica che morale (limite posto, oltre che dall'art. 2, dagli artt. 13 e 32 Cost.); e tale principio comporta anche il riconoscimento della necessità dell'intervento dei poteri pubblici per consentire "il pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, comma 2, Cost.) con la rimozione degli ostacoli economici e sociali che impediscono l'effettiva partecipazione di ognuno alla vita politica, economica e sociale»⁴²⁸.

A questo punto, resta da fare un'ultima riflessione sulla presunzione di vulnerabilità. Innanzitutto, si ritiene che tale presunzione sia relativa per due motivi. Il primo si ricava direttamente dalla pronuncia costituzionale, nella parte in cui fa salvo il *test* dell'offensività in concreto. Infatti, se il bene giuridico protetto dai reati in materia di prostituzione è l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali delle persone vulnerabili, allora le fattispecie incriminatrici indubbiamente risultano certamente compatibili con il principio di offensività in astratto, il quale – come è noto – impone al legislatore di criminalizzare condotte materiali che siano idonee a ledere, o quantomeno a mettere in pericolo, il bene giuridico protetto. Ciò non toglie, tuttavia, che il giudice debba procedere ad una valutazione concreta dell'offensività al fine di escludere la punibilità là dove il soggetto attivo abbia commesso un fatto tipico e antiggiuridico ma in concreto non idoneo a ledere o mettere in pericolo il bene protetto. È chiaro, allora, che la presunzione di vulnerabilità può essere vinta nel caso in cui il *test* giudiziale dell'offensività in concreto abbia un esito negativo (cioè nei casi in cui non è concretamente ravvisabile una posizione di vulnerabilità della persona che si prostituisce)⁴²⁹. Il secondo motivo a sostegno della

⁴²⁷ AUGUSTO BARBERA, *Un moderno "Habeas Corpus"?*, op. cit., pp. 1 ss. In senso analogo si veda anche STELIO MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, op. cit., p. 16.

⁴²⁸ Così FABRIZIO POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sentenza 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, op. cit., p. 277-278.

⁴²⁹ *Contra* PIER FRANCESCO BRESCIANI, *La protezione dei deboli e vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, pp. 111 ss., secondo cui la presunzione di vulnerabilità avrebbe natura assoluta. Ritiene l'A. che, nonostante l'esplicito riferimento all'offensività in concreto, «la prova che la scelta di prostituirsi sia stata libera e consapevole non è mai ammessa».

natura relativa della presunzione di vulnerabilità si ricava, a ben vedere, dalla stessa legge Merlin. Infatti, se si fosse voluto tutelare *sempre e comunque* la persona che si prostituisce, anche da sé stessa e dunque anche a valle di una decisione autonoma e consapevole, il legislatore avrebbe ben potuto criminalizzare *tout court* il rapporto prostitutivo (come accade, peraltro, in alcuni sistemi proibizionisti). La scelta della legge Merlin non è andata in questa direzione perché ha effettivamente ravvisato la possibilità che quella della prostituzione possa essere una scelta, ma lo ha fatto non nel senso di legittimare la prostituzione come forma imprenditoriale quanto piuttosto nel senso – del tutto opposto – di non vittimizzare due volte le persone che si prostituiscono⁴³⁰. In altri termini, la libertà di autodeterminazione sessuale concepita dalla Corte costituzionale consiste, a ben vedere, in una *libertà dalla prostituzione* e non in una *libertà di prostituirsi*⁴³¹. O meglio: come si è detto sopra, la legge Merlin effettivamente lascia le persone libere di prostituirsi non perché la prostituzione in sé sia un'estrinsecazione della libertà sessuale ed economica (quindi la *libertà di prostituirsi* non è costituzionalmente protetta e non è un diritto), quanto piuttosto perché la *libertà nella prostituzione* è funzionale ad assicurare una *libertà dalla prostituzione*. E l'ancoraggio costituzionale della *libertà dalla prostituzione* è l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali (tra cui proprio l'autodeterminazione) delle persone vulnerabili.

Quest'ultima osservazione conduce a notare, da ultimo, che qualora la questione di legittimità costituzionale fosse stata accolta, questo avrebbe di fatto spostato il nostro ordinamento verso un sistema di depenalizzazione⁴³². Come si è visto nel primo capitolo, infatti, in quei regimi lo Stato si astiene sia dal sanzionare penalmente l'attività prostitutiva (in ogni suo segmento) sia dal disciplinare positivamente tale attività. Dunque, fatta eccezione, evidentemente, per la prostituzione forzata, questo approccio si caratterizza per la completa assenza di un intervento statale nel mercato della prostituzione. Nella sentenza 141/2019 questo aspetto è stato toccato dalla Corte costituzionale soltanto tangenzialmente, là dove si è affermato che il regime abolizionista

⁴³⁰ V. Capitolo I.

⁴³¹ Sul punto si veda SILVIA NICCOLAI, *La Legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., p. 65.

⁴³² Così anche Corte cost., sent. n. 171/2019, § 5. In senso analogo si veda FABRIZIO POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sentenza 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, op. cit., p. 271, secondo cui «è difficile non vedere che la depenalizzazione di tali reati costituirebbe un grande regalo soprattutto alle forme di criminalità organizzata (con il paradosso per cui la tutela della persona che si prostituisce viene utilizzata per depenalizzare pratiche di sfruttamento) e alla industria del sesso».

della legge Merlin non è una soluzione costituzionalmente imposta⁴³³. In ipotesi, dunque, il legislatore ben potrà modificare il bilanciamento di interessi operato dalla legge Merlin, posto che, con riferimento alla prostituzione volontaria, l'approccio abolizionista scelto nel 1958 continua ad essere costituzionalmente legittimo.

Giunti a tal punto occorre notare che la sentenza 141/2019 lascia un punto insoluto, cioè quello dell'offensività in concreto. Se è vero che spetta al giudice valutare la sussistenza o meno di una condizione di vulnerabilità della persona che si prostituisce, che tipo di giudizio è questo? Alla stregua di quali condizioni si può valutare la vulnerabilità? La risposta a queste domande implica necessariamente un'indagine sulla libertà (sessuale ed economica), valorizzando e recuperando una prospettiva sensibile alle asimmetrie che connotano il rapporto prostitutivo, prima fra tutte quella di genere. Questa analisi sarà oggetto del prossimo capitolo.

⁴³³ Corte cost., n. 141/2019, § 7.3. cons. dir.

PROSTITUZIONE E LIBERTÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il complesso rapporto tra prostituzione, vulnerabilità e libertà. – 2.1. La configurazione proposta dalla Corte costituzionale: la prostituzione come *vulnus* alla libertà di autodeterminazione e l'intrinseca vulnerabilità della persona che si prostituisce. – 2.2. La presunzione di vulnerabilità: dal suo fondamento al suo superamento. – 3. Prostituzione e libertà nella riflessione femminista. – 3.1. La posizione (del femminismo) liberale. – 3.2. La posizione del femminismo radicale. – 3.3. Critica alla posizione liberale e radicale. – 3.4. Una prospettiva realmente emancipativa: l'autonomia relazionale. – 4. La libertà tra consenso e desiderio: una nuova concettualizzazione della prostituzione volontaria. – 4.1. Una nuova tassonomia dei rapporti (etero)sessuali. – 4.2. La prostituzione volontaria come sesso consensuale ma non desiderato. – 4.3. Il desiderio e l'offensività in concreto delle condotte parallele.

1. Premessa

La prostituzione è un'istituzione sociale problematica sotto molteplici punti di vista. Come si è visto nel primo capitolo, essa non è un fenomeno unitario e pone, in primo luogo, la questione della distribuzione sociale del potere rispetto al genere, alla provenienza etnica e nazionale e alla classe sociale. La frammentarietà del fenomeno comporta l'esistenza di numerosi approcci politici e legislativi, ognuno di essi portatore di una propria ideologia e dunque di un proprio bilanciamento fra i vari interessi in gioco⁴³⁴.

Il modello abolizionista, adottato in Italia con la legge Merlin, è stato di recente messo in discussione dalla giurisprudenza di merito, che ha individuato una potenziale frizione con la Costituzione. Tale impostazione è stata rigettata dalla Corte costituzionale, che ha affermato la perdurante compatibilità della legge Merlin con la Carta fondamentale. In particolare, nel secondo capitolo si è osservato che le questioni di legittimità costituzionale di alcune fattispecie incriminatrici della legge Merlin (reclutamento, favoreggiamento e tolleranza abituale della prostituzione) sono state inquadrate – sia dai giudici rimettenti che dalla Corte costituzionale – nell'ambito del binomio dignità-libertà. Il primo segmento (dignità umana) è stato analizzato nel secondo capitolo, cui si rinvia. Il secondo segmento (libertà) sarà oggetto del presente capitolo. In particolare, occorre

⁴³⁴ TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., pp. 58 ss.; FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit., pp. 22 ss.

muovere dall'assunto secondo cui il lavoro sessuale interroga il concetto filosofico e giuridico di libertà tanto sotto il profilo ontologico (si è mai veramente liberi nel momento in cui si sceglie di prostituirsi?) quanto sotto il profilo pragmatico (quali sono le condizioni affinché si possa accettare come libera tale scelta?).

Prima facie, ragionare sul rapporto tra libertà e lavoro sessuale sembrerebbe non mettere in discussione la prostituzione come *destino delle donne*, intendendo con questa espressione che fare la prostituta è, nella vita di qualsiasi donna, un'opzione astrattamente e concretamente molto più percorribile di quanto non lo sia per un uomo (c.d. rischio-prostituzione)⁴³⁵. Eppure, si tratta di una posizione epistemica soltanto apparente. Infatti, come si vedrà nel prosieguo, l'analisi porterà all'enucleazione di una definizione critica di prostituzione volontaria, questa sì capace di mettere in discussione, in chiave di emancipazione, il fenomeno prostitutivo. In altri termini, ponendo la domanda 'è ontologicamente possibile scegliere liberamente di prostituirsi?' si arriva in realtà a rispondere ad un diverso – e ben più radicale – quesito, ovverosia 'per chi ci prostituiamo?'. La risposta a queste domande interroga, evidentemente, la struttura più profonda della soggettività umana, che si esprime tanto nell'ordine gerarchico e lineare della razionalità morale quanto nel disordine insubordinato e rizomatico del desiderio.

2. Il complesso rapporto tra prostituzione, vulnerabilità e libertà

2.1. La configurazione proposta dalla Corte costituzionale: la prostituzione come vulnus alla libertà di autodeterminazione e l'intrinseca vulnerabilità della persona che si prostituisce

Diversamente da quanto prospettato dai giudici rimettenti – i quali, come si è visto nel capitolo precedente, hanno ricondotto la prostituzione nell'alveo delle libertà costituzionali⁴³⁶ –, il rapporto tra prostituzione e libertà (nelle sue molteplici declinazioni⁴³⁷) è stato configurato dalla Corte costituzionale in termini di antipatia.

In buona sostanza, la Corte parte dal presupposto empirico – asserito ma, come si vedrà meglio oltre, indimostrato – che il mercato della prostituzione sia strutturalmente caratterizzato da un *deficit* di libertà e, in generale, da un elevato rischio di compressione

⁴³⁵ V. Capitolo I.

⁴³⁶ Si veda, sul punto, Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018.

⁴³⁷ Libertà sessuale, libertà di iniziativa economica privata e libertà di autodeterminazione.

dei diritti fondamentali della persona che si prostituisce. In particolare, secondo i giudici costituzionali:

«È [...] inconfutabile che, anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede. [...] A ciò si affiancano, peraltro, anche preoccupazioni di tutela delle stesse persone che si prostituiscono – in ipotesi – per effetto di una scelta (almeno inizialmente) libera e consapevole. Ciò in considerazione dei pericoli cui esse si espongono nell'esercizio della loro attività: pericoli connessi al loro ingresso in un circuito dal quale sarà poi difficile uscire volontariamente, stante la facilità con la quale possono divenire oggetto di indebite pressioni e ricatti, nonché ai rischi per l'integrità fisica e la salute, cui esse inevitabilmente vanno incontro nel momento in cui si trovano isolate a contatto con il cliente (pericoli di violenza fisica, di coazioni a subire atti sessuali indesiderati, di contagio conseguente a rapporti sessuali non protetti e via dicendo)»⁴³⁸.

Dunque, ad avviso della Corte costituzionale, la prostituzione si pone in un rapporto problematico con la libertà di autodeterminazione e con altri diritti costituzionali, quali la libertà sessuale e di iniziativa economica nonché l'integrità psico-fisica, sia nel momento dell'ingresso nel mercato (libertà *di* prostituirsi) sia nel momento della permanenza nel mercato (libertà *nella* prostituzione) sia nel momento dell'uscita dal mercato (libertà *dalla* prostituzione). In relazione al primo segmento, cioè l'ingresso nel mercato, i giudici costituzionali muovono da una considerazione puramente empirica: nella «larghissima maggioranza dei casi» la decisione di entrare nel mercato prostitutivo non può dirsi frutto di una scelta autodeterminata, ma, al contrario, essa sarebbe il risultato di condizioni di privazione economica, sociale, culturale o morale. Il segmento della permanenza del mercato sarebbe invece caratterizzato da pericoli per l'integrità psico-fisica e la salute (violenze fisiche, sessuali e trasmissione di malattie). Anche il terzo segmento, quello dell'uscita dal mercato prostitutivo, presenterebbe rischi in termini di libertà nella misura

⁴³⁸ Corte cost., sent. n. 141/2019, § 6.1. cons. dir.

in cui, sempre secondo rilevazioni empiriche, si caratterizzerebbe per la presenza di «indebite pressioni e ricatti».

In virtù di queste considerazioni, ad avviso della Corte costituzionale la persona che si prostituisce si troverebbe virtualmente sempre in una condizione di vulnerabilità per effetto dei condizionamenti che strutturalmente caratterizzano il mercato della prostituzione (anche volontaria)⁴³⁹. Si tratta, a ben vedere, di una vulnerabilità che rileva tanto sotto il profilo spazio-temporale (perché è presente in tutte le fasi dell'attività economica: ingresso, permanenza e uscita dal mercato) quanto sotto il profilo soggettivo dei rapporti economici instaurati dalla persona che si prostituisce. Questi rapporti, nello specifico, coinvolgono due diverse tipologie di soggetti: i clienti e i terzi intermediari. Quanto ai primi, nonostante la liceità del rapporto prostitutivo⁴⁴⁰, nel ragionamento della Corte il rapporto prostituta-cliente espone la persona che si prostituisce a forme di pericolo per la salute, nonché di coercizione fisica e di vera e propria violenza sessuale. Si tratta, in questi casi, di compressioni della libertà e dei diritti fondamentali che incidono essenzialmente nel segmento della permanenza nel mercato prostitutivo. Rispetto ai terzi intermediari, invece, le limitazioni dell'autodeterminazione della prostituta possono astrattamente riguardare tutti e tre i segmenti dell'attività e, secondo la Corte, il rapporto prostituta-terzi di regola espone la persona che si prostituisce a condizionamenti fisici e morali. Come si è già visto, è proprio su questi rapporti che incide la legge Merlin nella misura in cui criminalizza le condotte parallele.

In sostanza, dunque, secondo la Corte costituzionale la prostituzione, anche volontaria, non è un'attività economica come le altre perché, esponendo la persona che si prostituisce al rischio di una seria compromissione dei diritti fondamentali (libertà di autodeterminazione, libertà sessuale, salute, integrità fisica), la rende un soggetto vulnerabile nei rapporti economici instaurati con i clienti e con i terzi intermediari. A questo punto, risulta consequenziale l'affermazione per cui le incriminazioni contenute nella legge Merlin (ivi compresa la scelta, a monte, di non punire il cliente ma soltanto i terzi intermediari che pongono in essere le condotte parallele) trova una giustificazione costituzionale nell'ottica di proteggere i diritti fondamentali delle persone che si

⁴³⁹ Corte cost., sent. n. 141/2019, § 7.3. cons. dir., secondo cui «le incriminazioni oggetto dell'odierno scrutinio si rivelano, comunque sia, conciliabili con il principio di offensività "in astratto" ove riguardate nell'ottica della protezione dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta, nei termini già illustrati: ottica nella quale esse risultano rispettose dei canoni indicati dalla giurisprudenza di questa Corte, appena sopra ricordati».

⁴⁴⁰ V. sul punto Capitolo I.

prostituiscono⁴⁴¹. Ora, ciò che interessa sottolineare in questa sede è che la Corte costituzionale fonda il riconoscimento di questa condizione di intrinseca vulnerabilità su un quadro puramente empirico.

Questo stato di cose si espone però all'ineludibile esigenza di sottoporre ad uno scrutinio di verificabilità i postulati empirici su cui si fonda il ragionamento dei giudici costituzionali. A fronte, infatti, delle ricostruzioni diametralmente opposte prospettate dai giudici *a quibus* – che, è bene ricordarlo, partono dal presupposto che la prostituzione volontaria non presenti rischi strutturali per l'autodeterminazione e i diritti fondamentali della prostituta, ma anzi ne sarebbe un'estrinsecazione positiva –, è necessario chiedersi se i presupposti da cui muove la Corte trovino un effettivo ancoraggio nella realtà fenomenologica della prostituzione. Questa indagine è un passaggio necessario non soltanto perché sottopone ad uno *stress test* il cuore del ragionamento della Corte, ma anche perché prepara l'analisi rispetto al secondo quesito cui si vuole dare risposta in questo capitolo, e cioè se, ed in che misura, vi sia uno spazio per riconoscere un rapporto di simpatia tra prostituzione e libertà. Questo secondo quesito deriva logicamente dal primo perché è collegato alla natura relativa della presunzione di vulnerabilità⁴⁴². In altri termini, nei paragrafi che seguono ci si chiederà (i) quale sia il fondamento della presunzione di vulnerabilità (a fronte del silenzio della Corte costituzionale sul punto) e (ii) se, ed in che termini, tale presunzione possa essere superata (dato il suo carattere relativo).

2.2. La presunzione di vulnerabilità: dal suo fondamento al suo superamento

La posizione della Corte è stata oggetto di critica da parte della dottrina. Si è evidenziato, infatti, che il ricorso ad una nozione oggettiva di dignità e il riconoscimento di una presunzione di vulnerabilità della persona che decide, anche autonomamente, di prostituirsi sembrano essere espressione di un paternalismo penale di tipo forte⁴⁴³. In

⁴⁴¹ Corte cost., sent. n. 141/2019, § 7.3. cons. dir.

⁴⁴² V. sul punto Capitolo II.

⁴⁴³ Il paternalismo forte (*hard paternalism*) è caratterizzato dall'intervento normativo persino nei casi in cui la volontà e il consenso del soggetto si siano formati in piena autonomia e consapevolezza. Si ha, invece, paternalismo debole quando la norma interviene per proteggere la persona nei casi in cui la sua volontà o il suo consenso non siano effettivamente autonomi. In particolare, secondo Feinberg, «soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct [...] when but only when that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not» (v. JOEL FEINBERG, *Harm to Self*, in *The Moral Limits of the Criminal law*, vol. III, Oxford, Oxford University Press, 1986, p.12). Si tratta, dunque, di un paternalismo funzionale

sostanza, poiché la Corte reputa la scelta di prostituirsi strutturalmente pericolosa, essa conclude che la persona sia in realtà incapace di autodeterminarsi e dunque bisognosa di una protezione anche da sé stessa⁴⁴⁴. In effetti, il lessico della pronuncia costituzionale è tanto chiaro quanto *tranchant*: la prostituzione è inquadrata come una vera e propria «scelta di vita»⁴⁴⁵ per la quale occorre superare una «naturale riluttanza»⁴⁴⁶. Come si è visto nel paragrafo precedente, queste affermazioni poggiano su presupposti empirici che, secondo una parte della dottrina, sono «luoghi comuni più che verità evidenti»⁴⁴⁷. Ora, è vero che la Corte non dà conto di dati statistici e procede per approssimazioni secondo lo *standard* dell'*id quod plerumque accidit*, ma proprio per questo è necessaria un'indagine sul fondamento di questa costruzione. A parer di chi scrive, nonostante la Corte non giustifichi i postulati empirici sulla cui base presume una condizione di vulnerabilità in colui o colei che si prostituisce, questi risultano suffragati sia da un punto di vista statistico che da un punto di vista sociologico.

Per quanto riguarda il fondamento statistico, si è visto nel primo capitolo di questo lavoro che quello prostitutivo è effettivamente un mercato strutturalmente connotato da significative disuguaglianze di genere, provenienza etnica o nazionale e condizioni personali e sociali⁴⁴⁸. Per quanto riguarda il genere, se da un lato la maggioranza dell'offerta è femminile o femminilizzata, la maggioranza della domanda è di provenienza maschile. Si rammenti, inoltre, che in Italia la prostituzione femminile,

all'effettività della formazione della volontà del soggetto che intende porre in essere condotte autodistruttive. A questo proposito, parla di *paternalismo tutorio* ALESSANDRO SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 1210 ss.

⁴⁴⁴ *Ex multis*, FRANCESCA RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso su mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, op. cit., p. 242, la quale riassume la posizione della Corte affermando che «le prostitute [...] sono donne e le donne sono deboli, o, per meglio dire, le donne in quanto soggetti deboli e vulnerabili possono cadere con facilità nella trappola della prostituzione, e per questo vanno protette e tutelate indipendentemente dal fatto che affermino la volontarietà della propria scelta». Conseguenzialmente, l'Autrice si chiede «se la Corte avrebbe assunto lo stesso atteggiamento moralistico-paternalistico nel caso in cui la maggioranza dell'universo della prostituzione fosse stata costituita da appartenenti al genere maschile». Sul punto si vedano anche ROBERTO BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (a margine della sentenza 141/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 novembre 2019, pp. 6-7; PIER FRANCESCO BRESCIANI, *La protezione dei deboli e vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato*, op. cit., p. 111.

⁴⁴⁵ Corte cost., sent. n. 141/2019, § 6.1. cons. dir.

⁴⁴⁶ Corte cost., sent. n. 141/2019, § 6.1. cons. dir.

⁴⁴⁷ ROBERTO BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (a margine della sentenza 141/2019)*, op. cit., p. 10. Nello stesso senso si veda MARTA PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, op. cit.

⁴⁴⁸ GIORGIA SERUGHETTI, *Uomini che pagano le donne*, op. cit., p. 33.

sebbene sia ancora statisticamente prevalente in termini assoluti⁴⁴⁹, è in costante diminuzione⁴⁵⁰. La prostituzione transessuale (femminile), invece, presenta un incremento in termini relativi⁴⁵¹. Quanto alla prostituzione maschile, non vi sono dati sufficientemente univoci⁴⁵². Per quanto riguarda invece le disuguaglianze sociali, si ricordi che larga parte dell'offerta, sia in Italia che nel resto dell'Europa occidentale, è costituita da persone non autoctone provenienti dalle aree più svantaggiate del mondo. In questi casi, il progetto migratorio individuale è esposto, non di rado, all'intermediazione della criminalità organizzata sotto forma di traffico e tratta di esseri umani⁴⁵³. Ad esempio, si stima che in alcune città italiane circa il 90% della prostituzione su strada sia offerta da donne straniere⁴⁵⁴ e che l'80% di queste siano vittime di tratta⁴⁵⁵. Dunque, sebbene la sentenza 141/2019 non richiami espressamente questi dati, essi contestualizzano e giustificano l'esigenza avvertita dalla Corte costituzionale di riconoscere come problematico il rapporto tra mercato della prostituzione, da un lato, e libertà e diritti delle persone che ivi offrono prestazioni sessuali, dall'altro.

La posizione della Corte risulta suffragata anche sotto il profilo sociologico. Secondo una rilevante opinione dottrinale, infatti, la divisione sessuale del lavoro e il conseguente differente accesso di uomini e donne alle risorse economiche implica *a fortiori* che la sessualità «si configuri non come uno scambio *reciproco* [...], ma come uno *scambio asimmetrico*»⁴⁵⁶, in cui la prestazione sessuale è fornita dalle donne e il compenso, sotto le più svariate forme – dal regalo al denaro, dall'avanzamento di carriera allo *status*

⁴⁴⁹ Parlamento europeo, *Relazione su sfruttamento sessuale e prostituzione, e sulle loro conseguenze per la parità di genere*, 3 febbraio 2014, disponibile al seguente sito web: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2014-0071_IT.html (visitato da ultimo il 4 gennaio 2023).

⁴⁵⁰ MARZIO BARBAGLI, *Comprare piacere. Sessualità e amore venale dal Medioevo a oggi*, op. cit., pp. 10-1. Nello stesso senso si veda anche LENA EDLUND, EVELYN KORN, *A Theory of Prostitution*, op. cit., p. 183, secondo cui nel mondo sviluppato la prostituzione ha subito un «declino secolare».

⁴⁵¹ FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit., p. 2.

⁴⁵² Ad esempio, forniscono dati contrastanti FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit. e MARZIO BARBAGLI, *Comprare piacere. Sessualità e amore venale dal Medioevo a oggi*, op. cit..

⁴⁵³ FRANCESCO CARCHEDI *et al.*, *I colori della notte: migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale*, Milano, Franco Angeli, 2000; FRANCESCO CARCHEDI, *Prostituzione migrante e donne trafficate*, Milano, Franco Angeli, 2004.

⁴⁵⁴ ISABELLA MERZAGORA, GUIDO TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, op. cit., p. 640.

⁴⁵⁵ MELISSA FARLEY, KENNETH FRANZBLAU, M. ALEXIS KENNEDY, *Online Prostitution and Trafficking*, in *Albany Law Review*, n. 3, 2013, p. 1042.

⁴⁵⁶ PAOLA TABET, *La grande beffa. Sessualità delle donne e scambio sesso-economico*, op. cit., p. 153 (corsivo originale). Sul punto si veda anche ALICE RISTROPH, *Sexual Punishments*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, n. 15, 2006, p. 148, secondo cui «sexual differentiation is a way of organizing inequality».

sociale –, è elargito dagli uomini⁴⁵⁷. Secondo questa dottrina, dunque, la prostituzione rientra nel più ampio campo degli scambi sesso-economici, intendendosi con tale espressione tutte quelle «forme di sessualità basate su compenso»⁴⁵⁸. In questo senso, peraltro, la prostituzione esprime un tipo di relazione sociale e di genere che non ha confini chiari rispetto ad altre forme di scambio-sesso economico socialmente accettate (come ad esempio il matrimonio), ponendovisi in linea di continuità⁴⁵⁹.

L'idea che gli scambi sesso-economici (ivi compresa la prostituzione) siano un prodotto naturale delle disuguaglianze economiche, sociali e di genere trova conferma anche nell'ambito del c.d. sesso carcerario: nei contesti concentrazionari, dove vige un esasperato modello di mascolinità eterosessuale e la violenza sessuale è una pratica diffusa, sovente accade che i detenuti offrano prestazioni sessuali al fine di ottenere le più svariate controprestazioni (dal denaro agli stupefacenti, dall'affetto alla protezione da parte di detenuti gerarchicamente superiori)⁴⁶⁰.

Alla luce di questi rilievi, è possibile affermare che la prostituzione, anche in un sistema abolizionista – quale quello costruito dalla legge Merlin – rimane un'istituzione sociale prodotta e riprodotta dalle disuguaglianze sociali, prima fra tutte quelle di genere. In questo senso, allora, si condivide la posizione della Corte costituzionale, nella misura in cui ha presuntivamente riconosciuto una condizione di vulnerabilità della persona che si prostituisce⁴⁶¹. Sotto questo profilo, l'unica critica che si può muovere alla Corte è quella di non aver centrato questa riflessione sulle disuguaglianze di genere e dunque quella di non aver inquadrato la prostituzione come problema, innanzitutto, di genere. In sostanza, la sentenza non è stata sufficientemente coraggiosa da esplicitare quello che le

⁴⁵⁷ PAOLA TABET, *La grande beffa. Sessualità delle donne e scambio sesso-economico*, op. cit., p. 157, secondo cui «la struttura generale di divisione del lavoro e con essa la disuguaglianza di accesso alle risorse fa sì che le donne dipendano dal loro lavoro sessuale e il sesso venga definito come il loro capitale, la loro terra o merce di scambio, sia nelle relazioni matrimoniali e riproduttive [...] sia in relazioni non matrimoniali».

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁵⁹ Già Marx ed Engels notavano la complementarietà tra il matrimonio borghese e la prostituzione (KARL MARX, *L'ideologia tedesca*, Roma, Editori Riuniti, 1967; FRIEDRICH ENGELS, *L'origine della famiglia*, 1848). Nello stesso senso si veda, tra le tante, SIMONE DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard, 1949.

⁴⁶⁰ ALICE RISTROPH, *Sexual Punishments*, op. cit., pp. 155-156.

⁴⁶¹ Se questa vulnerabilità non era in discussione nel momento in cui è entrata in vigore la legge Merlin a causa delle penose condizioni di vita delle prostitute nelle case di tolleranza (v. Capitolo I), si è dimostrato che anche a distanza di 65 anni dall'entrata in vigore della legge tale esigenza rimane attuale, nonostante le profondissime trasformazioni che hanno inciso sul fenomeno prostitutivo (dalle migrazioni all'uso delle nuove tecnologie). Se da un lato questo stato di cose può apparire come un fallimento del modello abolizionista, si ritiene in questa sede – come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale – che ciò dimostra invece la perdurante efficacia della legge Merlin.

femministe dicono da sempre, e cioè che la prostituzione è un fenomeno che affonda le sue radici nel patriarcato e che storicamente si tratta di uno strumento di oppressione maschile nei confronti delle donne. Oppressione, questa, che si estrinseca nell'accesso degli uomini al corpo delle donne a fini sessuali. A maggior ragione nel caso che ha dato origine alla sentenza n. 141/2019, dove le *escort* erano effettivamente scambiate tra maschi ed assumevano quindi la veste di un vero e proprio *favore tra uomini* (imprenditori e Presidente del Consiglio dei Ministri)⁴⁶². Orbene, pur non essendo declinato secondo le categorie della riflessione femminista, il cuore del problema – o, per parafrasare la Corte, la “sostanza delle cose” –, ovverosia l'antitesi genetica tra prostituzione e libertà, è ben colta dalla Corte e quindi su questo punto, a parer di chi scrive, le critiche di moralismo e paternalismo non colgono nel segno.

Coglie nel segno, invece, l'obiezione sollevata da autorevole dottrina e incentrata su un *obiter dictum* contenuto tanto nella sentenza 141/2019 quanto nella sentenza 278/2019⁴⁶³. Si tratta, nello specifico, del passaggio – già menzionato nei paragrafi precedenti – secondo cui

«resta d'altra parte ferma, in ogni caso, l'operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta e, dunque, il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva»⁴⁶⁴.

Questa affermazione risulta tanto ovvia quanto problematica. Infatti, *prima facie* sembrerebbe non aggiungere né togliere nulla al ragionamento svolto intorno al rapporto tra prostituzione, libertà e vulnerabilità. Del resto, il principio dell'offensività in concreto, che discende dagli artt. 3, 25 e 27 Cost., si applica a tutti i reati ed è una valutazione che il giudice penale è sempre tenuto a fare⁴⁶⁵. Tuttavia, le cose non sono semplici come sembrano. Infatti, si è già detto che l'espressa salvaguardia dell'offensività in concreto costituisce l'elemento cardine che qualifica la presunzione di vulnerabilità della persona che si prostituisce come relativa. Infatti, se si fosse trattato di una presunzione assoluta,

⁴⁶² V. sul punto Capitolo I. In dottrina sottolinea questo aspetto DANIELA BIFULCO, *Del reclutare escort per un Premier: chi offende cosa? Riflessioni sul rapporto tra diritto e fatto in un affare giudiziario*, op. cit., pp. 437 ss.

⁴⁶³ ROBERTO BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (a margine della sentenza 141/2019)*, op. cit., p. 10. Si veda anche ANDREA DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 giugno 2019, p. 4., che qualifica l'affermazione della Corte come «sibillina».

⁴⁶⁴ Corte cost., sent. n. 141/2019, § 7.3. cons. dir.

⁴⁶⁵ Si vedano, tra le tante, Corte cost., sentt. nn. 250/2010, 109/2016, 360/1995.

il giudice non avrebbe potuto valutare concretamente la condizione soggettiva del caso concreto e la volontarietà della scelta di prostituirsi non avrebbe mai avuto rilevanza nel senso di escludere la punibilità delle condotte parallele. Se questa ricostruzione è corretta, si scontra però con un'altra affermazione contenuta nella sentenza, cioè quella secondo cui

«la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico – risultando, perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale, tramite un accertamento ex post affidato alla giurisdizione penale»⁴⁶⁶.

Il problema, dunque, è che la Corte sembra contraddirsi su questi due piani perché afferma simultaneamente che:

- La presunzione di vulnerabilità è relativa, quindi possono esserci dei casi di prostituzione (evidentemente volontaria) che non pone in pericolo né lede la libertà e i diritti fondamentali della prostituta; in questo caso l'accertamento deve essere fatto in concreto ed è affidato al giudice penale in sede di valutazione dell'offensività delle condotte parallele;
- Questo accertamento – che implica anche necessariamente un'indagine sulla volontarietà di prostituirsi – è di «problematica verifica sul piano processuale, tramite un accertamento ex post affidato alla giurisdizione penale»;
- In ogni caso, la volontarietà della scelta di prostituirsi non è un elemento sufficiente ai fini di questo accertamento perché «le incriminazioni [della legge Merlin] trovano applicazione a prescindere dall'atteggiamento psicologico della persona che si prostituisce e dal suo eventuale pieno consenso al compimento degli atti di meretrizio»⁴⁶⁷.

In sostanza, la Corte impone al giudice penale una valutazione «difficile, ma non impossibile»⁴⁶⁸. Ma che tipo di valutazione è questa? Quali sono i parametri alla stregua dei quali è possibile accertare un rapporto di simpatia tra prostituzione, libertà e diritti fondamentali? Per rispondere a queste domande, lasciate insolte dai giudici

⁴⁶⁶ Corte cost., sent. n. 141/2019, § 6.1. cons. dir.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, § 3.1. cons. dir.

⁴⁶⁸ ROBERTO BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (a margine della sentenza 141/2019)*, op. cit., p. 10.

costituzionali, è necessario fare ricorso alla riflessione prodotta dal femminismo giuridico in tema di prostituzione, libertà e consenso.

3. Prostituzione e libertà nella riflessione femminista: il ruolo del consenso (sessuale)

Sembra a questo punto di essere tornati al principio della questione: che spazio c'è, se c'è, per una compatibilità tra prostituzione e libertà⁴⁶⁹? Se da un lato la Corte ha perentoriamente rigettato l'impianto interpretativo dei giudici *a quibus* – che era fondato su una presunzione di compatibilità nei casi di prostituzione volontaria –, dall'altro lato ha lasciato uno spiraglio attraverso (i) la natura relativa della presunzione di vulnerabilità e (ii) il *test* dell'offensività in concreto affidato al giudice penale. Si tratta allora di capire se questo spiraglio sia una “valvola di sfogo” del sistema abolizionista – e dunque uno strumento per garantire un'interpretazione conforme a Costituzione di tale normativa – oppure se la Corte abbia fatto rientrare dalla finestra quello che ha fatto uscire dalla porta.

Una cosa, tuttavia, è certa: per la Corte (e per la legge) non è sufficiente la volontarietà della prostituzione. In altre parole, non è sufficiente il consenso della persona che si prostituisce per far sì che le condotte parallele non siano penalmente rilevanti. Serve qualcos'altro. E questo qualcos'altro la Corte non dice che cosa sia ma dice il fine a cui si deve tendere: il rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali della persona che offre prestazioni sessuali sul mercato. È allora necessario (i) indagare *funditus* il rapporto tra consenso e prostituzione e (ii) individuare quali siano gli ulteriori elementi necessari al fine di escludere l'offensività in concreto delle condotte parallele. Per rispondere a queste domande appare necessario, sotto il profilo metodologico, ricorrere alle teorie femministe che più hanno elaborato la nozione di *consenso sessuale*.

3.1. La posizione (del femminismo) liberale

In via di prima approssimazione, il perno attorno al quale ruota la teoria liberale della libertà sessuale è il consenso⁴⁷⁰. Questo istituto svolge essenzialmente la funzione di

⁴⁶⁹Si rammentino le parole di ROBERTA TATAFIORE, *Sesso al lavoro*, Milano, il Saggiatore, 2012, p. 194, secondo cui le prostitute «hanno la faccia dell'illibertà perché sono incastrate, lucidamente incastrate, nel perimetro tracciato dall'immaginario, dal simbolico maschile, e hanno la faccia dell'amore della libertà perché sono coraggiose, autonome, oppositive rispetto all'ordine simbolico dato».

⁴⁷⁰ Così, in termini generali, MICHELA MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, Paris, PUF, 2006, p. 47.

discriminare i rapporti sessuali leciti dai rapporti sessuali illeciti⁴⁷¹. Sicché, laddove vi sia il consenso di tutte le parti, il rapporto sessuale è tendenzialmente lecito; laddove non vi sia l'unanime consenso, il rapporto è tendenzialmente criminalizzato nelle forme tipiche della violenza sessuale e degli altri reati sessuali⁴⁷².

Ora, per quanto questo postulato possa sembrare intuitivo e condivisibile, occorre porre l'accento sul fatto che secondo la posizione liberale il consenso è l'*unico* parametro alla stregua del quale verificare la liceità di un atto sessuale e quindi, a monte, si tratta dell'unico istituto rilevante ai fini dell'accertamento della libertà sessuale, in quanto espressivo della volontà individuale. In altri termini, per la concezione liberale il consenso non soltanto è necessario, ma è anche sufficiente a legittimare un atto sessuale in quanto frutto di una scelta autodeterminata. Pertanto, nella misura in cui il consenso delle parti non sussiste o non è valido, qualsiasi atto sessuale posto in essere risulta illecito⁴⁷³. Specularmente, nei casi in cui il consenso sussiste ed è valido, qualsiasi atto sessuale è da ritenersi pienamente lecito. Di conseguenza, lo Stato è legittimato a regolare, ed eventualmente a punire, soltanto gli atti sessuali posti in essere in assenza di consenso (o in presenza di un consenso invalido). Dunque, se da un lato la tutela della libertà sessuale negativa postula, e dunque legittima, l'esigenza di un intervento statale, dall'altro lato la tutela della libertà sessuale positiva richiede che lo Stato si astenga dalla regolazione degli atti sessuali consensuali⁴⁷⁴. Sulla base di queste premesse, i teorici del pensiero liberale sostengono la deregolamentazione – e, *a fortiori*, la depenalizzazione –, ad esempio, della pornografia, della contraccezione, dell'aborto e del matrimonio omosessuale⁴⁷⁵. Per

⁴⁷¹ Per una ricostruzione storica del consenso nel pensiero politico e giuridico occidentale si veda DAVID JOHNSTON, *The History of Consent in Western Thought*, in FRANKLIN G. MILLER, ALAN WERTHEIMER (eds.), *The Ethics of Consent*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 25 ss.

⁴⁷² Le fattispecie incriminatrici che rilevano sotto questo profilo possono essere molte: alcuni ordinamenti distinguono tra stupro, violenza sessuale e molestie sessuali. Si ricordi che l'ordinamento italiano, invece, dopo la riforma dei reati sessuali del 1996, ha adottato una nozione unitaria di violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.).

⁴⁷³ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al *marital rape*, oppure ai rapporti sessuali con persone in condizioni di inferiorità psichica.

⁴⁷⁴ FRANCESCO PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, op. cit., p. 237.

⁴⁷⁵ Come è stato efficacemente detto in dottrina, «consensual sex, perhaps quintessentially for contemporary liberal legalists, wherever it happens, and whatever its form, and whatever the motivation—whether it be in cars, in bordellos, or on screen sets; whether it be between persons of the same sex, opposite sex, or no discernible sex; whether it be anal, oral, vaginal, missionary, marital, nonmarital, vanilla, nonvanilla, sadomasochistic, or something other; whether it be for pleasure, for reproduction, for money, for status, for friendship, or for the approval of one's peers—should be deregulated» (ROBIN WEST, *Sex, Law and Consent*, in FRANKLIN G. MILLER, ALAN WERTHEIMER (eds.), *The Ethics of Consent*, op. cit., p. 222).

quanto riguarda le politiche in materia di prostituzione, si tende a difendere modelli neo-regolamentaristi oppure politiche di depenalizzazione.

Il paradigma liberale non è, evidentemente, monolitico. In sintesi, si possono distinguere quattro principali linee argomentative:

1. Posizione classica: poiché la sessualità è una parte ineludibile della concezione individuale della “buona vita” e poiché attraverso il consenso l’individuo esprime la propria *agency* sessuale, un intervento statale che limiti la sessualità consensuale lederebbe l’autonomia individuale (*harm principle*)⁴⁷⁶;
2. *Libertarian legal theory*: la criminalizzazione di atti sessuali consensuali sarebbe da un lato inutile (visto che si tratterebbe essenzialmente di cc.dd. *victimless crimes*) e, dall’altro, paternalistico e dunque incompatibile con l’autonomia individuale⁴⁷⁷.
3. Analisi economica del diritto: in presenza del valido consenso delle parti, qualsiasi transazione – ivi compresi, evidentemente, gli scambi sesso-economici – ne accresce il benessere, sicché le parti si trovano in una posizione economica più vantaggiosa rispetto alla situazione antecedente la transazione stessa (efficienza paretiana)⁴⁷⁸.
4. Femminismo liberale: la valorizzazione del consenso come elemento necessario e sufficiente a legittimare le scelte individuali nel campo della libertà sessuale è uno strumento di emancipazione femminile perché riconosce uno *equal standing* alle donne e dunque afferma il valore della sessualità femminile⁴⁷⁹. Questa

⁴⁷⁶ Si veda, sul punto, il celebre passo di John Stuart Mill, secondo cui «the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise, or even right [...]. The only part of the conduct of anyone, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign» (JOHN STUART MILL, *On Liberty*, London, 1984, p. 78).

⁴⁷⁷ *Ex multis*, ALBERTO CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 96 ss. Per una teorizzazione sotto il profilo della teoria politica si veda ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic books, 1974.

⁴⁷⁸ RICHARD POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, pp. 384 ss.

⁴⁷⁹ Così anche LEONARDO NEPI, *Violenza sessuale e soggettività sessuata*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 65.

impostazione concepisce la prostituzione come un lavoro come gli altri⁴⁸⁰ e in tal senso giustifica politiche neo-regolamentariste o di depenalizzazione.

3.2. *La posizione del femminismo radicale*

Al contrario delle elaborazioni liberali, il postulato fondamentale delle teorie femministe radicali è che il consenso – in quanto strumento espressivo e dispositivo della volontà – non sia efficace nel discriminare un rapporto sessuale libero (nel senso di essere frutto dell'autonomia individuale) da un rapporto sessuale coercitivo⁴⁸¹ perché, invece che smascherare gli esistenti rapporti di potere e di dominio tra uomini e donne, li legittima⁴⁸². Infatti, nella misura in cui l'intervento statale è limitato alla tutela della dimensione negativa della libertà sessuale, questo stato di cose penalizza le donne perché dà per scontato uno spazio di *agency* che le donne semplicemente non hanno, essendo soggette alla dominazione maschile. La critica non si rivolge soltanto allo Stato (e alla legittimazione del suo intervento regolativo e punitivo), ma anche alla concezione liberale di autodeterminazione sessuale. Si tratta, a ben vedere, di un'autodeterminazione fittizia, alla luce del fatto che tra i dispositivi più importanti del patriarcato vi sono proprio la pornografia⁴⁸³ e la prostituzione⁴⁸⁴. Attraverso questi dispositivi di oppressione, la sessualità femminile viene costantemente repressa, violata, controllata, colonizzata⁴⁸⁵ e, in ultima analisi, funzionalizzata e asservita agli interessi della dominazione maschile⁴⁸⁶, che erotizza la gerarchia di genere⁴⁸⁷. In sostanza, i rapporti eterosessuali sono il luogo per eccellenza dell'alienazione femminile⁴⁸⁸ e dunque il consenso non solo risulta

⁴⁸⁰ MARTHA C. NUSSBAUM, *"Whether From Reason or Prejudice": Taking Money for Bodily Services*, op. cit., pp. 693 ss.

⁴⁸¹ Così ROBIN WEST, *Sex, Law and Consent*, op. cit., p. 225.

⁴⁸² CATHARINE MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, op. cit., p. 149, secondo cui «women cope with objectification through trying to meet the male standard, and measure their self-worth by the degree to which they succeed». Secondo l'Autrice, quindi, il consenso altro non sarebbe che un *coping-mechanism* il quale, mediante la negazione della violenza, rassicura le donne facendo loro avere la percezione che quella determinata relazione sessuale sia stata abbiano scelta da loro e che sia la normalità.

⁴⁸³ *Ibid.*, pp. 195 ss.

⁴⁸⁴ ANDREA DWORKIN, *Prostitution and Male Supremacy*, op. cit., pp. 1 ss.; CAROLE PATEMAN, *The Sexual Contract*, op. cit., pp. 189 ss.

⁴⁸⁵ Si riprende qui l'espressione utilizzata a proposito della maternità da MARTHA A. FINEMAN, *Images of Mothers in Poverty Discourses*, in *Duke Law Journal*, n. 2, 1991, pp. 274 ss.

⁴⁸⁶ ADRIENNE RICH, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Experience*, in ADRIENNE RICH, *Blood, Bread and Poetry*, New York, W. W. Norton, 1986, pp. 23 ss.

⁴⁸⁷ CATHARINE MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, op. cit., pp. 171 ss.

⁴⁸⁸ MARIA ROSARIA MARELLA, *«Break On Through To The Other Side»: appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4, 2000 p. 757.

insufficiente a garantire che le scelte delle donne nel campo (etero)sessuale siano libere, ma è proprio uno degli strumenti che perpetuano la dominazione maschile dando alle donne l'illusione della libertà⁴⁸⁹. In sostanza, secondo la posizione radicale, in una società in cui le donne sono subalterne, la possibilità di effettuare scelte autodeterminate è del tutto illusoria, quando non addirittura ontologicamente inconfigurabile⁴⁹⁰.

Quanto alla prostituzione, l'impostazione del femminismo radicale porta ad affermare che: (i) la prostituzione non è un lavoro come gli altri ma un modo per perpetuare la subalternità femminile; (ii) la prostituzione è una forma di violenza sessuale; (iii) in punto di *policy*, si milita in favore di un regime neo-abolizionista o proibizionista. Secondo questa impostazione, dunque, la persona che si prostituisce è sempre vulnerabile (presunzione assoluta).

3.3.Critica alla posizione liberale e radicale

Il paradigma liberale si fonda su una concezione puramente proprietaria e solipsistica dell'autodeterminazione, che presuppone un individuo razionale e indipendente dal contesto materiale, relazionale ed emotivo in cui si sviluppa⁴⁹¹. Un soggetto astratto,

⁴⁸⁹ Interessanti sul punto sono le osservazioni di MANON GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, Einaudi, 2022, p. 131, che prende come esempio il campo dei rapporti BDSM per notare come, «se nel BDSM le donne sono in larga maggioranza sottomesse e gli uomini prevalentemente in posizione di dominatori, sembra difficile pensare che il BDSM possa permettere di capovolgere i rapporti di potere esistenti nelle interazioni eterosessuali».

⁴⁹⁰ Le teorie del femminismo radicale sono state profondamente influenzate dal marxismo nella misura in cui il postulato di base è che la prostituzione altro non sia che una forma di schiavitù. La donna-prostituta, infatti, è allo stesso tempo produttrice (della forza-lavoro) e prodotto in quanto la merce di scambio (ovverosia ciò che nel primo capitolo di questo lavoro si è chiamata *prestazione sessuale*) coincide con il suo corpo. L'elemento economico è allora il fattore che, lungi dal rappresentare uno strumento di *empowerment*, consacra l'annichilimento fisico e psichico della prostituta. Sul punto si vedano, *inter alia*, KATHLEEN BARRY, *The Prostitution of Sexuality*, New York, NYU Press, 1995 e CATHARINE MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, op. cit.).

⁴⁹¹ MARTHA A. FINEMAN, *Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy and Self-Sufficiency*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, n. 8, 2000, p. 18, secondo cui «it is puzzling, as well as paradoxical, that the term dependency has such negative connotations. Its very existence prompts and justifies mean spirited and ill-conceived political responses, such as the recent welfare "reform". Far from being pathological, avoidable, and the result of individual failings, dependency is a universal and inevitable part of the human development. It is inherent in the human condition». Accanto a questa dipendenza inevitabile e universale l'Autrice identifica una dipendenza c.d. derivativa. Si tratta, nello specifico, della dipendenza – che non è più relazionale ma economica e lavorativa – che grava sulla persona che si assume una responsabilità di cura (tipicamente le donne) nei confronti dei soggetti inevitabilmente dipendente (tipicamente fanciulli e anziani). La dipendenza derivativa non è né universale (perché alcuni soggetti – tipicamente gli uomini) sfuggono agli obblighi di cura né inevitabile (perché è un prodotto culturale). Sottolinea il carattere c.d. originario della dipendenza anche MICHELA MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, op. cit., p. 72, secondo cui «il ne faudrait d'ailleurs pas oublier que l'expérience de la dépendance est, pour l'homme, toujours première par rapport à celle de la liberté. [...] La venue au monde de l'être humain est caractérisée par la dépendance».

disincarnato e asessuato, che però non solo non esiste⁴⁹², ma comporta di fatto l'obliterazione dei rapporti di potere, nonché l'ecceZIONalizzAZIONE e la patologizzazione delle differenze⁴⁹³. In questo senso, nella misura in cui si contesta la validità delle premesse teoriche liberali, la critica radicale coglie nel segno. In ultima analisi, quello liberale altro non è che un *consenso magico*: se l'unico discrimine tra sesso lecito e sesso illecito (e dunque tra sesso libero e sesso coercitivo) è la presenza formale di un sì o di un no al rapporto, questo consenso è più vicino a una formula magica che non all'espressione di una reale capacità autodeterminativa.

È chiara, allora, l'esigenza di concettualizzare la persona umana e la libertà di autodeterminazione – ivi inclusa quella sessuale –, calando il soggetto nella concretezza delle sue opzioni esistenziali. In altri termini, la libertà di scelta si esplica nel contesto storico, ideologico, sociale, economico, emotivo e relazionale dell'individuo⁴⁹⁴. Si tratta di fattori che, tanto sul piano pratico quanto su quello simbolico, inevitabilmente informano l'autonomia personale e che, pertanto, meritano di essere valorizzati nel discorso sull'autodeterminazione sessuale. Inoltre, adottare una nozione olistica di libertà sessuale impone di ripensare il ruolo dello Stato, abbandonando la concezione liberale dello Stato minimo. In questa ottica, allora, la dicotomia libertà negativa/libertà positiva inizia ad incrinarsi perché è chiaro che lo Stato, con i suoi poteri regolatori e redistributivi, non può limitarsi alla tutela della libertà sessuale negativa.

Il limite del femminismo liberale è che si fonda sull'assunto che la prostituzione sia un lavoro come gli altri. A parer di chi scrive, è vero che molti lavori e professioni richiedono uno sfruttamento del proprio corpo (cantante, operaio alla catena di montaggio) ed è parimenti vero che il lavoro sessuale può richiedere competenze qualificate⁴⁹⁵. Tuttavia, ciò che il femminismo liberale sembra dimenticare è che la libertà di autodeterminazione sessuale si pone in uno stretto rapporto con l'identità individuale⁴⁹⁶. Alienare una porzione – temporalmente e spazialmente limitata – della

⁴⁹² OMBRETTA DI GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale*, op. cit., pp. 13 ss.

⁴⁹³ TAMAR PITCH, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 153 ss.

⁴⁹⁴ MICHELA MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, op. cit., p. 35, secondo cui «toute décision qu'on prend se définit certes en fonction de préférences qu'on peut avoir, mais ces mêmes préférences sont souvent influencées par le contexte auquel on appartient et par les pressions auxquelles on est soumis».

⁴⁹⁵ Il riferimento è a MARTHA C. NUSSBAUM, *"Whether From Reason or Prejudice": Taking Money for Bodily Services*, op. cit., pp. 693 ss. *Contra*: LENA EDLUND, EVELYN KORN, *A Theory of Prostitution*, op. cit., p. 183.

⁴⁹⁶ Si rammenti la definizione di prostituzione proposta nel primo capitolo, la quale fa leva proprio sulla connessione tra prestazione sessuale e soggettività.

propria sessualità implica necessariamente mettere a disposizione del cliente la propria soggettività. In una parola, la propria umanità. L'idea sottesa a questa posizione è che vi sia una connessione inestricabile tra sessualità e coscienza, che trova sponda nella psicanalisi e nella sessuologia. Si tratta di una connessione talmente stretta da arrivare quasi a confondere i due termini dell'equazione. Con ciò non si vuole cadere nella trappola essenzialista di identificare, ancora una volta, le donne con il proprio corpo e con la propria sessualità. Al contrario, ciò che si difende in questa sede è una concezione positiva della sessualità. Una concezione che presuppone che la sessualità sia tra i più importanti strumenti di affermazione della persona umana⁴⁹⁷. In questo senso, allora, il paragone tra l'oggetto del contratto prostitutivo e l'oggetto del contratto di lavoro (ovverosia la libertà personale che ogni lavoratore (subordinato) cede al datore di lavoro) non tiene.

Il paradigma radicale è ugualmente insoddisfacente nella misura in cui nega in assoluto la possibilità che si possa scegliere di prostituirsi (da cui discende una presunzione assoluta di vulnerabilità della persona che si prostituisce). Questo assunto è smentito tanto dalla teoria⁴⁹⁸ quanto dalla prassi. Si fa riferimento, in particolare, ai movimenti dei *sex worker*, che rivendicano sia la scelta di prostituirsi sia l'adozione di politiche di depenalizzazione. Anche se si dovesse ritenere – come ritiene la posizione radicale – che la volontà individuale sia effettivamente sempre viziata dalle condizioni esterne e che quindi la scelta di prostituirsi non possa mai dirsi libera, non è desiderabile, né in termini di metodo né in termini di *policy*, che non si riconosca voce e *standing* alle persone che si trovano ad esercitare un lavoro sessuale rivendicandone la piena consapevolezza.

In relazione al metodo, non si può non osservare che la negazione ideale e assoluta di uno spazio di autodeterminazione cade, ancora una volta, nella trappola

⁴⁹⁷ Si rammentino le parole della Corte costituzionale secondo cui poiché «la sessualità [è] uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente 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» (sent. n., 561/1987, § 2 cons. dir.).

⁴⁹⁸ MARIA ROSARIA MARELLA, «*Break On Through To The Other Side*»: appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico, op. cit., p. 758, secondo cui «l'idea di un regime così totalizzante e totalmente razionalizzato è paranoica. Per contro, il femminismo critico ammette che il regime esiste, ma è un regime senza una sua coerenza interna, che non controlla e manovra ogni singolo individuo al suo interno secondo questa logica perfetta». Secondo l'Autrice, anche la lezione di Foucault «impedisce di accogliere come valida una teoria che pretenda di ricostruire ogni espressione della sessualità come a priori già determinata, o contaminata, dal sessismo, precostituita quale strumento del potere maschile, dunque letale per le donne». In sostanza, la critica postmoderna al femminismo radicale è quella di essere essenzialista.

dell'essenzialismo. Il discorso radicale, infatti, costruisce la sua narrazione della soggettività femminile – soprattutto nei rapporti eterosessuali – come soggettività passiva, che si incarna nell'idealtipo della vittima. L'essere vittima diventa, allora, un elemento identitario e definitorio dell'esperienza femminile⁴⁹⁹. In termini di *policy*, la critica radicale non coglie nel segno per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché le lavoratrici sessuali esprimono una domanda di tutela, che va riconosciuta. In secondo luogo, perché il riconoscimento di uno spazio all'autonomia sessuale e al consenso – anche all'interno di un contesto oppressivo – può effettivamente essere, in termini di politica del diritto, uno strumento di emancipazione⁵⁰⁰. In sostanza, dire che la libertà non esiste (e dunque il consenso non è mai valido) perché si vive in un sistema oppressivo di tipo patriarcale vorrebbe dire obliterare anche quel poco di *agency* che è presente. In questo senso, l'impostazione liberale non è da rigettare *in toto* perché se è vero che il genere – così come, ad esempio, la razza, la classe sociale, la cittadinanza e la famiglia – *costituisce* la soggettività, è anche vero che l'individuo non si risolve interamente in queste categorie⁵⁰¹. In altri termini, la persona umana è *qualcosa in più* della somma di questi marcatori socio-culturali ed è proprio dentro questo *qualcosa in più* che si annidano l'autonomia individuale e il desiderio⁵⁰². Certo, vi è una dialettica tra queste espressioni nucleari della personalità (autonomia e desiderio) e i marcatori socio-culturali che la costituiscono, ma è proprio in questo senso che l'obliterazione teoretica dell'autonomia espressa dal femminismo radicale annichilisce la soggettività umana.

Per capire quanto sia fuori fuoco la posizione radicale può essere utile fare un paragone con il sesso carcerario⁵⁰³. In altri termini, per rispondere alla domanda se sia ontologicamente possibile scegliere di prostituirsi, si ritiene utile astrarci dalla prostituzione e traslare la questione in carcere. L'analogia tra sesso carcerario e sesso mercenario si giustifica perché: (i) entrambi i fenomeni sono connotati da forti asimmetrie

⁴⁹⁹ In termini analoghi, si veda ELISA CUTER, *Ripartire dal desiderio*, Roma, Minimum fax, 2020, p. 109.

⁵⁰⁰ KATHERINE M. FRANKE, *Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law and Desire*, in *Columbia Law Review*, n. 1, 2001, pp. 181 ss.

⁵⁰¹ TAMARA TENENBAUM, *La fine dell'amore. Amare e scopare nel XXI secolo*, Roma, Fandango, 2022, p. 27.

⁵⁰² Il concetto di desiderio sarà elaborato *infra*.

⁵⁰³ Condivide la stessa metodologia ALAN WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, in FRANKLIN G. MILLER, ALAN WERTHEIMER (eds), *The Ethics of Consent*, op. cit., p. 214 (anche se in questo caso il paragone non è con il sesso carcerario ma con il consenso informato in relazione ai trattamenti sanitari e ai contratti).

e sono inseriti in contesti oppressivi⁵⁰⁴; (ii) entrambi i fenomeni hanno alla base un'idea tipicamente eterosessuale dei rapporti tra i generi; (iii) in carcere sono molto diffusi gli scambi sesso-economici (non solo è diffusa la violenza sessuale, ma ci sono istanze di sesso consensuale e non reciproco perché subordinato a compensi di varia natura).

Orbene, di fronte al sesso carcerario si potrebbe certamente sostenere l'idea che «all prison sex is rape»⁵⁰⁵ e che dunque non possano esistere rapporti consensuali in carcere (che equivale a dire che ontologicamente non esiste la libertà sessuale). Sarebbe tuttavia una posizione non soltanto semplicistica, ma addirittura dannosa nella misura in cui si finirebbe per negare al detenuto il riconoscimento di uno spazio di *agency*, che è tanto più prezioso sol che si consideri che esso è l'ultimo baluardo che lo separa dall'essere annientato nel corpo e nella mente dal potere punitivo statale⁵⁰⁶. La sfida è quindi (i) innanzitutto riconoscere, sul piano formale, la possibilità ontologica della consensualità (e dunque della libertà) di questo tipo di rapporti; (ii) ma al tempo stesso, sul piano sostanziale, contestualizzarla. Questa contestualizzazione è duplice: occorre non soltanto inserire il singolo rapporto sesso-economico all'interno del particolare contesto carcerario ma anche all'interno della relazione umana tra detenuto offerente e detenuto acquirente. Sarà dunque necessario indagare gli aspetti materiali e non di tale relazione, come ad esempio quale sia l'oggetto della controprestazione (un conto è la droga un altro conto è la protezione), la durata e anche l'intensità emotiva della relazione, la *compliance* delle parti, il comportamento delle parti *ex post*... Soltanto valorizzando questi criteri sarà possibile discriminare uno scambio sesso-economico libero e lecito (perché il consenso, nonostante le condizioni di avversità, è meritevole di essere riconosciuto) da uno scambio sesso-economico coercitivo e illecito, cioè una violenza sessuale (perché il consenso non è meritevole di essere riconosciuto come valido).

In conclusione, se la teoria liberale pecca per difetto (perché ritiene il consenso *necessario e sufficiente* a qualificare in termini di libertà le scelte individuali in materia sessuale), la posizione del femminismo radicale pecca per eccesso (perché nega la

⁵⁰⁴ Così come il carcere è un'istituzione totale (ERVING GOFFMAN, *Asylums*, op. cit.), anche il patriarcato è totalizzante nella misura in cui è *unescapable* e pervasivo (CATHARINE MACKINNON, *Reflections on Sex Equality under Law*, in *Yale Law Journal*, n. 100, 1991, p. 1281).

⁵⁰⁵ ALICE RISTROPH, *Sexual Punishments*, op. cit., pp. 156-157.

⁵⁰⁶ Si ricordi che la Corte costituzionale si è pronunciata in termini simili con riferimento alle condizioni detentive. Si veda, ad esempio, Corte cost., sent. n. 186/2018, § 4.5. cons. dir., secondo cui i detenuti al 41-bis devono poter «conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la [loro] libertà individuale». In senso analogo si vedano anche le sentenze nn. 351/1996, 97/2020 e, da ultimo, 18/2022.

possibilità stessa della libertà sessuale femminile all'interno di una società patriarcale). E allora, è possibile una sintesi, che ci aiuti a delineare non un consenso magico ma un'autentica *cultura del consenso* e, tramite questa, una *cultura della libertà*?

3.4. Una prospettiva realmente emancipativa: l'autonomia relazionale

Nell'ottica di un superamento della concezione liberale e, allo stesso tempo, di valorizzazione – e non di obliterazione – della libertà di autodeterminazione, nell'ambito degli studi di genere si è elaborata la nozione di autonomia relazionale⁵⁰⁷. I postulati di questa particolare concettualizzazione dell'autonomia sono:

1. La soggettività umana è *costituita* (ma non determinata) dalle relazioni con altre persone⁵⁰⁸: «selves become who they are – their identities, their capacities, their desires – through the relationships in which they participate»⁵⁰⁹. In sostanza, l'autonomia è una funzione delle relazioni sociali dell'individuo⁵¹⁰. In punto di libertà sessuale, questo approccio consente di (i) concettualizzare la libertà sessuale tenendo in considerazione la sua natura essenzialmente relazionale e quindi di (ii) valorizzarne gli elementi procedurali.
2. Sono le relazioni interpersonali che permettono all'individuo di avere ed esercitare la propria autonomia, quindi «a person's autonomy can only be understood within the personal relationships and social structures that form an

⁵⁰⁷ Il ripensamento dei postulati del liberalismo classico in un'ottica di valorizzazione delle relazioni umane non è stato una prerogativa esclusiva del femminismo filosofico. Ad esempio, la riflessione portata avanti dalla Scuola di Francoforte sull'importanza del riconoscimento intersoggettivo ha costituito un momento significativo rispetto al definitivo superamento del mito dell'individuo borghese (si veda, in particolare, AXEL HONNETH, *Riconoscimento e disprezzo*, Rubbettino, 1993).

⁵⁰⁸ JENNIFER NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 158 ss.

⁵⁰⁹ MARILYN FRIEDMAN, *Relational Autonomy and Individuality*, in *University of Toronto Law Journal*, n. 2, 2013, p. 328.

⁵¹⁰ Secondo la rilevante dottrina, «muovendo dalla decostruzione del soggetto della filosofia e del diritto moderni, in nome dell'affermazione della “differenza sessuale”, il pensiero femminista approda alla critica dell'autonomia e insiste sull'importanza delle relazioni di cura e sui vincoli di dipendenza nascosti dal paradigma contrattualista della cittadinanza democratica, mettendo l'accento sul carattere interrelato del soggetto» (LUCIA RE, *Introduzione. La vulnerabilità fra etica, politica e diritto*, in MARIA GIULIA BERNARDINI, BRUNELLA CASALINI, ORSETTA GIOLO, LUCIA RE (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, IF Press, 2018, p. 13). Si noti anche che «la psicoanalisi insegna che la vera maturità non è nell'affermazione della propria indipendenza, [...] ma nel riconoscere la propria insufficienza, la propria vulnerabilità, il fatto che senza l'altro noi non siamo niente, senza l'altro noi siamo nulla, e cioè che noi non siamo mai centrati su noi stessi, ma noi siamo sempre in un rapporto di dipendenza nei confronti dell'Altro» (MASSIMO RECALCATI, *Il gioco della vita amorosa*, intervento del 6 giugno 2014 a Cagliari alla VI edizione del Festival 'Leggendo Metropolitano', citato da SILVIA LIPPI, *L'amore antisimmetrico. Dalla suggestione al desiderio*, in ALAIN BADIOU, *Il sesso, l'amore*, Milano-Udine, Mimesis, 2019, p. 75).

agent's desires, beliefs and emotional attitudes»⁵¹¹. Naturalmente, le relazioni interpersonali possono anche essere abusanti e oppressive fino al punto di non permettere il costruirsi dell'autonomia dell'altro. Ed è qui che entra in gioco lo Stato e il suo obbligo (negativo) di proteggere le persone da queste relazioni (es: reato di violenza sessuale, maltrattamenti in famiglia) e quello (positivo) di promuovere relazioni interpersonali che permettano agli agenti di sviluppare il proprio concetto di buona vita. In sostanza, l'autonomia non è tanto un atteggiamento psichico quanto un atteggiamento sociale e, addirittura, corporeo, visto che la relazione con l'altro passa innanzitutto attraverso il corpo⁵¹².

3. Gli individui non sono soltanto esseri razionali, ma anche senzienti, emotivi, creativi e incarnati⁵¹³;
4. I *core values* della vita umana devono essere concepiti tenendo conto della centralità delle relazioni interpersonali;
5. Autonomi non si nasce, lo si diventa (grazie alle relazioni) e quindi questa autonomia è fluida.

Ora, in che modo il concetto di autonomia relazionale può essere rilevante per un'analisi costituzionale della prostituzione? Si ritiene che questo approccio sia utile per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, occorre sottolineare che questo approccio risulta coerente con le indicazioni formulate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 141/2019. Come si è visto in precedenza, infatti, in quella decisione la Corte ha riconosciuto la legittimità costituzionale dei reati di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione in tanto in quanto si accerti un'offensività in concreto delle condotte parallele. Ora, il Giudice delle leggi in quella decisione – poi confermata anche con la sentenza n. 278/2019 –, per un verso, non ha messo in discussione il sostrato teorico tipicamente liberale del nostro

⁵¹¹ JONATHAN HERRING, *Relational Autonomy and Rape*, in SHELLEY DAY-SCLATER, FATEMEH EBTEHAJ, EMILY JACKSON, MARTIN RICHARDS (eds), *Regulating Autonomy. Sex, Reproduction and Family*, Oxford, Hart, 2009, p. 57.

⁵¹² Così anche ELISA OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. "Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?"*, in *Nomos*, n. 2, 2022, p. 7, secondo cui «la libertà femminile reclama piuttosto che il corpo sia concepito e trattato come centro di relazioni e legami affettivi e, specularmente, come fonte di vincoli e responsabilità, in piena corrispondenza peraltro con l'idea costituzionale della libertà». Sul tema si veda anche (LAURA RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 203; LAURA RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2006, p. 4).

⁵¹³ Sul tema del rapporto tra diritto ed emozioni si veda MARTHA C. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, il Mulino, 2004.

ordinamento penale (principio di offensività, principio di legalità), ma, per altro verso, è stata recettiva rispetto alle istanze critiche di questa impostazione, nella misura in cui ha dato rilevanza alle asimmetrie che connotano il rapporto prostituivo, nonché alle vulnerabilità personali di chi entra in quel mercato dal lato dell'offerta⁵¹⁴. La sintesi tra queste posizioni – politico-culturali prima ancora che giuridiche – è allora quella di un paternalismo *soft* e di una presunzione relativa di vulnerabilità, agganciate proprio al *test* dell'offensività in concreto che grava sul giudice di merito. Risulta allora evidente come questa complessa soluzione trovi sponda nella teoria relazionale dell'autonomia: l'indagine sull'offensività in concreto delle condotte parallele alla prostituzione altro non è che un'indagine sull'*an*, sul *quantum* e sul *quomodo* della libertà della persona che si prostituisce. In altri termini, l'offensività in concreto sussiste là dove la scelta di prostituirsi non sia libera ma sia il risultato di condizioni coercitive concrete. Un accertamento di questo tipo impone un'analisi del contesto, anche e soprattutto relazionale, in cui è maturata la scelta. In questo senso, la posizione della Corte costituzionale, pur non avendo esplicitamente adottato una nozione relazionale di libertà sessuale, vi risulta comunque del tutto coerente. Del resto, la nozione di persona accolta dalla Costituzione è eminentemente sociale e pertanto «consente di dare rilevanza alla materialità dei rapporti in cui ciascuno è collocato e alle relazioni sociali che la caratterizzano»⁵¹⁵.

In secondo luogo, milita in favore dell'adozione della prospettiva relazionale anche l'esigenza di fondare un approccio c.d. positivo alla sessualità femminile. Un approccio, in sostanza, che (i) non la concepisca (più) come un *means to an end* – per riprendere il bel lessico kantiano – ma come un fine in sé e (ii) che ne illumini finalmente la fisiologia. In questo senso, la libertà sessuale declinata in senso relazionale diventa – questa sì – un vero strumento di emancipazione. A questo proposito, riconoscere rilevanza al desiderio (su cui si dirà nel prossimo paragrafo) e alle sue forme di manifestazione è il primo passo per una più compiuta teorizzazione giuridica dell'eterosessualità femminile⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Secondo una parte della dottrina, in queste decisioni la Corte costituzionale avrebbe adottato una concezione «complessa» di libertà (ALESSANDRA FACCHI, ORSETTA GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 95).

⁵¹⁵ Così FRANCESCA RESCIGNO, *L'autodeterminazione della persona: il faticoso cammino del diritto positivo*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1, 2018, p. 16. Nello stesso senso veda, *inter alia*, ANTONIO BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁵¹⁶ KATHERINE M. FRANKE, *Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law and Desire*, in *Columbia Law Review*, n. 1, 2001, p. 181, secondo cui «when it comes to sex, [legal feminists] have done a more than

In terzo luogo, l'autonomia relazionale permette di superare l'angusta dicotomia libertà/consenso, arrivando a proporre una nuova concettualizzazione della prostituzione volontaria. Infatti, analizzata attraverso il prisma dell'autonomia relazionale – e dunque orientando il *focus* sul rapporto prostitutivo in quanto relazione intersoggettiva –, la prostituzione altro non è che un'istanza di rapporto sessuale consensuale ma non desiderato (*unwanted consensual sex*). Come si vedrà nel prossimo paragrafo, porre l'accento non soltanto sull'elemento positivo (presenza del consenso) ma anche su quello negativo (assenza di desiderio) permette a sua volta di illuminare alcune conseguenze – anche potenzialmente dannose – della prostituzione volontaria, che la concettualizzazione puramente consensualistica non è riuscita a mettere in evidenza. In questo senso, allora, la prospettiva relazionale può essere funzionale a garantire una maggiore tutela ordinamentale delle persone che si prostituiscono. Ma cosa si intende, nello specifico, per rapporto sessuale consensuale ma non desiderato? E in che termini questa concettualizzazione è rilevante per il lavoro sessuale?

4. La libertà tra consenso e desiderio: una nuova concettualizzazione della prostituzione volontaria

Riassumendo quanto detto fino a questo punto, si può affermare che il consenso sessuale – inteso quale istituto che consente l'esercizio della relativa libertà – presenti un'intrinseca ambiguità: «può [essere] uno strumento essenziale per garantire rapporti sessuali appaganti nei quali ognuno/a è libero/a di scegliere la propria concezione del bene e del piacere, ma può anche rendere possibili, se non addirittura legittimare, rapporti di potere e di dominio che nuocciono alle donne e perpetuano strutture patriarcali»⁵¹⁷. La sfida che qui ci si propone è allora quella di trovare una sintesi che permetta di conservare la potente forza espressiva, in termini di autonomia e autodeterminazione, propria del consenso e, al tempo stesso, di funzionalizzarlo all'emancipazione delle donne, piuttosto che alla conservazione di uno *status quo* patriarcale.

A tal fine, a parer di chi scrive, la nozione relazionale di autonomia consente di tematizzare i rapporti eterosessuali – ivi inclusi quelli prostitutivi – non solo in termini di consenso, ma anche in termini di *desiderio*. Come si cercherà di dimostrare oltre, è

adequate job of theorizing the right to say no, but we have left to others the task of understanding what it might mean to say yes».

⁵¹⁷ MANON GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, op. cit., p. 145.

proprio in relazione al lavoro sessuale che la rilevanza di questa espressione umana può aprire scenari inediti e particolarmente fecondi, anche sul piano della riflessione giuridica. In estrema sintesi, l'ipotesi formulata nei paragrafi che seguono è che (i) desiderio sessuale e consenso sono due concetti distinti ma complementari; (ii) le varie combinazioni di questi termini alterano la struttura del rapporto sessuale, dando luogo a diverse fattispecie giuridicamente rilevanti; (iii) la prostituzione volontaria può essere concettualizzata come un'istanza di *sex consensualis ma non desiderato* e ciò permette di riempire di significato il *test* dell'offensività in concreto delle condotte parallele, lasciato insoluto dalle sentenze della Corte costituzionale in materia (141 e 278/2019).

4.1. Una nuova tassonomia dei rapporti (etero)sessuali: il desiderio entra nell'equazione

Poiché il diritto è sostanzialmente cieco – quando non apertamente ostile⁵¹⁸ – rispetto al concetto di desiderio, si è deciso di darne una sintetica definizione generale traendola dalla filosofia e dalla psicanalisi⁵¹⁹.

Orbene, in via di prima approssimazione, il desiderio «è la presenza di un'assenza»⁵²⁰. Più in particolare, ci si riferisce «alla mancanza dell'oggetto cui è rivolta l'appetizione ed è pensato come il principio che spinge all'azione»⁵²¹. Sul piano strettamente filosofico,

⁵¹⁸ Si pensi all'irrelevanza degli stati emotivi e passionali di cui all'art. 90 c.p. e all'irrelevanza dei motivi nell'ambito tanto del diritto penale quanto del diritto civile.

⁵¹⁹ BRUNO ROMANO, *Il diritto tra desiderio e linguaggio. L'autocoscienza in Hegel e l'inconscio in Lacan*, Roma, Bulzoni, 1989. Si noti, tra l'altro, che la psicanalisi è, a livello metodologico, una scienza su cui le filosofe femministe hanno costruito gran parte delle loro elaborazioni teoriche. Ad esempio, SILVIA VEGETTI FINZI, *Psicoanalisi e femminismo*, in *Lettera internazionale*, n. 2, 1987, pp. 64 ss., afferma che «la psicoanalisi nasce [...] dall'incontro di due figure marginali: la donna e l'ebreo, solidali nel vivere un senso di estraneità e di disagio nei confronti di una civiltà che si celebra come apice del progresso e della storia. Entrambe sono escluse, da secoli, dall'ambito della rappresentanza politica, dalla gestione sociale dei conflitti. Assenti dal teatro del sociale, hanno, in compenso, elaborato una ipertrofia dell'interiorità, una straordinaria animazione dello scenario psichico». Sul punto si veda anche MARIA GRAZIA MINETTI, FRANCESCA MOLFINO, *Psicoanalisi e femminismo: andata e ritorno*, in *Psicoterapia e scienze umane*, n. 1, 2001, pp. 43 ss. Si ritiene dunque che non sia un fuor d'opera richiamare la psicanalisi al fine di delineare un concetto di desiderio che sia rilevante anche per il discorso giuridico.

⁵²⁰ ALEXANDRE KOJÈVE, *Introduzione alla lettura di Hegel*, Milano, Adelphi, 1996, p. 458, il quale si riferisce a GEORG W. F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, Milano, Rusconi, 1995, pp. 261 ss. In effetti, come nota anche Michela Marzano, «il desiderio è il segno stesso della coscienza che ciascuno ha di essere al contempo un "sé" e un vuoto offerto all'incontro con l'altro» (MICHELA MARZANO, *La fine del desiderio. Riflessioni sulla pornografia*, Milano, Mondadori, 2012, pp. 27-28).

⁵²¹ UMBERTO GALIMBERTI, *Nuovo dizionario di Psicologia*, Milano, Feltrinelli, 2018, p. 357. Chiaro è, qui, il riferimento a Spinoza: «la Cupidità è l'essenza stessa dell'uomo, in quanto da una sua qualunque affezione data è concepita come determinata a fare qualche cosa» (BARUCH SPINOZA, *Ethica*, Firenze, Sansoni, 1963, p. 363).

esso è una struttura permanente della soggettività, che illumina «l'intera architettónica delle tendenze di un essere umano nel suo rapporto al mondo»⁵²².

Non è possibile in questa sede dare conto delle diverse ricostruzioni del concetto nella filosofia occidentale⁵²³. Ci si limiterà allora a fornirne un inquadramento antropologico-trascendentale⁵²⁴, che si ritiene compatibile con le finalità di questo lavoro. Coerentemente con queste premesse, si può affermare che il desiderio sia originariamente razionale, teleologicamente e ontologicamente relazionale, libero e fallace.

Dunque, il primo elemento definitorio del desiderio è la *razionalità originaria*. Con questa espressione si intende innanzitutto affermare che il desiderio è un predicato della coscienza, e che quindi si colloca fuori dal campo degli istinti. Ciò non implica, tuttavia, che i desideri (plurale) siano *ipso facto* razionali secondo dei parametri oggettivi. In altri termini, il singolo desiderio ben può essere irrazionale, ma la *capacità di desiderio* è una funzione cosciente e quindi razionale. Il secondo elemento è la *relazionalità teleologica*: il senso del desiderio risulta dal suo oggetto⁵²⁵ e quindi il desiderio mette in relazione, secondo una direzione finalistica, un soggetto attivo *a quo* (chi desidera) con un oggetto passivo *ad quem* (cosa è desiderato). Il terzo predicato del desiderio è la *relazionalità ontologica*: l'oggetto del desiderio, affinché il desiderio venga appagato, rimane altro dal desiderio stesso (e in questo si differenzia dal bisogno e dall'oggetto del bisogno, che è tendenzialmente consumabile). Questa trascendenza è ben compendiata dalla celebre massima lacaniana secondo cui «il desiderio è desiderio dell'Altro»⁵²⁶. La quarta

⁵²² CARMELO VIGNA, PAOLO BETTINESCHI, *Desiderio*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. 1, Milano, Bompiani, 2006, p. 2731. Sul punto si veda anche ALEXANDRE KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, Jaca Book, 1989, pp. 225 ss., secondo cui, riprendendo i fondamenti spinoziani ed hegeliani della filosofia occidentale, il desiderio sarebbe ciò che contraddistingue l'essere umano dagli animali («è il desiderio antropogèno che rende l'uomo l'uomo; è il desiderio antropogèno che, mediante l'azione che l'uomo pone in essere per soddisfarlo, lo fa vivere ed evolvere in quanto essere umano»).

⁵²³ In effetti, il desiderio è stato oggetto di una molteplicità di ricostruzioni teoriche perché il suo «enigma [...] costringe ciascuno a rispondere con giudizi di valore che vanno al di là della sua esistenza personale. E ogni volta vi risultano implicati il senso che si attribuisce alla vita, o una posizione estetica, o un atteggiamento politico» (CAMILLE DUMOULIÉ, *Il desiderio. Storia e analisi di un concetto*, Torino, Einaudi, 2002, p. 14).

⁵²⁴ CARMELO VIGNA, PAOLO BETTINESCHI, *Desiderio*, op. cit., p. 2731.

⁵²⁵ Alcuni autori negano questa caratteristica. Ad esempio, secondo Freud il desiderio è soltanto una pulsione mossa da una sorta di *vis a tergo*. Concetto simile è la volontà di potenza di Nietzsche. In realtà, a parer di chi scrive è più utile concettualizzare il desiderio come una forza in avanti, piuttosto che una spinta da dietro. Ciò porta, peraltro, anche a riconoscere al desiderio una dimensione temporale in senso futuristico (il desiderio mi spinge verso qualcosa che non sono/ho nel qui ed ora, ma che potrò essere/avere in futuro).

⁵²⁶ JACQUES LACAN, *Ecrits*, Paris, Seuil, 1966. In particolare, l'A. distingue il desiderio, intrinsecamente relazionale, dal godimento, intrinsecamente autistico. In quanto desiderio dell'Altro, il desiderio punta al riconoscimento di sé ed ha un carattere nostalgico perché «si configura come un anelito incessante al ristabilimento del rapporto con l'oggetto perduto e come aspirazione senza sosta a recuperare

caratteristica del desiderio è la *libertà*: l'oggetto del desiderio non deve necessariamente esistere nella realtà materiale, può anche essere oggettivamente impossibile, essendo sufficiente che il soggetto se lo rappresenti come possibile. Infine, l'ultimo predicato del desiderio – forse quello più intuitivo – è la *fallacia*: si possono desiderare cose che non fanno bene o che non sono giuste⁵²⁷. Ad esempio, si può desiderare fumare una sigaretta nonostante si sia consapevole della sua malignità. In questo senso, la fallacia comporta che il desiderio sia moralmente neutro.

In ordine al rapporto tra desiderio e consenso nel campo della sessualità, si può preliminarmente osservare che, da un lato, «il desiderio [...] determina il campo esistenziale del soggetto umano sessuato nel suo rapporto con l'altro»⁵²⁸, in tal modo ponendo il problema del consenso sessuale; dall'altro lato, il desiderio non è un elemento necessario del consenso. In altre parole, sul piano concettuale vi è un'alterità tra questi due termini⁵²⁹. Eppure, sul piano ontologico-strutturale ci sono evidenti affinità. Infatti, aderendo alla teoria relazionale dell'autonomia, si può affermare che gli elementi essenziali del consenso sessuale, sul piano giuridico, siano tre:

- a. Espressività: il consenso ha la funzione di rappresentare all'esterno (e dunque nei rapporti pubblici e privati) la volontà del soggetto;
- b. Trasformatività: il consenso permette la disposizione delle situazioni giuridiche soggettive, *in primis* la libertà sessuale⁵³⁰;
- c. Riflessività: nella misura in cui il consenso è espressivo della volontà, esso è riflessivo, nel senso che contiene la possibilità tanto di acconsentire (volere)

un mitico stato di completezza e soddisfazione» (FRANCO LOLLI, *Il carattere ambiguo del desiderio*, in ANTONIO LUCCI, ALEX PAGLIARDINI, *Desiderio e godimento tra psicoanalisi e filosofia*, Giulianova, Galaad, 2012, p. 105). Tuttavia, il desiderio ha anche un carattere ambiguo e opportunistico perché nella relazione con l'Altro l'Altro è *oggetto* e non *soggetto*. In questo, allora, il desiderio rischia di mettere a repentaglio la relazione con l'Altro nella misura in cui tale «legame presuppone la capacità del soggetto di accordare le proprie esigenze con quelle dell'Altro. [...] Il desiderio non si limita, pertanto, ad essere ciò che unisce, ciò che pacifica, ciò che mette in relazione, ma può trasformarsi [...] in un elemento di rottura, di spaccatura, di disarmonia» (ivi, pp. 110-111).

⁵²⁷ Come sottolineato da Dostoevskij, il desiderio dannoso si pone al di fuori della legge, in modo da affermare «la cosa più importante e più cara, cioè la nostra personalità e la nostra individualità» (FEDOR MICHAÏLOVICH DOSTOEVSKIJ, *Memorie del sottosuolo*, Torino, Einaudi, 1988, p. 30). Tale concetto è ripreso da LUCIANO DE FIORE, *Emozioni collettive e desiderio*, in ANTONIO LUCCI, ALEX PAGLIARDINI, *Desiderio e godimento tra psicoanalisi e filosofia*, op. cit., p. 69.

⁵²⁸ Così MICHELA MARZANO, *La fine del desiderio. Riflessioni sulla pornografia*, op. cit., p. 35.

⁵²⁹ MICHELA MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, op. cit., p. 199, secondo cui «on peut en effet toujours imaginer la possibilité que quelqu'un [désire une chose], mais qu'en même temps, il ne la veuille pas, et vice versa» (corsivo originale).

⁵³⁰ TOM L. BEAUCHAMP, *Autonomy and Consent*, in FRANKLIN G. MILLER, ALAN WERTHEIMER (eds.), *The Ethics of Consent*, op. cit., pp. 55 ss.

quanto di non acconsentire (non volere). Questo elemento è il più soggettivo dei tre e identifica la parte non necessariamente relazionale del consenso.

Orbene, gli elementi dell'espressività e della trasformatività, che fondano la natura relazionale del consenso, sono propri anche del desiderio. Quanto all'espressività, è declinata nel senso che il desiderio sessuale è una delle fondamentali componenti dell'identità di genere⁵³¹ e, attraverso i suoi effetti fisiologici e psicologici, è una forza che proietta il soggetto al di fuori di sé e lo mette in relazione con un'alterità oggettuale (cioè l'oggetto del desiderio stesso). Sotto il profilo della trasformatività, il desiderio è il principio che spinge all'azione⁵³². In questo senso, esso partecipa alla formazione di una volontà dispositiva ed è organico al processo cognitivo che sta alla base delle scelte e delle decisioni umane. Manca, nel desiderio, la riflessività propria del consenso. Questo perché il desiderio non può negare l'oggetto desiderato: se A desidera B, il desiderio è; se A non desidera B il desiderio non è. Dunque, il desiderio è solo ed esclusivamente nella misura in cui esiste il suo oggetto. In questo senso, allora, al contrario del consenso e della volontà – che presentano una dimensione riflessiva –, il desiderio ha un'essenza relazionale pura⁵³³. In effetti, ciò risulta coerente con il postulato della relazionalità ontologica di cui si è detto in precedenza.

Dopo aver chiarito che cosa si intende con desiderio e riconosciutane la natura relazionale, occorre adesso chiedersi (i) quale sia il rapporto tra desiderio e consenso e (ii) come questo si traduca in termini di rilevanza giuridica. Si ritiene, sul punto, che vi sia una relazione di progressività lineare tra i due termini dell'equazione, come rappresentato dalla seguente tabella.

⁵³¹ JUDITH BUTLER, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Bari, Laterza, 2013, p. 28.

⁵³² UMBERTO GALIMBERTI, *Nuovo dizionario di Psicologia*, op. cit., p. 357.

⁵³³ In particolare, mentre il consenso, così come la volontà, possono astrattamente essere teorizzati come concetti puramente riflessivi (quindi non relazionali), il desiderio è ontologicamente relazionale.

Desiderio	Consenso	Tipo di relazione sessuale	Rilevanza penale
Sì	Sì	<u>Sesso consensuale e desiderato</u> Relazione di intersezione	Liceità ☐ presunzione assoluta di rispetto dell'autodeterminazione sessuale <i>Area tendenziale della libera disponibilità del proprio corpo e della propria sessualità fuori dall'intervento statale</i>
No	Sì	<u>Sesso consensuale non desiderato</u> Relazione di differenza simmetrica	Liceità ☐ presunzione relativa di rispetto dell'autodeterminazione sessuale <i>Area tendenziale della prostituzione volontaria</i>
Sì	No	<u>Sesso desiderato non consensuale</u> Relazione di differenza simmetrica	Illiceità ☐ presunzione relativa di violazione dell'autodeterminazione sessuale <i>Area tendenziale della violenza sessuale per induzione e degli atti sessuali con minorenne (assenza di consenso valido/presenza di consenso invalido)</i>
No	No	<u>Sesso non desiderato non consensuale</u> Insieme di complemento	Illiceità ☐ presunzione assoluta di violazione dell'autodeterminazione sessuale <i>Area tendenziale della violenza sessuale per costrizione (presenza di dissenso)</i>

La tabella conduce a quattro conclusioni. In primo luogo, essa rappresenta una nuova tassonomia dei rapporti sessuali che, andando oltre la dicotomia libertà/coercizione e proponendo la dicotomia consenso/desiderio, individuano (i) i rapporti desiderati e consensuali, (ii) i rapporti non desiderati ma consensuali, (iii) i rapporti consensuali ma non desiderati e (iv) i rapporti non consensuali e non desiderati. Si noti, a questo proposito, che l'ordinamento positivo italiano, pur non riconoscendo espressamente rilevanza al desiderio, mostra di non essere del tutto insensibile ai casi in cui il rapporto sessuale è desiderato ma non è consensuale. Tipicamente questo accade quando il consenso non si ritiene valido perché uno dei due soggetti è minorenne oppure in condizioni di inferiorità fisica o psichica o inganno (artt. 609 *bis*, secondo comma, e 609 *quater* c.p.). In secondo luogo, i grafici mettono in evidenza che la prostituzione volontaria e la violenza sessuale per costrizione hanno in comune una cosa ed è il fatto che in entrambi i casi il rapporto sessuale non è desiderato. In terzo luogo, si evince chiaramente che la prostituzione volontaria è un'istanza di sesso consensuale ma tendenzialmente non desiderato. Ma che cos'è esattamente il sesso consensuale ma non desiderato? E in che modo tematizzare la prostituzione volontaria in questo modo è rilevante in un discorso costituzionale sulla prostituzione?

4.2. *La prostituzione volontaria come sesso consensuale ma non desiderato*

Il sesso consensuale ma non desiderato è stato definito nei seguenti termini:

Consensual participation in unwanted sexual activity refers to situations in which a person freely consents to sexual activity with a partner without experiencing a concomitant desire for the initiated sexual activity. In a sense, they feign sexual desire or interest. Participation by both partners in the sexual activity is consensual, but unwanted or undesired for at least one partner⁵³⁴.

Uno dei possibili effetti negativi del sesso consensuale ma non desiderato è l'alienazione (in senso marxiano). Si tratta essenzialmente di una lesione non soltanto della libertà sessuale ma anche dell'integrità psico-fisica (non sotto il profilo della volontà perché il consenso c'è, ma sotto il profilo del piacere) perché, come sottolinea Robin West, l'esposizione prolungata ai rapporti sessuali consensuali ma non desiderati fa passare il messaggio che la persona – e dunque il suo corpo, i suoi interessi, il suo piacere

⁵³⁴ LUCIA F. O'SULLIVAN, ELIZABETH RICE ALLGEIER, *Feigning Sexual Desire: Consenting to Unwanted Sexual Activity in Heterosexual Dating Relationships*, in *The Journal of Sex Research*, n. 3, 1998, p. 234. Sul punto si veda anche ROBIN WEST, *Sex, Law and Consent*, op. cit., pp. 221 ss.

– non sono importanti tanto quanto quelli dell'altro⁵³⁵. In questo senso, allora, nel rapporto prostitutivo quella stessa necessità (essenzialmente maschile) di piacere e di godimento che è alla base della domanda di prostituzione è sistematicamente negata nei confronti della controparte femminile (o comunque del soggetto che si prostituisce). C'è quindi un asservimento, una reificazione della persona che acconsente a (ma non desidera) un rapporto sessuale⁵³⁶. In estrema sintesi, il rapporto sessuale consensuale ma non desiderato comporta un'alienazione della persona: essa è alienata dai propri piaceri e desideri⁵³⁷. Come si vedrà oltre, questo non vuol dire che *tutti* i casi di rapporto consensuale ma non desiderato siano *sempre* alienanti.

Dunque, quali sono le condizioni che producono questa alienazione? Si ritiene che queste condizioni possano essere sia temporali che soggettive. Sotto questo profilo, saranno tendenzialmente alienanti i seguenti casi:

- a. Sesso consensuale ma non desiderato per un lungo periodo con lo stesso partner (esempio: rapporti coniugali);
- b. Sesso consensuale ma non desiderato per un breve periodo con molti partner (esempio: rapporti prostitutivi);
- c. Sesso consensuale ma non desiderato per un lungo periodo con molti partner (esempio: rapporti prostitutivi).

Negli ultimi due casi l'alienazione è esacerbata dalla sistematicità (tempo lungo) e/o dall'ubiquità di questi rapporti (molteplici partner).

Tirando le fila del discorso, è possibile affermare che la prostituzione volontaria sia un'istanza di sesso consensuale ma tendenzialmente non desiderato. Questa concettualizzazione permette innanzitutto di comprendere (e condividere) la posizione teorica secondo cui la prostituzione, anche là dove sia consensuale, non è – e non può essere considerata – come un'attività economica come tante altre. Infatti, l'alienazione prodotta dalla scissione tra consenso e desiderio non è l'alienazione tipica di quando si

⁵³⁵ ROBIN WEST, *Sex, Law and Consent*, op. cit., p. 222. Una posizione simile è sostenuta, a proposito del rapporto tra violenza sessuale e violenza domestica, da LEONARDO NEPI, *Violenza sessuale e soggettività sessuata*, op. cit., p. 58.

⁵³⁶ Similmente, LEONARDO NEPI, *Violenza sessuale e soggettività sessuata*, op. cit., pp. 37-38, secondo cui «la reificazione del corpo, strumentale rispetto al piacere sessuale di terze persone, pone infatti un problema giuridico rilevante, in quanto imposta la relazione sessuale senza avere riguardo nei confronti dei principi di reciprocità, eguaglianza e simmetria, che costituiscono la struttura fondamentale di ogni relazione coesistenziale».

⁵³⁷ In senso analogo si veda KATHLEEN BARRY, *The Prostitution of Sexuality*, op. cit., p. 30. Partendo da una prospettiva marxista, l'Autrice afferma che «nella prostituzione si separa il sesso dall'essere umano attraverso il marketing. L'oggettivazione sessuale dissocia le donne dal loro corpo e quindi da loro stesse».

svolge un lavoro o un'attività economica non desiderata perché nella prostituzione la prestazione che forma l'oggetto dello scambio economico è una prestazione sessuale. E la prestazione sessuale, come si è visto nel primo capitolo, è una funzionalità rinnovabile del corpo e della psiche che consiste materialmente nel compimento di un comportamento riguardante la sfera sessuale e che è funzionalizzato, in via diretta, immediata ed esclusiva, alla libidine del destinatario⁵³⁸. Pertanto, il desiderio e il godimento sessuale della persona che si prostituisce non sono parte della prestazione sessuale.

Se questo è vero, risulta allora chiaro che la prestazione sessuale è una prestazione che coinvolge la parte più intima e più identitaria della persona che si prostituisce, andandosi così ad innestare nel nucleo della sua soggettività. La sessualità umana, infatti, «rappresenta il luogo per eccellenza in cui l'uomo supera la solitudine e la separazione rispetto agli altri per accedere all'alterità»⁵³⁹. Del resto, è noto che uno dei meccanismi psicologici di difesa più diffusi nella prostituzione è la dissociazione (o scissione), che presuppone proprio una frantumazione della coscienza di fronte ad un'azione traumatica⁵⁴⁰. Che vi sia uno stretto collegamento tra sessualità e soggettività è pacifico anche nella giurisprudenza costituzionale. Si è già citato il passaggio della celebre sentenza n. 561/1987 in cui si afferma che «la sessualità è uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»⁵⁴¹, ma, a ben guardare, tale idea era già stata espressa nella sentenza n. 161/1985 in tema di rettificazione dell'attribuzione di sesso, secondo cui dall'art. 2 Cost. discende il «diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità»⁵⁴².

4.3. Il desiderio e l'offensività in concreto delle condotte parallele

Come si è visto sopra, la prostituzione volontaria è un'istanza di sesso consensuale ma tendenzialmente non desiderato. Questa concettualizzazione non è del tutto

⁵³⁸ V., sul punto, Capitolo I.

⁵³⁹ MICHELA MARZANO, *La fine del desiderio. Riflessioni sulla pornografia*, op. cit., p. 18. È assordante l'eco lacaniana (il desiderio è desiderio dell'Altro).

⁵⁴⁰ DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., p. 19, che cita CECILIE HØIGÅRD, LIV FINSTAD, *Backstreets: Prostitution, money and love*, Philadelphia, PSU Press, 1992.

⁵⁴¹ Corte cost., sent. n. 561/1987, § 2, cons. dir.

⁵⁴² Corte cost., sent. n. 161/1985, § 10 cons. dir. È interessante notare che questa sentenza ha rimeditato un precedente orientamento della Corte costituzionale, volto ad escludere che la rettificazione dell'attribuzione di sesso potesse essere un diritto (all'identità sessuale) costituzionalmente protetto ex art. 2 Cost. (v. sent. n. 98/1979).

sconosciuta in dottrina. Ad esempio, Barbara Pezzini afferma che l'esperienza della prostituzione

«trova nel denaro compensazione e riequilibrio, o almeno una sorta di riscatto: paradossalmente, perché è un riscatto che [...] consente di partecipare al potere del denaro, non all'esperienza relazionale di un desiderio sessuale che possa essere declinato al femminile e liberamente costruito»⁵⁴³.

Similmente, si è anche affermato che «la prostituta cerca di recuperare qualcosa nel momento in cui ha già dovuto accettare di sottoporsi ad atti sessuali non voluti»; pertanto, chi si prostituisce si sottopone ad «un atto sessuale non voluto – che in ogni altro contesto riconosciamo definire la violenza sessuale»⁵⁴⁴. In termini ancora più perentori si è espressa la dottrina straniera, secondo cui

«la prostituzione [...] è sesso tra due persone: uno che lo vuole e l'altra che non lo desidera. Dal momento che non c'è desiderio, i soldi prendono il suo posto. La disuguaglianza nel desiderio sessuale è il suo fondamento [...]. Pertanto la prostituzione è nemica della liberazione sessuale, del desiderio e della libertà»⁵⁴⁵.

Partendo da questa concettualizzazione della prostituzione, quel che ci si propone in questa sede è capire se, ed eventualmente in che misura, questa particolare angolatura attraverso cui guardare al fenomeno prostitutivo possa essere utilizzata dalle operatrici e dagli operatori del diritto. A tale proposito, si ritiene che il riconoscimento del desiderio, quale elemento negativo della prostituzione volontaria, possa riempire di significato il *test* dell'offensività in concreto che grava sul giudice penale in sede di accertamento della responsabilità penale dei terzi che pongono in essere le condotte parallele. In altri termini, il desiderio può essere utile nel superamento della presunzione relativa di vulnerabilità della persona che si prostituisce. In questo senso, a fronte della possibile alienazione che nasce dai rapporti sessuali consensuali ma non desiderati diventa allora possibile e necessario ricomporre, proprio attraverso il diritto, una soggettività integra.

Ma in che misura concettualizzare la prostituzione volontaria come un'istanza di sesso consensuale ma tendenzialmente indesiderato può rilevare ai fini della valutazione circa la posizione di vulnerabilità della persona che si prostituisce? Si ritiene che militino in tal senso vari ordini di ragioni.

⁵⁴³ BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, op. cit., p. 264

⁵⁴⁴ DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., pp. 18-25.

⁵⁴⁵ KAJSA EKIS EKMAN, *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, Spinifex, 2013, p. 45.

In primo luogo, definire la prostituzione volontaria come *sex consensualis* ma non desiderato consente di discriminare la prostituzione che, ancorché volontaria, non è uno strumento di sviluppo della persona dalla prostituzione che è una modalità positiva di autoaffermazione. In sostanza, più consenso e desiderio sono scissi (*rectius*: più il desiderio si allontana dal consenso), meno la prostituzione potrà essere considerata come una scelta effettivamente libera (intendendo qui la libertà non solo in senso negativo ma in senso positivo, cioè come autodeterminazione, emancipazione e sviluppo della persona⁵⁴⁶). Più consenso e desiderio sono uniti, più la prostituzione potrà essere considerata come una scelta di libertà e come uno strumento di autoaffermazione della personalità. Allargare l'orizzonte al desiderio, quindi, permette di arricchire quantitativamente e qualitativamente la nozione di libertà sessuale. In particolare, questa visione è coerente con la concezione relazionale dell'autonomia e anche con la finalità di sviluppo della persona umana cui i diritti fondamentali sono funzionalizzati⁵⁴⁷.

Se, allora, il desiderio è un predicato della libertà (sessuale femminile) tanto quanto lo è il consenso, concettualizzare la prostituzione come *sex consensualis* ma non desiderato altro non è che «un nuovo assalto alla cittadella della virilità»⁵⁴⁸, un assalto cioè al privilegio maschile e al patriarcato. Infatti, se la prostituzione è un dispositivo di oppressione che permette agli uomini di soddisfare il proprio desiderio sessuale usando il corpo femminile come un mero oggetto di godimento, definire la prostituzione a partire dal consenso e dal desiderio non del cliente, evidentemente, ma della prostituta riequilibra un rapporto che nasce geneticamente asimmetrico. E lo fa, da un lato, valorizzando il desiderio femminile, che storicamente è stato negato, quando non apertamente demonizzato e colpevolizzato⁵⁴⁹ e, dall'altro, mettendo in discussione la legittimazione del desiderio maschile. In altri termini, la valorizzazione del desiderio femminile

⁵⁴⁶ FRANCO MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 9, secondo cui lo sviluppo della personalità è il valore centrale che permette di caratterizzare il concetto di libertà assunto dalla Costituzione come autodeterminazione del singolo in tutti i rapporti pubblici e privati.

⁵⁴⁷ *Ibid.* In senso analogo, fra gli altri, AUGUSTO BARBERA, *Un moderno "Habeas Corpus"?*, op. cit., pp. 1 ss.

⁵⁴⁸ ANNA GAROFALO, *L'italiana in Italia*, op. cit., p. 52 (l'Autrice declina questa espressione a proposito dell'ingresso delle donne in magistratura).

⁵⁴⁹ Così SANDRO BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, op. cit., pp. 92-93, secondo cui il desiderio femminile (sia sessuale che non) era un vero e proprio nemico della morale pubblica e dunque da combattere. L'Autore, in proposito, afferma che «la discussione sulla legge Merlin rappresenta [...] una sorta di battaglia campale in difesa di una delle ultime "riserve" in cui gli uomini possano ancora soddisfare in santa pace il proprio legittimo, e anzi sacrosanto, desiderio» (p. 102).

all'interno del rapporto prostitutivo permette di mettere in discussione il contratto sessuale su cui, ancora oggi, si fondano i rapporti sociali. In questo senso, allora, è possibile scorgere una coerenza di fondo tra la concettualizzazione della prostituzione qui proposta con la legge Merlin e con i suoi obiettivi programmatici. Infatti, nel primo capitolo si è osservato come la rivoluzione copernicana operata con l'abolizione della disciplina regolamentarista sia stato un passaggio fondamentale nel cammino delle donne italiane verso una piena cittadinanza. Questo è stato possibile proprio perché la legge Merlin, con la sua potentissima carica culturale, ha affermato un principio rivoluzionario, e cioè che gli uomini non hanno un *diritto al sesso*⁵⁵⁰. Diritto, questo, che trovava invece una piena legittimazione sotto la vigenza del sistema regolamentarista. In linea di continuità con i presupposti della legge Merlin, allora, valorizzare il desiderio femminile nel rapporto prostitutivo consente di scardinare proprio l'idea che la sessualità femminile sia accessibile come qualsiasi altro oggetto reperibile sul mercato e che questa, in virtù della sua reificazione, sia funzionalizzata al piacere maschile.

Ma vi è di più. Non soltanto la valorizzazione del desiderio femminile risulta coerente con i postulati abolizionisti della legge Merlin, ma essa, a ben vedere, permette di coniugare l'abolizionismo legislativo con le richieste di depenalizzazione che provengono da una parte dell'attivismo dei *sex worker*. Se da un lato, infatti, la concettualizzazione della prostituzione qui proposta non mette in discussione la presunzione di vulnerabilità della persona che si prostituisce, dall'altro lato essa fornisce lo strumento pratico affinché essa possa essere superata nel caso concreto. In questo modo, inoltre, non si scivola né nell'essenzialismo del neo-abolizionismo né nel neo-regolamentarismo. Ci si avvicina, piuttosto, alla depenalizzazione perché si sottrae alla sanzione penale una parte delle condotte parallele. E questo, in effetti, è proprio ciò che viene chiesto dai comitati dei *sex worker*⁵⁵¹.

Ora, come si è visto sopra, la presunzione di vulnerabilità potrà essere superata là dove risulti che, rispetto all'attività prostitutiva, vi sia non soltanto il consenso della persona che si prostituisce, ma – in una misura che si vedrà nel prosieguo – anche il suo desiderio. Rispetto a questo quadro occorre osservare che la valorizzazione del desiderio impone di scrutinare, in sede processuale, il rapporto concreto che si instaura tra la

⁵⁵⁰ Sul punto si veda AMIA SRINIVASAN, *The Right to Sex*, op. cit.

⁵⁵¹ Si veda, ad esempio, la posizione di Amnesty International al seguente sito web (ultimo accesso 3 gennaio 2023): <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/05/amnesty-international-publishes-policy-and-research-on-protection-of-sex-workers-rights/>

prostituta, da un lato, e i clienti e gli intermediari, dall'altro. Nello specifico il *test* deve tendere a verificare se, e in che misura, l'attività prostitutiva sia concretamente uno strumento di sviluppo della persona (nel qual caso la presunzione di vulnerabilità sarà superata e i terzi intermediari andranno esenti da responsabilità penale per le condotte parallele)⁵⁵². È necessario allora decostruire l'attività prostitutiva in generale e il singolo rapporto prostitutivo sia sotto il profilo soggettivo che sotto il profilo dello svolgimento dell'attività economica. Infatti, il desiderio può abbracciare tanto l'attività prostitutiva in sé quanto le singole prestazioni sessuali:

- a. Rapporto prostituta-terzi: questo rapporto è quello che più incide, potenzialmente, sulla libertà della persona che si prostituisce perché abbraccia tutti i momenti dell'attività prostitutiva in quanto attività economica:
 - i. Momento dell'ingresso nel mercato: in questa fase il terzo è strumentale alla decisione di entrare nel mercato prostitutivo dal lato dell'offerta e dunque alla predisposizione dei mezzi necessari all'uopo necessari (es: fornire una piattaforma pubblicitaria);
 - ii. Momento della permanenza nel mercato: in questa fase l'intermediario favorisce l'incontro tra domanda e offerta, ad esempio procacciando clienti e reclutando la prostituta;
 - iii. Momento dell'uscita dal mercato: in questa fase il terzo è strumentale al mantenimento della persona che si prostituisce all'interno del circuito prostitutivo;
- b. Rapporto prostituta-cliente: questo rapporto rileva essenzialmente nel momento della permanenza nel mercato.

In sostanza, in sede di valutazione della concreta offensività delle condotte parallele, al fine di escludere la responsabilità penale dei terzi che hanno posto in essere delle condotte incriminate dalla legge Merlin, occorre rispondere positivamente a tutte le seguenti domande:

- a. Il consenso della prostituta ha ad oggetto l'attività prostitutiva in sé?
- b. Il consenso della prostituta ha ad oggetto il singolo rapporto prostitutivo?

⁵⁵² L'approccio proposto in questa sede risulta coerente con una recente elaborazione dottrinale che distingue tra *libertà di scelta* e *libertà di condizione*, delineando una concezione di libertà che valorizza la condizione concreta della persona (ALESSANDRA FACCHI, ORSETTA GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, il Mulino, 2020).

- c. In quali condizioni materiali e morali si è formato il consenso?
- d. Il desiderio della prostituta ha ad oggetto l'attività prostitutiva in sé?
- e. Il desiderio della prostituta ha ad oggetto il singolo rapporto prostitutivo?

In conclusione, se già la Corte costituzionale – con le sentenze 141 e 278/2019 – ha ritenuto conforme a Costituzione, ancorché non costituzionalmente imposto, il bilanciamento degli interessi operato dalla legge Merlin, tale bilanciamento risulta *a fortiori* compatibile con la Costituzione se si adotta la concettualizzazione qui proposta della prostituzione volontaria in termini di desiderio. In definitiva, dunque, desiderio e consenso sessuale risultano essere complementari: se il desiderio è fallace, il consenso può essere un argine a questa fallacia; se il consenso è oppressivo, il desiderio aiuta a discriminare quando il consenso è oppressivo e quando non lo è. Questa sinergia garantisce un effettivo *empowerment* della persona che si prostituisce perché, da un lato, conserva e riconosce le potenzialità del consenso come strumento di libertà e, dall'altro lato, inocula dal rischio di obliterare le condizioni oppressive in cui il consenso stesso si forma. In sostanza, riconoscere rilevanza giuridica al desiderio sessuale, all'interno della relazione prostitutiva, altro non è che una sintesi tra posizione liberale e femminismo radicale sul tema della prostituzione volontaria. Adottando questa prospettiva, risulta possibile tutelare i diritti fondamentali delle persone che vendono sesso in condizione di vulnerabilità senza per ciò negare, ontologicamente e materialmente, la libertà di prostituirsi.

CONCLUSIONI

Nel tentare di ricomporre il composito quadro che è stato illustrato nel corpo di questo lavoro, occorre riannodare il filo del discorso e ripartire dalle premesse logiche ed empiriche che fondano l'analisi. Nonostante la prostituzione sia un fenomeno sociale di difficile definizione sul piano giuridico, a causa della sua intrinseca relatività storico-culturale⁵⁵³, non se ne può ignorare la natura *genderizzata*. La prostituzione, infatti, è una questione di genere e, in particolare, è una questione femminile non soltanto perché tra domanda e offerta vi è una forte segregazione di genere (l'offerta è essenzialmente femminile o femminilizzata e la domanda è essenzialmente maschile) ma anche perché la regolamentazione giuridica della prostituzione coinvolge direttamente e immediatamente la cittadinanza delle donne⁵⁵⁴. In questo senso, osservare il «prisma della prostituzione»⁵⁵⁵ con le lenti di genere ha permesso di proporre una riflessione di più ampio respiro anche sulla condizione femminile e sul modo in cui questa intersechi e interroghi i postulati fondamentali del costituzionalismo contemporaneo.

Nell'ottica precipua di indagare le reciproche sollecitazioni tra prostituzione e costituzionalismo, si è scelto di focalizzare l'attenzione su una particolare espressione prasseologica della prostituzione, caratterizzata dalla scelta libera e consapevole di prostituirsi (c.d. prostituzione volontaria). Come sostenuto dalla rilevante dottrina⁵⁵⁶, infatti, è proprio il carattere volontario e consensuale della prostituzione che, come un movimento tellurico, ha spostato il baricentro della riflessione costituzionalistica per tentare di rispondere ad un interrogativo tanto scandaloso quanto urgente: in che termini la prostituzione volontaria è compatibile con le coordinate assiologiche fondamentali

⁵⁵³ ISABELLA MERZAGORA, GUIDO TRAVAINI, *Prostituzioni*, op. cit., pp. 44 ss.; FRANCESCA RESCIGNO, *Riflessioni in ordine sparso su mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche*, op. cit., p. 242.

⁵⁵⁴ BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, op. cit., p. 253.

⁵⁵⁵ GAIL PHETERSON, *The Prostitution Prism*, op. cit., secondo cui la prostituzione può essere vista come un prisma, che accentra e allo stesso tempo proietta lo sguardo verso questioni diverse, quali le migrazioni, i rapporti di genere, l'identità sessuale, l'etica pubblica.

⁵⁵⁶ Si vedano, *ex multis*, FRANCESCA RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, op. cit., pp. 345 ss.; GIUSEPPE MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, pp. 213 ss.; DANIELA DANNA (a cura di), *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, op. cit.; ALBERTO CADOPPI, *Prostituzione e diritto penale*, op. cit.; TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit.; CARMELA SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla "legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, op. cit., pp. 161 ss.

della Costituzione? È chiaro, infatti, che l'attività prostitutiva volontariamente esercitata chiama in questione tanto la dignità umana, nella sua duplice dimensione oggettiva e soggettiva, quanto la libertà, nelle sue molteplici declinazioni (positiva e negativa, sessuale ed economica).

Per rispondere a questo interrogativo, è stato necessario anzitutto ricostruire l'articolato mosaico del diritto positivo e del diritto vivente in materia di prostituzione. Partendo dal dato positivo, si è osservato che l'ordinamento italiano, allo stato attuale, si inserisce a pieno titolo nell'ambito delle politiche cc.dd. abolizioniste. La legge Merlin, entrata in vigore nel 1958, ha infatti abolito il previgente sistema regolamentarista, che era fondato sul sistematico annichilimento della dignità e della libertà delle prostitute, proponendo quella che in questo lavoro si è chiamata una *privatizzazione emancipativa* del rapporto prostitutivo. La *ratio* della privatizzazione sta nel fatto che nel sistema previgente lo Stato era presente nei rapporti economici collegati alla prostituzione. Il regolamentarismo classico poggiava infatti su una sostanziale quadriangolazione tra prostituta, tenentario, cliente e Stato: la prostituta esercitava primariamente, anche se non esclusivamente, nelle case di tolleranza, dove era soggetta a pervasivi controlli statali di igiene e sicurezza. La casa era gestita da un/a tenentario/a, che tratteneva una parte del ricavo e ne versava una quota allo Stato. La legge Merlin ha quindi eliminato l'intervento statale nel mercato della prostituzione attraverso la chiusura delle case chiuse (privatizzazione) e, al contempo, ha eliminato, in un'ottica di emancipazione, l'intervento dei terzi intermediari mediante la criminalizzazione delle cc.dd. condotte parallele. Il rapporto prostitutivo in sé, invece, è rimasto pienamente lecito e pertanto né la persona che si prostituisce né il cliente incorrono in responsabilità penale. Sul piano politico, a fondamento delle legislazioni abolizioniste vi è una valutazione complessivamente negativa della prostituzione⁵⁵⁷, che poggia sull'idea che questa sia una forma di schiavitù sessuale⁵⁵⁸ e che la donna-prostituta sia vittima del sistema nel suo complesso e dunque bisognosa di protezione da parte dell'ordinamento⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ In particolare, che la prostituzione sia un male in sé e dunque per definizione violativo della dignità della donna (v. TULLIO PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, op. cit., p. 68).

⁵⁵⁸ Non a caso il termine *abolizionismo* richiama il movimento per l'abolizione della schiavitù. Sul punto si veda DANIELA DANNA, *Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione*, op. cit., p. 21, secondo cui l'abolizionismo «vuole abolire i regolamenti sulla prostituzione così come è stato abolito l'istituto legale della schiavitù».

⁵⁵⁹ ALBERTO CADOPPI, *Prostituzione e diritto penale*, op. cit., p. 4.

Ora, se da un lato la legge Merlin ha rappresentato uno snodo fondamentale nel cammino delle donne italiane verso una cittadinanza piena⁵⁶⁰, dall'altro lato è proprio la sua intrinseca storicità che ne ha segnato i limiti interpretativi. La giurisprudenza è stata così chiamata a confrontarsi con le istanze di tutela provenienti dalla prassi e, nel tentativo di dare risposta a tali istanze, ha avanzato soluzioni ermeneutiche con cui è stato necessario in questo lavoro confrontarsi. A ben vedere, infatti, la tensione tra dignità e libertà in rapporto alla prostituzione è emersa nella giurisprudenza ordinaria ben prima che la questione fosse sollevata davanti alla Corte costituzionale. In particolare, la giurisdizione penale, abbandonando il tradizionale orientamento per cui i reati in materia di prostituzione fossero posti a protezione del buon costume, ha iniziato ormai da circa un ventennio – e con estremo ritardo rispetto all'entrata in vigore della legge Merlin – ad affermare che il bene protetto sia da rinvenirsi nella libertà di autodeterminazione della persona che si prostituisce e nella sua dignità umana⁵⁶¹.

La riflessione della giurisprudenza penale in relazione al bene giuridico è stata prodromica rispetto all'emersione del problema della compatibilità tra prostituzione volontaria e Costituzione. Se fino al 2019 le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla legge Merlin avevano investito essenzialmente la ragionevolezza e proporzionalità delle pene ivi previste, con le sentenze nn. 141 e 278/2019 la Corte costituzionale è stata per la prima volta chiamata ad esprimersi non solo e non tanto sulla prostituzione volontaria ma proprio sulla perdurante legittimazione – e legittimità – dei postulati abolizionisti della legge Merlin.

Con riferimento alla prima pronuncia, la questione di legittimità aveva ad oggetto le fattispecie di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, nella parte in cui configurano come illecito penale le cc.dd. condotte parallele anche là dove la condotta prostitutiva sia il risultato di una scelta libera e consapevole da parte della persona che si prostituisce. Secondo la prospettazione del giudice *a quo*, la scelta libera di prostituirsi costituirebbe una forma di esercizio, positivo, della libertà di autodeterminazione sessuale *ex art. 2 Cost.* nonché della libertà di iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.* L'*iter* argomentativo del collegio rimettente si fondava dunque sul riconoscimento di un vero e

⁵⁶⁰ BARBARA PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, op. cit., pp. 252 ss.

⁵⁶¹ Cass. pen., Sez. 3, n. 35776 del 08/06/2004, Rv. 229359; Cass. pen., Sez. 3, n. 5768 del 07/02/2018, Rv. 272694; Cass. pen., Sez. 3, n. 4139 del 18/12/2012, Rv. 254481; Cass. pen., Sez. 3, n. 14593 del 17/11/2017, Rv. 272585.

proprio *diritto costituzionalmente tutelato* di offrire sul mercato prestazioni sessuali quale declinazione della libertà sessuale e di iniziativa economica privata. In questo senso, la dignità umana, intesa nella sua dimensione soggettiva, partecipa positivamente della scelta prostitutiva nella misura in cui questa è considerata – a tutti gli effetti – un modo di estrinsecazione della personalità individuale.

A fronte di questa prospettazione, la Corte costituzionale (sentenza n. 141/2019) ha affermato che l'art. 2 Cost. – in quanto fondamento costituzionale della libertà sessuale – è un parametro inconferente perché, pur essendo quella sessuale una libertà fondamentale, (i) «non è possibile ritenere che la prostituzione volontaria sia un diritto inviolabile sulla base del mero rilievo che essa coinvolge la sfera sessuale di chi la esercita»⁵⁶² e (ii) l'art. 2 Cost. tutela le libertà fondamentali in tanto in quanto connesse allo sviluppo della personalità, la prostituzione non rientrando in questa casistica. In altri termini, pur confermando il «libero uso della sessualità come mezzo di esplicazione della propria personalità»⁵⁶³, la prostituzione, ad avviso della Corte, non è uno strumento di sviluppo della persona ma, più semplicemente, una forma di attività economica. In relazione all'art. 41 Cost., sebbene sia stato ritenuto dalla Corte un parametro conferente, l'eccezione di costituzionalità non è stata ritenuta fondata perché le limitazioni allo svolgimento dell'attività prostitutiva contenute nella legge Merlin, sotto forma di incriminazione, si giustificerebbero, secondo la Corte, sulla base della necessaria tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana nella sua dimensione oggettiva⁵⁶⁴.

In questo lavoro si è ritenuto di particolare interesse l'utilizzo fatto dalla Corte costituzionale della dignità umana. Ripercorrendo sinteticamente l'origine filosofica di tale concetto, si è innanzitutto messo in evidenza come esso storicamente nasca escludendo il soggetto femminile, andando dunque a rafforzare una struttura dei rapporti di forza tra i generi nella forma tipicamente patriarcale. A partire dal secondo dopoguerra, l'aspirazione universalista ed emancipativa della dignità umana ha trovato spazio nel processo di costituzionalizzazione (c.d. costituzionalismo dignitario). In effetti, il riconoscimento della dignità della persona umana quale fonte di legittimazione e di garanzia dei diritti fondamentali è stato un necessario presupposto per il riconoscimento

⁵⁶² Corte cost., n. 141/2019, § 5.2. cons. dir.

⁵⁶³ In questo senso la sentenza 141/2019 risulta coerente con la precedente pronuncia n. 561/1987 della Corte costituzionale.

⁵⁶⁴ Corte cost., n. 141/2019, § 6.1. cons. dir.

della piena cittadinanza delle donne, a partire dal diritto di voto. In questo quadro si inserisce il ripudio del sistema regolamentarista e la conseguente introduzione di un modello abolizionista, avvenuto con l'entrata in vigore della legge Merlin. Come si è visto, questa legge costituisce uno snodo fondamentale per l'attuazione della Costituzione nelle strutture sociali nella misura in cui afferma l'incompatibilità dello sfruttamento economico della prostituzione (soprattutto nella configurazione regolamentarista previgente) con la dignità umana e la libertà di autodeterminazione della persona che si prostituisce.

Nel lavoro è emerso chiaramente che il rapporto dignità-libertà non possa essere cristallizzato in una relazione statica, ma è, al contrario, un rapporto dinamico. A ben vedere, infatti, la dignità umana non è soltanto una fonte di legittimazione dei diritti ma è anche una fonte di doveri⁵⁶⁵, potendo limitare la libertà individuale⁵⁶⁶. Si tratta, ad esempio, dei casi in cui la dignità umana viene fatta valere, in un'ottica protettiva, nei confronti dello stesso soggetto attivo⁵⁶⁷, là dove l'esercizio di un diritto potrebbe ledere dignità del soggetto medesimo. È così venuta in rilievo la distinzione tra dignità in senso soggettivo (fonte di diritti) e dignità in senso oggettivo (fonte di doveri)⁵⁶⁸.

È proprio in questo secondo senso che la Corte costituzionale nella sentenza n. 141/2019 ha fatto ricorso al principio dignità umana. Secondo il Giudice delle leggi, i reati previsti dalla legge Merlin sarebbero posti a presidio della dignità umana (in senso oggettivo, appunto) nella misura in cui questa esprime l'esigenza di proteggere i diritti fondamentali delle persone che si prostituiscono (anche per scelta), in quanto soggetti particolarmente vulnerabili. La Corte ha affermato che il concetto di dignità umana va inteso in senso oggettivo: non si tratta, infatti, della dignità soggettiva, «quale la concepisce il singolo lavoratore [ma piuttosto] è il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella

⁵⁶⁵ MARCO RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, op. cit., p. 129; MASSIMO LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, op. cit., pp. 197 ss.; PASQUALE DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, op. cit., pp. 573 ss.

⁵⁶⁶ DAVIDE MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1983, p. 362, secondo il quale il valore giuridico della persona, in quanto principio generale dell'ordinamento, impone un «dovere di astensione che si indirizza allo stesso soggetto portatore del valore giuridico, impedendogli di compiere atti di violazione del valore di cui esso stesso, nella sua persona, è portatore».

⁵⁶⁷ PAOLO VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, op. cit., p. 334.

⁵⁶⁸ ANTONIO RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, op. cit., pp. 392 ss.; VINCENZO BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, op. cit., pp. 1 ss.; FABRIZIO POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, op. cit.

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»⁵⁶⁹. Dunque, poiché secondo la Corte l'offerta sul mercato di prestazioni sessuali si risolve sempre in un'incisione della dignità di chi subisce la reificazione, ai fini della configurabilità dei reati di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione l'atteggiamento soggettivo della persona che si prostituisce e il suo eventuale consenso agli atti di meretricio rimangono del tutto irrilevanti⁵⁷⁰. Secondo la Corte, dunque, la prostituzione volontaria non solo non può essere configurata come un *diritto costituzionalmente protetto* – come prospettato dal giudice *a quo* –, ma essa è tendenzialmente incompatibile con la dignità umana.

In coerenza con l'impianto normativo della legge Merlin, la *ratio* della costruzione proposta dalla Corte costituzionale è da ravvisarsi nell'intrinseca vulnerabilità della persona che si prostituisce. In particolare, la scelta di prostituirsi non sarebbe mai veramente libera perché troverebbe sempre alla radice situazioni di vulnerabilità sociale, morale ed economica. Vulnerabilità, questa, che si tradurrebbe nel rischio congenito di violazione di diritti fondamentali, questi sì protetti dalla Costituzione: dalla libertà sessuale alla salute, dall'integrità fisica alla libertà personale. Il ragionamento della Corte costituzionale, dunque, si appunta sull'affermazione di una presunzione di vulnerabilità della persona che si prostituisce. Se tale presunzione giustifica l'offensività in astratto dei reati previsti dalla legge Merlin, la Corte ha lasciato al giudice penale la valutazione dell'offensività in concreto delle condotte incriminate, in tal modo qualificando implicitamente la presunzione di vulnerabilità come relativa. La Corte costituzionale, peraltro, non ha specificato in cosa consista tale *test*. Diventa allora necessario chiedersi quali siano le condizioni affinché si possa affermare che, non sussistendo una condizione di vulnerabilità in capo alla persona che volontariamente si prostituisce, le condotte parallele non hanno alcuna potenzialità lesiva della sua dignità umana e dei suoi diritti fondamentali.

Questa domanda apre il terzo capitolo del lavoro e, come è evidente, essa implica un'indagine sui rapporti tra prostituzione e libertà di autodeterminazione. Tali rapporti sono stati tematizzati in modo diverso nello spettro dottrinale. Accanto alle teorie liberali,

⁵⁶⁹ Corte cost., n. 141/2019, § 6.1. cons. dir. Si noti che il riconoscimento del ruolo del legislatore quale interprete del comune sentire e il collegamento tra questo e la dignità umana in senso oggettivo era già presente nella giurisprudenza costituzionale (v., ad esempio, sent. n. 162/2014, § 5 cons. dir.).

⁵⁷⁰ Corte cost., n. 141/2019, § 5.1. cons. dir.

che risolvono la questione facendo ricorso all'istituto del consenso (sessuale) come elemento necessario e sufficiente a ritenere libera e consapevole la decisione di prostituirsi, le teorie femministe hanno invece proposto ricostruzioni alternative. In una prospettiva radicale, ad esempio, si è revocata in dubbio la possibilità stessa di una scelta libera, là dove questa si sia formata all'interno di un contesto di sistematica oppressione degli uomini nei confronti delle donne. Il merito della critica femminista è certamente quello di aver svelato la matrice patriarcale della prostituzione: essa è un'istituzione sociale che garantisce agli uomini un *diritto al sesso*, e cioè un accesso illimitato alla sessualità femminile in quanto funzionalizzata a interessi eteronomi (quelli maschili, appunto)⁵⁷¹. Eppure, negare la possibilità stessa di una scelta libera e consapevole sul se, quando e come prostituirsi (cioè negare validità al consenso) non fa altro che esacerbare le asimmetrie di genere che strutturalmente connotano il rapporto prostitutivo, andando a configurarsi come un'ulteriore forma di vittimizzazione.

Nel tentativo di trovare una sintesi fra queste posizioni (apparentemente) incompatibili, si è fatto ricorso alla nozione di autonomia relazionale, per come è stata elaborata dalla dottrina femminista anglosassone. Si tratta, in particolare, di una nozione di autonomia che postula un'interdipendenza soggettiva e che quindi tematizza l'autonomia individuale a partire dalla concretezza delle relazioni intersoggettive⁵⁷². In questi termini, la tutela della dignità della persona passa attraverso il rispetto del corpo e della relazione che quel corpo può creare con gli altri. Alla base di questa posizione vi è una concezione sociale della persona umana, che trova sponda nel principio personalista e che informa la Costituzione repubblicana. Questa prospettiva ha consentito di inquadrare il rapporto prostituzione-libertà partendo dalla relazione prostitutiva, cioè dalla relazione personale che si instaura tra la persona che offre la prestazione sessuale e la persona che quella prestazione acquista.

A questo punto è risultato chiaro che l'indagine sulla relazione prostituta-cliente interseca direttamente la questione definitoria: di cosa parliamo quando parliamo di prostituzione volontaria? A ben vedere, si tratta di una questione che attraversa tutto il lavoro. Nel primo capitolo, infatti, si è proposta una definizione puramente descrittiva di prostituzione, a partire dagli approdi giurisprudenziali più recenti. Si è dunque affermato

⁵⁷¹ AMIA SRINIVASAN, *The Right to Sex*, op. cit., pp. 126 ss.

⁵⁷² JENNIFER NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, op. cit.; MARILYN FRIEDMAN, *Relational Autonomy and Individuality*, op. cit.;

che la prostituzione identifica un rapporto sinallagmatico in cui un soggetto, al di fuori di qualsiasi vincolo emotivo e affettivo aliena, dietro corresponsione di un'utilità economica, una prestazione sessuale, cioè una funzionalità rinnovabile del proprio corpo e della propria psiche che consiste materialmente nel compimento di un comportamento riguardante la sfera sessuale ed è funzionalizzato, in via diretta, immediata ed esclusiva, alla libidine del destinatario. Il nucleo di questa definizione si appunta nel concetto di *prestazione sessuale*, la quale coinvolge non solo il corpo ma anche la psiche della persona che si prostituisce.

Se sul piano puramente descrittivo questo è l'approdo definitorio cui si è giunti, è chiaro che sul piano critico questa definizione non risolve il problema dei rapporti tra prostituzione e libertà. Riprendendo allora il discorso a partire dalla relazionalità del rapporto prostitutivo, si è reso necessario sottoporre a critica la definizione descrittiva proposta nel primo capitolo. Si è così affermato che la prostituzione volontaria altro non è che un'istanza di sesso consensuale ma tendenzialmente non desiderato. In sostanza, la prostituzione volontaria è normalmente caratterizzata da una scissione tra consenso sessuale (cioè il dispositivo che consente l'esercizio della libertà di autodeterminazione) e desiderio sessuale. Tale scissione comporta un'alienazione della persona che si prostituisce da sé stessa, che la prestazione economica tenta di superare. Affermare, dunque, che la prostituzione sia una forma di sesso consensuale ma non desiderato comporta che il consenso sia necessario ma non sufficiente per capire se la prostituzione sia una scelta libera e quindi se sia una forma di *empowerment* individuale. In questo senso, allora, la dimensione del desiderio diventa allora un elemento necessario perché è soltanto quando consenso e desiderio sono presenti che la persona può essere integra nel rapporto prostitutivo e dunque *libera nella prostituzione*. Là dove ci sia il desiderio, quindi, si può affermare che la prostituzione sia una scelta libera, arrivando in tal modo a vincere la presunzione di vulnerabilità posta dalla Corte costituzionale. In tali casi, pertanto, le condotte parallele poste in essere dai terzi non saranno penalmente sanzionate perché tali condotte non risultano concretamente offensive.

Il desiderio come elemento essenziale della prostituzione volontaria e non alienante non implica necessariamente che esso debba abbracciare *tutti* i rapporti sessuali e sia *sempre* presente (del resto, come in qualsiasi attività lavorativa il desiderio non è ubiquo). È necessario però che esso sia presente sia in relazione all'attività prostitutiva in sé

(dunque nella scelta di entrare nel mercato) sia con riferimento allo svolgimento di tale attività nel mercato sia nell'eventuale scelta di uscire dal mercato.

Dare rilevanza al desiderio sessuale femminile è un atto rivoluzionario perché scardina il postulato maschilista della prostituzione che gli uomini abbiano un *diritto al sesso*. E quindi valorizzare la componente di desiderio permette di ricomporre quella asimmetria intrinseca che connota il rapporto prostitutivo, restituendo *agency* a coloro che si prostituiscono. Il desiderio permette allora di *pensare* e di *agire* la prostituzione come scelta libera, al contempo salvaguardando le esigenze di tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali delle persone che si prostituiscono, anche per scelta.

RINGRAZIAMENTI

Desidero ringraziare la Prof.ssa Angelini perché mi ha permesso di riannodare con questa tesi i fili della mia vita, incoraggiandomi e sostenendomi in ogni passo con profondità scientifica e umana saggezza. Sono in debito anche con il Prof. Marco Benvenuti, per le sue preziose incursioni scientifiche.

La mia più forte gratitudine va a mia madre, che segna l'inizio di questa storia, a mia sorella Livia, che mi ha sostenuta e mi sostiene *no matter what* da 26 anni, e a mio padre, che mi ha trasmesso l'amore per la ricerca.

In questo percorso sono state fondamentali le amicizie più care, Valentina, Giulia, Alessandro, Daniele, Eleonora, Martina e Luca, che hanno sopportato con spirito di abnegazione i miei momenti di euforia così come i momenti di sconforto. Nello stesso spirito di amicizia e colleganza sono stata abbracciata da persone che non si sono mai sottratte ad un confronto scientifico e che mi hanno dato forza nei momenti più faticosi: Arianna, Andrea e Lydia, colleghi di Corte e compagni di studio.

Desidero ringraziare le magistrature e i magistrati della Sesta sezione penale della Corte di cassazione, in particolare il Presidente Fidelbo, le Consiglieri Giordano, Di Nicola Travaglini, Di Giovine e il Consigliere Di Stefano, perché so che sono dalla mia parte.

Infine, voglio esprimere la mia gratitudine al Prof. Mirko Sossai e alla Prof.ssa Alice Riccardi, così come al dott. Francesco Menditto e al dott. Andrea Calice: i settori disciplinari e gli uffici giudiziari hanno separato i nostri percorsi ma i loro insegnamenti rimangono il faro della mia identità di giurista.

OPERE CITATE

- Ackermann, L. W. (2000). Equality in the South African Constitution: the role of dignity. *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*(63).
- Acri, M. C. (2010). *La donna prostituta tra devianza e pericolosità*.
- Agamben, G. (1998). *Quel che resta di Auschwitz*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Améry, J. (1980). *At the Mind's Limits: Contemplations by a Survivor on Auschwitz and its Realities*. Bloomington: Indiana University Press.
- Angelini, F. (2007). *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I princìpi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*. Padova: CEDAM.
- Angelini, F. (2010). Orientamento sessuale nell'ordinamento costituzionale italiano. In A. VV., *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Torino: UTET.
- Angelini, F. (2020). *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*. Napoli: ES.
- Anguissola, P. B. (1987). *Prostituzione e legge Merlin*. Firenze: Lucio Pugliese Editore.
- Apostoli, A. (2020). La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali. *Variazioni su Temi di diritto del lavoro*(3).
- Apostoli, A. (2021). “Questioni di genere” tra Costituzione e corpo delle donne. In A. Apostoli, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Arendt, H. (1958). *The Human Condition*. Chicago: Chicago University Press.
- Arieli, Y. (2002). On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and his Rights. In D. Kretzmer, & E. Klein, *The*

- Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. The Hague; London; New York: Brill.
- Azara, L. (2017). *L'uso "politico" del corpo femminile. La legge Merlin tra nostalgia, moralismo ed emancipazione*. Roma: Carocci.
- Baer, S. (2009). Dignity, Liberty, Equality: A fundamental rights triangle of constitutionalism. *University of Toronto Law Journal*(59).
- Bagaric, M., & Allan, J. (2006). The Vacuous Concept of Dignity,. *Journal of Human Rights*(5).
- Baldassarre, A. (1997). *Diritti della persona e valori costituzionali*. Torino: Giappichelli.
- Baldini, V. (2013). La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative. *Rivista AIC*(2).
- Balsamo, A., & Trizzino, L. (2020). La Corte europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza". In D. Galliani, & E. Santoro, *Europa umana. Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*. Pisa: Pacini editore.
- Barak, A. (2015). *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Barbagli, M. (2020). *Comprare piacere. Sessualità e amore venale dal Medioevo a oggi*. Bologna: il Mulino.
- Barbera, A. (2013). Un moderno "Habeas Corpus"? *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Barile, P. (1953). *Il soggetto privato nella Costituzione*., Padova: CEDAM.
- Barroso, L. R. (2012). Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*(35).
- Barry, K. (1995). *The Prostitution of Sexuality*. New York: NYU Press.

- Bartolomei, F. (1987). *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Bayertz, K. (1996). Human Dignity: Philosophical Origin and Scientific Erosion of an Idea. In K. Bayertz, *Sanctity of Life and Human Dignity*. Dordrecht-Boston-London: Springer.
- Beauchamp, T. L. (2010). Autonomy and Consent. In F. G. Miller, & A. Wertheimer, *The Ethics of Consent*. Oxford: Oxford University Press.
- Beauvoir, S. D. (1949). *Le deuxième sexe*. Paris: Gallimard.
- Beccaria, C. (1994). *Dei delitti e delle pene*. Milano: Rizzoli.
- Becchi, P. (2019). Human Dignity in Europe: Introduction. In P. Becchi, & K. Mathis, *Handbook of Human Dignity in Europe*. Springer.
- Bellassai, S. (2006). *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*. Milano: Carocci.
- Berlin, I. (1969). *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press.
- Bernini, L. (2019). *Il sessuale politico. Freud con Marx, Fanon, Foucault*. Pisa: ETS.
- Betti, E. (1953). *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè.
- Bianchi, L. (2006). Dentro o fuori il mercato? «Commodification» e dignità umana. *Rivista critica di diritto privato*(3).
- Bifulco, D. (2021). Del reclutare escort per un Premier: chi offende cosa? Riflessioni sul rapporto tra diritto e fatto in un affare giudiziario. *Etica & Politica*(1).
- Bin, R. (2019). La Corte, i giudici e la dignità umana. *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*(2).
- Bin, R. (2019). La libertà sessuale e prostituzione (a margine della sentenza 141/2019). *Forum di Quaderni Costituzionali*.

- Bioy, X. (2010). Rapport introductif. Le concept de dignité. In L. Burgorgue-Larsen, *La dignité saisie par les juges en Europe*. Bruxelles: Bruylant.
- Bloch, E. (2019). *Il principio speranza*. Mimesis.
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità.
- Bobbio, N. (1995). *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi.
- Bognetti, G. (2005). The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism. In G. Nolte, *European and US Constitutionalism*. Cambridge,: Cambridge University Press,.
- Bresciani, P. F. (2020). La protezione dei deboli e vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato. *Quaderni costituzionali*(1).
- Brollo, M., Bilotta, F., & Zilli, A. (2021). *Lessico della dignità*. Udine: Forum.
- Butler, J. (2013). *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*. Bari: Laterza.
- Byk, C. (2014). Is Human Dignity a Useless Concept? Legal Perspectives. In M. Düwell, J. Braarvig, & D. M. Roger Brownsword, *The Cambridge Handbook on Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cadoppi, A. (2008). Liberalismo, paternalismo e diritto penale. In G. Fiandaca, & G. Francolini, *Sulla legittimazione del diritto penale*. Torino: Giappichelli.
- Cadoppi, A. (2014). Favoreggiamento della prostituzione e diritti costituzionali. In A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*. Roma: Dike.
- Cadoppi, A. (2018). L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili. *Diritto penale contemporaneo*(3).
- Cadoppi, A. (2019). Dignità, prostituzione e diritto penale. *Archivio Penale*(1).

- Cangiotti, M. (1983). Diritto naturale e dignità dell'uomo in Ernst Bloch. *Rivista di filosofia neo-scolastica*(75).
- Cantarella, E. (2016). Women and Patriarchy in Roman Law. In P. J. Plessis, C. Ando, & K. Tuori, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Carchedi, F. (2004). *I colori della notte: migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienza di intervento sociale*. Milano: Franco Angeli.
- Carchedi, F. (2004). *Prostituzione migrante e donne trafficate*. Milano: Franco Angeli.
- Cattaneo, M. A. (1981). *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*. Milano: Giuffrè.
- Cavarero, A., & Restaino, F. (2002). *Le filosofie femministe*. Milano: Mondadori.
- Ceccherini, E. (2008). *La tutela della dignità dell'uomo*. Napoli: ESI.
- Ciommo, M. D. (2010). *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*. Firenze: Passigli.
- Clapham, A. (2006). *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press.
- Cocco, G. (2014). Alla ricerca dei confini tra libertà sessuale e prostituzione minorile. Per evitare nuovi casi Braibanti. *Responsabilità civile e previdenza*(4).
- Cruciani, L. (2007). Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità. In U. Breccia, & A. Pizzorusso, *Atti di disposizione del proprio corpo*. Pisa: Pisa University Press.
- Cuter, E. (2020). *Ripartire dal desiderio*. Roma: Minimum fax,.
- Düwell, M. (2014). Human Dignity and Future Generations. In M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, & D. Mieth, *The Cambridge Handbook on Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Düwell, M. (2014). Human Dignity: concepts, discussions, philosophical perspectives. In M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, & D. Mieth, *The Cambridge Handbook on Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dalferth, I. U. (2018). Religion, Morality and Being Human: The Controversial Status of Human Dignity,. In D. Grimm, A. Kemmerer, & C. Möllers, *Human Dignity in Context. Explorations of a Contested Concept*. Baden-Baden: Nomos.
- Danna, D. (2019). Libertà sessuale e politiche sulla prostituzione. In D. Danna, *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*. Milano: VandaEpublishing.
- Danna, D. (2023). Scivolare nel mito del sex work. In AA. VV., *Sex work is not work*, Aprilia: Ortica.
- D'Avack, L. (2019). Il paradigma dignità: usi etici e giuridici. *Rivista di filosofia del diritto*(1).
- D'Andrea, L. (2014). I principi costituzionali in materia economica. *Giurisprudenza costituzionale*(1).
- D'Andrea, L. (2009). Diritto costituzionale e processi interculturali. *Forum di Quaderni costituzionali*.
- D'Andrea, L. (2005). *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*. Milano: Giuffrè.
- De Fiore, L. (2012) Emozioni collettive e desiderio, in Lucci, A. & Pagliardini, A. *Desiderio e godimento tra psicoanalisi e filosofia*. Giulianova: Galaad.
- Dicke, K. (2002). The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights. In D. Kretzmer, & E. Klein, *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. The Hague: Brill.
- Donnelly, J. (2015). Normative versus Taxonomic Humanity: Varieties of Human Dignities in the Western Tradition. *Journal of Human Rights*(14).
- Doumoulié, C. (2002). *Il desiderio. Storia e analisi di un concetto*. Torino: Einaudi.

- Dostoevskij, M. F. (1988). *Memorie del sottosuolo*, Torino: Einaudi.
- Dupré, C. (2003). *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*. Oxford; Portland: Hart.
- Dupré, C. (2015). *The age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*. Oxford; Portland: Hart.
- Dworkin, A. (1993). Prostitution and Male Supremacy. *Michigan Journal of Gender and Law*(1).
- Dworkin, R. (2006). *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press.
- Eckardt, F. (2012). Toward a New Approach in Discourse Theory in Justice and Law. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*.
- Eckert, J. (2002). Legal Roots of Human Dignity in German Law. In D. Kretzmer, & E. Klein, *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. The Hague; London; New York: Brill.
- Edlund, L., & Korn, E. (2002). A Theory of Prostitution. *Journal of Political Economy*(1).
- Ekman, K. E. (2013). *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*. Spinifex,.
- Engels, F. (1848). *L'origine della famiglia*.
- Englard, I. (2018). Law and Human Dignity. In E. Hilgendorf, & M. Kremnitzer, *Human Dignity and Criminal Law*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Esposito, M. (2003). *Profili costituzionali dell'autonomia privata*. Padova: CEDAM.
- Europeo, P. (2014, febbraio 3). Relazione su sfruttamento sessuale e prostituzione, e sulle loro conseguenze per la parità di genere.
- Facchi, A. & Giolo, O. (2020). Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto. Bologna: il Mulino.

- Fantasia, F. (2021). Kant on Punishment: Between Retribution, Deterrence and Human Dignity. *The Italian Law Journal*(7).
- Farley, M., Franzblau, K., & Kennedy, M. A. (2013). Online Prostitution and Trafficking. *Albany Law Review*(3).
- Feinberg, J. (1986). Harm to Self. In J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal law* (Vol. 3). Oxford: Oxford University Press.
- Feldman, D. (1999). Human Dignity as a Legal Value - Part I. *Public Law*.
- Ferrajoli, L. (2012). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (Vol. 1). Roma; Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2019). Dignità e libertà. *Rivista di filosofia del diritto*(1).
- Fineman, M. A. (1991). Images of Mothers in Poverty Discourses. *Duke Law Journal*(2).
- Fineman, M. A. (2000). Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy and Self-Sufficiency. *Journal of Gender, Social Policy and the Law*(8).
- Finzi, S. V. (1987). Psicoanalisi e femminismo. *Lettera internazionale*(2).
- Flick, G. M. (2008). Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica. In E. Ceccherini, *La tutela della dignità dell'uomo*. Napoli: ESI.
- Flick, G. M. (2020). Europa umana. Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque. In D. Galliani, & E. Santoro, *Il percorso europeo verso la pari dignità sociale. Da Auschwitz alla Carta di Nizza attraverso la Costituzione*. Pisa: Pacini editore.
- Fondrieschi, A. F. (2020). Una naturale dignità: interessi in conflitto e criteri di soluzione nel rapporto tra uomo e animale. *Politica del diritto*(4).
- Foucault, M. (2014). *Sorvegliare e punire*. Torino: Einaudi.
- Franco, V. D. (1959). Questioni concernenti la persona offesa dal reato, la struttura del reato ed il concorso materiale di reati nel delitto di favoreggiamento e sfruttamento dell'altrui prostituzione. *Rivista penale*(2).

- Franke, K. M. (2001). Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law and Desire. *Columbia Law Review*(1).
- Frankenberg, G. (2014). Human Rights and the Belief in a Just World. *International Journal of Constitutional Law*(12).
- Franzina, E. (1999). *Casini di guerra. Il tempo libera dalla trincea e i postriboli militari nel primo conflitto mondiale*. Udine: Gaspari.
- Fricker, M., & Jenkins, K. (2017). Epistemic Injustice, Ignorance, and Trans Experiences. In A. Garry, & A. S. S. Khader, *The Routledge Companion to Feminist Philosophy*. New York; London: Routledge.
- Fricker, M., Graham, P. J., Henderson, D., & Nikolaj J. L. L. Pedersen, ,. ,. (2020). *The Routledge Handbook of Social Epistemology*. New York: Routledge.
- Friedman, M. (2013). Relational Autonomy and Individuality. *University of Toronto Law Journal*(2).
- Fuller, L. (1963). *The Morality of Law*. New Haven; London: Yale University Press.
- Galen, M. V. (1996). Prostitution and the Law in Germany. *Cardozo Women's Law Journal*(3).
- Galimberti, U. (2018). *Nuovo dizionario di Psicologia*. Milano: Feltrinelli.
- Garcia, M. (2022). *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*. Torino: Einaudi.
- Garnsey, P. (1996). *Ideas of Slavery from Aristotle to Augustine*. Cambridge: Cambridge University Press,.
- Garofalo, A. (1956). *L'italiana in Italia*. Bari: Laterza.
- Gewirth, A. (1992). Human Dignity as the Basis of Rights. In M. J. Meyer, & W. A. Parent, *The Constitution of Rights*. Ithaca; London: Cornell University Press.
- Geymonat, G. G. (2014). *Vendere e comprare sesso*. Bologna: il Mulino.

- Geymonat, G. G., & Selmi, G. (2022). *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*. Torino: Rosenberg & Sellier.
- Gibson, M. (1995). *Stato e prostituzione in Italia*. Milano: Il Saggiatore.
- Gibson, M. (2004). *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia*. Milano: Mondadori.
- Giovine, O. D. (2022). *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*. Bologna: Il Mulino.
- Giunta, F. (2013). Le prostituzioni tra fatto e diritto. *La giustizia penale*(2).
- Glendon, M. A. (1991). *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press.
- Goffman, E. (1968). *Asylums*. New York: Anchor.
- Graziosi, M. (1993). *Infirmis sexus. La donna nell'immaginario penalistico. Democrazia e diritto*(2).
- Guarini, C. (2019). La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata “protetta” dall’art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019. *Osservatorio costituzionale*(4).
- Høigård, C., & Finstad, L. (1992). *Backstreets: Prostitution, money and love*. Philadelphia: PSU Press.
- Häberle, P. (1992). 1789 als Teil der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates. In P. Häberle, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates: Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Häberle, P. (2003). *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*. Milano: Giuffrè.

- Habermas, J. (2010). The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Metaphilosophy*(4).
- Halbwachs, V. (2016). Women as Legal Actors. In P. J. Plessis, C. Ando, & K. Tuori, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Harper, K. (2016). Christianity and the Roots of Human Dignity. In T. S. Shah, & A. D. Hertzke. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H. L. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hegel, G. W. F. (1995). *Fenomenologia dello spirito*. Milano: Rusconi.
- Henkin, L. (1998). Religion, Religions and Human Rights. *Journal of Religious Ethics*(26).
- Hennette-Vauchez, S. (2007). *When Ambivalent Principles Prevail. Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle*. EUI Working Papers, Law.
- Herring, J. (2009). Relational Autonomy and Rape. In S. Day-Sclater, F. Ebtehaj, E. Jackson, & M. Richards, *Regulating Autonomy. Sex, Reproduction and Family*. Oxford: Hart.
- Hill, T. E. (2014). Kantian perspectives on the rational basis of human dignity. In J. B. Marcus Düwell, *The Cambridge Handbook on Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Honneth, A. (1993). *Riconoscimento e disprezzo*. Rubbettino.
- Hughes, G. (2011). The Concept of Dignity in the Universal Declaration of Human Rights. *Journal of Religious Ethics*(39).

- Iadiccico, M. P. (2023). Detenzione e “nuovi” diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all’affettività e alla sessualità nell’esecuzione penale. *Rivista di Biodiritto - BioLaw Journal*(1).
- Illouz, E., & Kaplan, D. (2020). *Il capitale sessuale*. Roma: Castelvecchi.
- Isabella Merzagora, G. T. (2014). Prostituzioni. In A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*. Roma: Dike.
- Jahnsen, S. Ø., & Wagenaar, H. (2018). *Assessing Prostitution Policies in Europe*. Abingdon, New York: Routledge.
- Johnston, D. (2010). The History of Consent in Western Thought. In F. G. Miller, & A. Wertheimer, *The Ethics of Consent*. Oxford: Oxford University Press.
- Jonas, H. (1979). *Prinzip Verantwortung*. Frankfurt am Main,: Suhrkamp.
- Jones, D. H. (2010). Human Rights Law. In P. Hayes, & J. K. Roth, *The Oxford Handbook of Holocaust Studies*. Oxford University Press.
- Jorion, B. (1999). La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d’une règle morale dans le droit positif. *Revue du droit public*(1).
- Kant, I. (1984). *Lezioni di etica*. Roma; Bari: Laterza.
- Kant, I. (1995). Fondazione della metafisica dei costumi (2. Passaggio dalla filosofia morale popolare alla metafisica dei costumi). In P. Chiodi, *Scritti morali*. Torino: UTET.
- Kant, I. (2017). *Fondazione della metafisica dei costumi*. Milano: Bompiani.
- Kingston, S., Hammond, N., & Redman, S. (2021). *Women Who Buy Sex*. London: Routledge.
- Koch, E. (1991). *Maior dignitas est in sexu virili*,. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Kojève, A. (1996). *Introduzione alla lettura di Hegel*. Milano: Adelphi.
- Kojève, A. (1989). *Linee di una fenomenologia del diritto*. Milano: Jaca Book.

- Lacan, J. (1996). *Ecrits*. Paris: Seuikl.
- Laurie A. Rudman, J. c. (2014). Gender and Sexual Economics: Do Women View Sex as a Female Commodity? *Psychological Science*(25).
- Leone, G. (1947). Intervento. *Atti dell'Assemblea costituente*.
- Levi, P. (2014). *I sommersi e i salvati*. Torino: Einaudi.
- Lévi-Strauss, C. (1947). *Les structures élémentaires de la parenté*. Paris: PUF.
- Lia, A. D. (2019). Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019. *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Lippi, S. (2019). L'amore antisimmetrico. Dalla suggestione al desiderio, in Badiou, A., *Il sesso, l'amore*, Milano-Udine: Mimesis.
- Lister, K. (2020). *A Curious History of Sex*. London: Unbound.
- Lolli, F. (2012). Il carattere ambiguo del desiderio, in Lucci, A. & Pagliardini, A., *Desiderio e godimento tra psicoanalisi e filosofia*. Giulianova: Galaad.
- Luciani, M. (1983). *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*. Padova: CEDAM.
- Luciani, M. (2002). Il lavoro autonomo della prostituta. *Quaderni Costituzionali*(2).
- Müller, S. (2020). Concepts and Dimensions of Human Dignity in the Christian Tradition. *Interdisciplinary Journal for Religion and Transformation in Contemporary Society*(6).
- MacKinnon, C. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge; London: Harvard University Press.
- Macklin, R. (2003). Dignity is a useless concept. *Boston Medical Journal*(327).

- Maestri, G. (2021). La «legge» di Filumena o la “legge” di Graziana? Considerazioni su dignità e prostituzione tra Italia e Spagna. In A. Apostoli, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Maganzani, L. (2010). La dignità umana negli scritti dei giuristi romani. In A. Vv., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*. Tricase: Libellula Edizioni.
- Mangiameli, S. (2009). Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale? *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Manna, A. (2014). La Legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento. In A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*. Roma: Dike.
- Mannelli, L. (1989). Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale. *Il Foro italiano*(1).
- Marchesiello, M. (2018). Dignità umana e funzione antropologica del diritto nel pensiero di Stefano Rodotà (in margine a Vivere la democrazia). *Politica del diritto*(4).
- Marella, M. R. (2000). «Break On Through To The Other Side»: appunti sull’influenza di Marx nel femminismo giuridico. *Rivista critica del diritto privato*(4).
- Marino, G. (2007). Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione. In A. P. Umberto Breccia, *Atti di disposizione del proprio corpo*. Pisa: Pisa University Press.
- Martinet, J.-L. (2007). *Montaigne et la dignité humaine. Contribution à une histoire du discours de la dignité humaine*. Paris: Eurédit,.
- Marx, K. (1967). *L’ideologia tedesca*. Roma: Editori Riuniti.
- Marzano, M. (2006). *Je consens, donc je suis....* Paris: PUF.
- Marzano, M. (2012). *La fine del desiderio. Riflessioni sulla pornografia*. Milano: Mondadori.

- Mastromartino, F. (2021). Due concetti di dignità per due concetti di autonomia? *Diritto e questioni pubbliche*(1).
- Mathieson, A., Branam, E., & Noble, A. (2015). Prostitution Policy: Legalization, Decriminalization and the Nordic Model. *Seattle Journal for Social Justice*(4).
- Matthews, R. (2008). *Prostitution, Politics and Policy*. New York: Routledge.
- May, J. R., & Daly, E. (2020). *Human Dignity and Law*,. Cheltenham, UK-Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.
- McCrudden, C. (2008). Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*(4).
- McCrudden, C. (2018). On Portraying Human Dignity. In D. Grimm, A. Kemmerer, & C. Möllers, *Human Dignity in Context. Explorations of a Contested Concept*. Baden-Baden: Nomos.
- Medina, J. (2013). *The Epistemology of Resistance*. Oxford: Oxford University Press.
- Merlin, L., & Barberis, C. (1955). *Lettere dalle case chiuse*. Milano: Avanti!
- Merzagora, I., & Travaini, G. (2017). Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo. *Rivista italiana di medicina legale*(2).
- Messinetti, D. (1983). Personalità (diritti della). In A. Vv., *Enc. Dir.* (Vol. XXIII,). Milano.
- Meyer, M. J. (1987). Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought. *History of European Ideas*(8).
- Meyer, M. J. (1992). Introduction. In M. J. Meyer, & W. A. Parent, *The Constitution of Rights*. Ithaca; Londo: Cornell University Press.
- Meyer, M. J. (2001). The Simple Dignity of Sentient Life: Specism and Human Dignity. *Journal of Social Philosophy*(32).

- Miguel, C. R. (2002). Human Dignity: History of an Idea. In P. Häberle, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts Der Gegenwart*. Tübingen: Mohr Siebek.
- Mill, J. S. (1984). *On Liberty*. London.
- Mills, C. W. (1997). *The Racial Contract*. Ithaca: Cornell University Press.
- Mills, C. W., & Pateman, C. (2007). *Contract and Domination*. Cambridge,: Polity.
- Minetti, M. G., & Molfino, F. (2001). Psicoanalisi e femminismo: andata e ritorno. *Psicoterapia e scienze umane*(1).
- Modugno, F. (1995). *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Montanelli, I. (1993). *I libelli*. Milano: Rizzoli.
- Moreno-Cruz, P. (2021). Il privilegio epistemologico dell'ignoranza e la comparazione giuridica, tra voci silenziate e ricordi situati. *Diritto pubblico comparato ed europeo*(2).
- Morselli, E. (1921). Introduzione. In G. Vidoni, *Prostitute e prostituzione*. Torino: Lattes.
- Mousourakis, G. (2014). Decriminalizing Prostitution: some Lessons from Down Under. In A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*. Roma: Dike.
- Moyn, S. (2014). The Secret History of Constitutional Dignity. In C. McCrudden, *Understanding Human Dignity*. Oxford: Oxford University Press.
- Nedelsky, J. (2012). *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Nepi, L. (2017). *Violenza sessuale e soggettività sessuata*. Torino: Giappichelli.
- Niccolai, S. (2019). La legge Merlin e i suoi interpreti. In D. Danna, *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*. Milano: VandaEpublishing.
- Nicola, P. D., & Bonfanti, V. (2015). *I reati in materia di prostituzione*. Milano: Giuffrè.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic books.

- Nussbaum, M. C. (1998). "Whether From Reason or Prejudice": Taking Money for Bodily Services. *The Journal of Legal Studies*(2).
- Nussbaum, M. C. (1999). *Sex and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Nussbaum, M. C. (2004). *L'intelligenza delle emozioni*. Bologna: il Mulino.
- Nussbaum, M. C. (2019). *The Cosmopolitan Tradition*. Cambridge; London: Harvard University Press.
- Ober, J. (2014). Meritocratic and Civic Dignity in Greco-Roman Antiquity,. In M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, & D. Mieth, *The Cambridge Handbook on Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press,.
- Ober, J. (s.d.). *Three Kinds of Dignity*. Yale Law Workshop.
- O'Mahony, C. (2012). There is no such thing as a right to dignity. *International Journal of Constitutional Law*(10).
- O'Neill, E. (2013). The Equality of Men and Women. In D. Clarke, & C. Wilson, *The Oxford Handbook of Philosophy in Early Modern Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- O'Sullivan, L. F., & Allgeier, E. R. (1998). Feigning Sexual Desire: Consenting to Unwanted Sexual Activity in Heterosexual Dating Relationships. *The Journal of Sex Research*(3).
- Olivetti, M. (2001). Art. 1 Dignità umana. In R. Bifulco, M. Cartabia, & A. Celotto, *L'Europa dei diritti*. Bologna: il Mulino.
- Olivito, E. (2022). L'ultima parola e la prima. "Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo? *Nomos*(2).
- Pace, A. (2001). Metodi interpretativi e costituzionalismo. *Quaderni costituzionali*(1).
- Pacella, F. (2021). 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. In A. Apostoli, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Padovani, T. (2015). *Disciplina penale della prostituzione*. Pisa: Pisa University Press.
- Panebianco, M. (2021). La dignità come parametro e come diritto all'autodeterminazione. *Nomos*(2).
- Parisi, F. (2018). *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*. Torino: Giappichelli.
- Passaglia, P. (2019). Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione. *Consulta Online*(3).
- Pateman, C. (1988). *The Sexual Contract*. Cambridge: Polity Press.
- Penna, A. L. (2021). *La favola antica*. Salerno: Della Porta.
- Perry, M. J. (2016). Defining Gender. In P. J. Plessis, C. Ando, & K. Tuori, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Pezzini, B. (2012). Costruzione del genere e Costituzione. In B. Pezzini, *La costruzione del genere*. Bergamo: Bergamo University Press.
- Pezzini, B. (2021). Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere. In A. Apostoli, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Pezzini, B. (2022). La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica. In G. R. Gianluca Bascherini, *Per una storia costituzionale italiana attraverso la letteratura*. Milano: Franco Angeli.

- Pfordten, D. v. (2018). Considerazioni sul concetto di dignità umana. In V. Marzocco, *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*. Torino: Giappichelli.
- Pheterson, G. (1996). *The Prostitution Prism*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Picchi, M. (2020). La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale. *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Piechowiak, M. (2021). *Plato's Conception of Justice and the Question of Human Dignity*. Berlin: Peter Lang.
- Pinker, S. (2008, maggio 28). The Stupidity of Dignity. *The New Republic*.
- Pitch, T. (1986). La sessualità, le norme, lo Stato. Il dibattito sulla legge Merlin. *Memoria. Rivista di storia delle donne*(17).
- Pitch, T. (1989). *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*. Milano: Feltrinelli.
- Pitch, T. (2004). *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*. Torino: Giappichelli.
- Politi, F. (2018). *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*. Torino: Giappichelli.
- Politi, F. (2020). La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la “sostanza delle cose”. *Rivista AIC*(2).
- Politi, F. (2021). *Libertà costituzionali e diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli.
- Popper, K. (2003). *La società aperta e i suoi nemici. Platone totalitario*. Roma: Armando.
- Posner, R. (1992). *Sex and Reason*. Cambridge: Harvard University Press.

- Rachels, J. (1991). *Created from Animals: The Moral Implications of Darwinism*. Oxford: Oxford University Press.
- Radačić, I., & Pajnik, M. (2018). *Prostitution in Croatia and Slovenia. Sex Workers' Experiences*. Zagabria: Institute of Social Science Ivo Pilar.
- Rao, N. (2008). On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law,. *Columbia Journal of European Law*(14).
- Re, A. D. (2000). La nozione di dignità della vita umana: autonomia e riconoscimento reciproco. In P. Cattorini, E. D'Orazio, & V. Pocar, *Bioetiche in dialogo: la dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*. Milano.
- Re, L. (2018). Introduzione. La vulnerabilità fra etica, politica e diritto. In M. G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, & L. Re, *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*. Roma: IF Press.
- Recalcati, M. (2021). *L'ora di lezione*. Torino: Einauda.
- Rescigno, F. (2018). L'autodeterminazione della persona: il faticoso cammino del diritto positivo. *Rivista critica del diritto privato*(1).
- Rescigno, F. (2021). Riflessioni in ordine sparso su mercificazione del corpo, dignità, autodeterminazione e tentazioni moralistiche. In A. Apostoli, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Rescigno, F. (2022). *Per un "habeas corpus" di genere*. Napoli: ES.
- Resta, G. (2002). La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti). *Rivista di diritto civile*(6).
- Resta, G. (2010). La dignità. In S. Rodotà, & P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*. Milano: Giuffrè.
- Resta, G. (2014). *Dignità, persone, mercati*. Torino: Giappichelli.

- Rich, A. (1986). Compulsory Heterosexuality and Lesbian Experience. In A. Rich, *Blood, Bread and Poetry*. New York: W. W. Norton.
- Rigo, E. (2022). Cittadinanza, sangue e patriarcato: note per una critica femminista. *Questione giustizia*(4).
- Rigotti, C. (2020). Prostituzione e diritto: alcune riflessioni sui modelli legislativi europei. *MicroMega*(6).
- Riley, S. (2018). *Human Dignity and Law. Legal and Philosophical Investigations*. London; New York: Routledge.
- Riley, S. (2018). *Human Dignity and Law. Legal and Philosophical Investigations*. London; New York: Routledge,.
- Ripstein, A. (2009). *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ristroph, A. (2006). Sexual Punishments. *Columbia Journal of Gender and Law*(15).
- Rixen, S. (2006). Würde des Menschen als Fundamental der Grundrechte. In F. S. Heselahus, & C. Nowak, *Handbuch der Europäische Grundrechte*. Munich: Beck Verlag.
- Rocca, P. M. (2004). I principio di dignità della persona umana nella società globalizzata. *Democrazia e diritto*(2).
- Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma; Bari: Laterza.
- Rodotà, S. (2013). *La rivoluzione della dignità*. Napoli: La scuola di Pitagora editrice.
- Romano, B. (2022). *Delitti contro la sfera sessuale della persona*. Milano: Giuffrè.
- Romano, B. (1989). *Il diritto tra desiderio e linguaggio. L'autocoscienza in Hegel e l'inconscio in Lacan*, Roma: Bulzoni.
- Romboli, R. (1991). La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo. *Politica del diritto*(1).

- Ronchetti, L. (2006). Donne e corpi tra sessualità e riproduzione. *Costituzionalismo.it*(2).
- Ronchetti, L. (2018). *L'autonomia e le sue esigenze*. Milano: Giuffrè.
- Rosen, M. (2012). *Dignità. Storia e significato*. Torino: Codice edizioni.
- Rosse, C. O. (2022). Siamo Ombre Rosse: sew worker transfemministe contro la violenza, lo stigma e la criminalizzazione. In G. G. Geymonat, & G. Selmi, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*. Torino: Resenberg & Sellier.
- Roth, J. K. (2010). Ethics. In P. Hayes, & J. K. Roth, *The Oxford Handbook of Holocaust Studies*. Oxford: Oxford University Press.
- Roy F. Baumeister, K. D. (2008). Sexual Economics: Sex as Female Resource for Sociale Exchange in Heteroseual Interactions. *Personality and Social Psychology Review*(8).
- Rubin, G. S. (1993). Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality. In C. S. Vance, *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*. Thorsons.
- Ruggeri, A. (2013). Il principio personalista e le sue proiezioni. *Federalismi.it*(17).
- Ruggeri, A. (2018). La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi. *Consulta Online*(2).
- Ruggeri, A., & Spadaro, A. (1991). Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni). *Politica del diritto*(3).
- Ruggeri, A., & Spadaro, A. (2019). *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Ruotolo, M. (2010). Appunti sulla dignità umana. *Direitos Fundamentais & Justica*(11).
- Ruotolo, M. (2014). *Dignità e carcere*. Napoli: Editoriale Scientifica.

- Sabatini, L. P. (1991). Prostituzione (disposizioni penali in materia di). In A. VV., *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
- Sacco, F. (2005). Note sulla dignità umana nel ‘diritto costituzionale europeo’,. In S. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*,. Napoli: Jovene.
- Salazar, C. (2019). Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla “legge Merlin” e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA. In A. L. Barbara Pezzini, *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*. Torino: Giappichelli.
- Salazar, C. (2021). La Corte costituzionale, la "legge Merlin" e la "legge" di Filumena Martorano. In A. Apostoli, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Schroeder, D. (2012). Human Rights and Human Dignity. An Appeal to Separate the Conjoined Twins. *Ethic Theory and Moral Practice*(15).
- Schwartz, H. (2000). *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago: Chicago University Press.
- Sena, P. D. (2017). Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale. *Diritti umani e diritto internazionale*(3).
- Sensen, O. (2011). Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms. *European Journal of Political Theory*(10).
- Serughetti, G. (2019). *Uomini che pagano le donne*. Roma: Ediesse.
- Serughetti, G. (2022). Riflessioni critiche sulle alternative politico-normative sulla prostituzione in Italia. In G. G. Geymonat, & G. Selmi, *Prostituzione e lavoro*

- sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*. Torino: Rosenberg & Sellier.
- Shultziner, D. (2007). Human Dignity: Functions and Meanings. In J. Malpas, & N. Lickiss, *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*. Dordrecht: Springer.
- Shultziner, D., & Carmi, G. E. (2014). Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers. *The American Journal of Comparative Law*(62).
- Silvestri, G. (2009). *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*. Roma; Bari: Laterza.
- Singer, P. (1990). Animal Liberation. *New York Review*.
- Skinner, B. F. (1972). *Beyond Freedom and Dignity*. New York: Alfred A. Knopf.
- Smith, M., & Mac, J. (2018). *Revolting Prostitutes. The Fight for Sex Workers' Rights*. London: Verso.
- Smits, J. M. (2008). *Human Dignity and Uniform Law: an Unhappy Relationship*. Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working paper.
- Sorrenti, G. (2020) “Viaggio ai confini dell’eguaglianza giuridica”. Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso *Rivista AIC* (2).
- Spena, A. (2014). Esiste il paternalismo penale? *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.
- Spinoza, B. (1963). *Ethica*. Firenze: Sansoni.
- Srinivasan, A. (2021). *The Right to Sex*. London: Bloomsbury.
- Tabet, P. (2004). *La grande beffa. Sessualità delle donne e scambio sesso-economico*. Rubbettino.
- Tatafiore, R. (2012). *Sesso al lavoro*. Milano: il Saggiatore.

- Tenenbaum, T. (2022). *La fine dell'amore. Amare e scopare nel XXI secolo*. Roma: Fandango.
- Thiem, A. (2014). Human Dignity and Gender Inequalities. In M. Düwell, J. Braarvig, R. Brownsword, & D. Mieth, *The Cambridge Handbook on Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tuana, N. (2006). The Speculum of Ignorance: The Women's Health Movement and Epistemologies of Ignorance. *Hypatia*(3).
- Vassalli, G. (1965). Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della 'Legge Merlin'. In A. VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei* (Vol. 3). Milano: Giuffrè.
- Vegetti Finzi, S. (1987), Psicoanalisi e femminismo. *Lettera internazionale* (2).
- Veronesi, P. (2014). La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale. *Quaderni costituzionali*(2).
- Vialatoux, J. (1968). *La morale de Kant*. Paris: PUF.
- Viganò, F. (2022). Il principio di laicità e le recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione. In P. V. Alberto Cadoppi, *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale*. Bologna: Bologna University Press.
- Vigna, C., & Bettineschi, P. (2006). Desiderio. In A. Vv., *Enciclopedia filosofica* (Vol. 1). Milano: Bompiani.
- Vincenti, U. (2009). *Diritti e dignità umana*. Bari: Laterza.
- Viola, F. (2006). Dignità umana. In A. Vv., *Enciclopedia filosofica* (Vol. 3). Milano: Bompiani.
- Waldron, J. (2012). *Dignity, Rank and Rights*. Oxford: Oxford University Press.

- Waldron, J. (2014). Citizenship and Dignity. In C. McCrudden, *Understanding Human Dignity*. Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (s.d.). *Is Dignity the Foundation of Human Rights?* NYU Public Law & Legal Theory Research Paper Series.
- Weatherall, T. (2015). *Jus Cogens. International Law and Social Contract*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weitzer, R. (2018). Legal Prostitution: The German and Dutch Model. In E. Savona, M. Kleiman, & F. Calderoni, *Dual Markets*. Cham: Springer.
- Wertheimer, A. (2010). Consent to Sexual Relations. In F. G. Miller, & A. Wertheimer, *The Ethics of Consent*. Oxford: Oxford University Press.
- West, R. (2010). Sex, Law and Consent. In r. G. Miller, & A. Wertheimer, *The Ethics of Consent*. Oxford: Oxford University Press.
- Whitman, J. Q. (2005). 'Human Dignity' in Europe and the United States: the social foundations. In G. Nolte, *European and US Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wood, A. (1998). Humanity as an End in Itself. In P. Guyer, *Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals: Critical Essays*. Lanham: Rowman and Littlefield.
- Zanetti, A. M., & Danesin, L. (2017). *La Senatrice. Lina Merlin, un "pensiero operante"*. Padova: Marsilio.
- Zanetti, G. (1997). Eguaglianza. In A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Bari: Laterza.
- Zatti, P. (2010). Principi e forme del "governo del corpo". In S. Rodotà, & P. Zatti, *Trattato di biodiritto*. Milano: Giuffrè.
- Zeno-Zencovich, V. (2010). Approcci diversi a contratto e sessualità. In S. Rodotà, & P. Zatti, *Trattato di biodiritto* (Vol. 1). Milano: Giuffrè.

Zizek, S. (2019). *Il sesso e l'assoluto*. Milano: Ponte alle grazie.

Zollino, G. (2020). *Sex work is work*. Torino: Eris.

SENTENZE CITATE

Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 18/2022
Corte cost., sent. n. 97/2020
Corte cost., sent. n. 278/2019
Corte cost., sent. n. 242/2019
Corte cost., sent. n. 171/2019
Corte cost., sent. n. 141/2019
Corte cost., sent. n. 186/2018
Corte cost., sent. n.109/2016
Corte cost., sent. n. 250/2010
Corte cost., sent. n. 209/2009
Corte cost., sent. n. 252/2001
Corte cost., sent. n. 509/2000
Corte cost., sent. n. 293/2000
Corte cost., sent. n. 388/1999
Corte cost., sent. n. 309/1999
Corte cost., sent. n. 26/1999
Corte cost., sent. n. 351/1996
Corte cost., sent. n. 360/1995
Corte cost., sent. n. 304/1994
Corte cost., sent. n. 561/1987
Corte cost., sent. n. 161/1985
Corte cost., sent. n. 119/1973

Corte di Cassazione

Cass. pen., Sez. 3, n. 364/2019
Cass. pen., Sez. 3, n. 5768/2018
Cass. pen., Sez. 6, n. 26028/2018
Cass. pen., n. 15217/2017
Cass. pen., Sez. 3, n. 46463/2017
Cass. pen., Sez. 3, n. 14593/2017
Cass. pen., Sez. 6, n. 42545/2016

Cass. pen., Sez. 3, n. 49643/2015
Cass. pen., Sez. 3, n. 28196/2015
Cass. pen., Sez. 3, n. 17394/2015
Cass. pen., n. 12999/2015
Cass. pen., Sez. 3, n. 21020/2014
Cass. pen., Sez. 3, n. 13598/2014
Cass. pen., Sez. 3, n. 10248/2014
Cass. pen., Sez. 3, n. 4139/2012
Cass. pen., Sez. 3, n. 41404/2011
Cass. pen., Sez. 3, n. 25112/2007
Cass. pen., Sez. 3, n. 15158/2006
Cass. pen., Sez. 3, n. 35776/2004
Cass. pen., Sez. 1, n. 94/1966
Cass. pen., Sez. 3, n. 3540/1962

Cass. civ., Sez. 1, n. 16706/2020
Cass. civ., Sez. 6, n. 8169/2018
Cass. civ., n. 22413/2016
Cass. civ., Sez. 5, n. 15596/2016
Cass. civ., Sez. 5, n. 10578/2011
Cass. civ., Sez. 3, n. 9441/2010
Cass. civ., Sez. 3, n. 4927/1986
Cass. civ., n. 2229/1981

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

CGUE, sent. 14 ottobre 2004, *Omega*, C-36/02
CGUE, sent. 20 novembre 2001, *Jany et al.*, C-268/99

Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte EDU, sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*
Corte EDU, sent. 9 luglio 2013, *Vinter et al v. Regno Unito*