

***Dignità umana e libertà fondamentali nella prostituzione e nell'aiuto al suicidio\****

di **Flavia Pacella** – Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale nell'Università Sapienza di Roma

**ABSTRACT:** The article delves into the relationship between human dignity and fundamental freedoms, considering the particular cases of voluntary prostitution and assisted suicide. Drawing upon the recent judgments of the Italian Constitutional Court (n. 141 and 242 of 2019), it is argued that the criminalization of aiding another person in prostituting themselves or committing suicide is compatible with the provisions of the Constitution. In fact, both judgments explicitly affirm that the rationale of the criminal offenses under scrutiny is to be found in the protection of vulnerable persons. Based on such assertion, the main contention of the article is that in these judgments the Court conceptualizes the relationship between liberty and dignity through the prism of the principle of equality. Furthermore, it is purported that such an interpretation is warranted – from a *de jure condito* perspective – insofar as it neutralizes the widespread contentions of legal paternalism attached to the above-mentioned criminal offenses. Accordingly, the article also finds that – from a *de jure condendo* standpoint – the newly-recognized rationale of these offences will trigger the need to effectively ascertain the free will of the person who chooses to sell sex or die.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La prostituzione volontaria: la dignità umana come limite alla libertà di iniziativa economica. – 2.1. L'ordinanza di rimessione della Corte di Appello di Bari nel c.d. caso Tarantini. – 2.2. La sentenza n. 141/2019. – 2.3. Una conclusione provvisoria: la dignità umana, l'uguaglianza sostanziale e la pari dignità sociale. – 3. Il suicidio assistito: la dignità umana

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

come ampliamento della libertà di autodeterminazione (terapeutica). – 3.1. L’ordinanza di rimessione della Corte di Assise di Milano nel c.d. caso Cappato. – 3.2. Le decisioni della Corte costituzionale (ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019). – 4. Conclusione.

*“All human beings are born free and equal in dignity and rights.”*

*– Art. 1 Universal Declaration of Human Rights*

## **1. Introduzione**

Pur trattandosi di fattispecie giuridicamente eterogenee, la prostituzione e il suicidio presentano diversi e significativi punti di contatto, che ne giustificano una trattazione congiunta.

Da un punto di vista di politica criminale, entrambi i fenomeni sono accomunati dalla medesima tecnica di incriminazione. La prostituzione è disciplinata dalla legge n. 75/1958 (d’ora in avanti, legge Merlin), che si propone l’ambizioso obiettivo di abolire il mercato del sesso attraverso l’incriminazione non della condotta prostitutiva in sé, ma piuttosto delle cc.dd. condotte parallele di agevolazione e intermediazione poste in essere da terzi<sup>1</sup>. L’aiuto al suicidio è invece previsto e punito all’art. 580 c.p. Anche in questo caso la norma non sanziona la persona che intende togliersi la vita, ma coloro che la agevolano sul piano materiale o morale.

La prostituzione e il suicidio in sé considerati, dunque, sono atti penalmente leciti<sup>2</sup>. Tuttavia, mediante l’incriminazione delle condotte agevolatrici poste in essere da terzi, il legislatore ha inteso

---

<sup>1</sup> Più in particolare, la legge Merlin intendeva abolire il sistema regolamentarista previgente, imperniato – dal punto di vista giuridico – sul principio della libertà di scelta del meretricio e – dal punto di vista economico – sulle cc.dd. case di tolleranza. Poiché tale sistema aveva legittimato tanto lo sfruttamento economico della prostituzione quanto il sistematico abuso dell’autorità di polizia nei confronti delle prostitute, secondo autorevole dottrina il principio generale che la nuova legislazione ha inteso affermare 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”; da qui la scelta di non punire la prostituta ma chi la sfrutta o la agevola in qualsiasi modo (S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, in D. DANNA, S. NICCOLAI, L. TAVERNINI, G. VILLA, *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, Milano, VandAepublishing, 2019, 78). L’approccio abolizionista introdotto in Italia con la legge Merlin è soltanto uno dei possibili modelli di disciplina della prostituzione. Sul punto, si veda P. PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, in *Consulta online*, n. 3, 2019, 770 ss.

<sup>2</sup> Con riferimento alla prostituzione, la liceità è stata esplicitamente affermata dalla Corte costituzionale (v. sentenze nn. 141/2019 e 278/2019). Tuttavia, in dottrina è vivo il dibattito circa la natura giuridica di tali atti. A fronte di soluzioni interpretative che li qualificano come atti leciti (A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Archivio Penale*, n. 3, 2013, 13; F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *La giustizia penale*, n. 2, 2013, 476), vi sono ricostruzioni che li ritengono atti

creare una “cintura protettiva” attorno al soggetto<sup>3</sup>, a presidio dell’integrità della sua sfera giuridica. Un’interpretazione letterale e sistematica di tali norme, dunque, conduce a ritenerle applicabili anche nei casi in cui la scelta (di prostituirsi o di suicidarsi) sia stata effettuata in autonomia<sup>4</sup>.

Come sostenuto da autorevole dottrina<sup>5</sup>, nella misura in cui la punibilità delle condotte agevolatrici trovi fondamento nell’esigenza di proteggere la persona da se stessa, essa tradisce inevitabilmente un approccio del legislatore di chiara impronta paternalistica, sebbene di tipo indiretto<sup>6</sup>.

---

semplicemente tollerati, e quindi contrassegnati da disvalore<sup>3</sup> ma non punibili, se commessi *manu propria*, per ragioni di opportunità politica (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, CEDAM, 2016, 128-129). Vi è inoltre chi sostiene la loro qualificazione come diritti costituzionalmente protetti (F. P. LASALVIA, “*Libero sì ma non a pagamento*”. *Legge Merlin, sesso e diritto penale*, in *Archivio Penale*, n. 1, 2019, 11). Secondo altri l’esercizio della prostituzione è giuridicamente irrilevante (M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2002, 401). Infine, coerentemente con l’impostazione generale riportata sopra, S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., nega che la legge Merlin abbia configurato la prostituzione come attività lecita o libera. Posizioni analoghe si registrano con riferimento alla natura giuridica del suicidio. La qualificazione come atto illecito è stata sostenuta, ad esempio, da P. NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica del suicidio in Italia*, in *Suicidio e tentato suicidio in Italia*, Milano, Giuffrè, 1967, 389; di atto tollerato parla, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giustizia penale*, n. 1, 2017, 31 ss. La ricostruzione in termini di liceità della condotta suicidaria è avanzata, fra i tanti, da S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 677. Il suicidio come libertà o come mero fatto è sostenuta invece da R. E. OMODEI, *La problematica incriminazione dell’istigazione e aiuto al suicidio. Possibilità e limiti del principio di solidarietà*, in AA. VV., *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di G. DODARO e E. MANCUSO, Milano, DipLap, 2018, 54 ss. Sul punto si rimanda anche a F. FAENZA, *I profili penali del suicidio*, in AA. VV. *Trattato di Biodiritto*, vol. I, a cura di S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2010, 1801 ss.

<sup>3</sup> Tale espressione è stata coniata dalla Corte costituzionale con riferimento all’aiuto al suicidio (Corte cost., ord. n. 207/2018, §4 cons. dir.). In relazione alla prostituzione, la *ratio* protettiva emerge precipuamente dalla scelta di criminalizzare lo sfruttamento e l’agevolazione da parte di terzi della persona che si prostituisce. Preme tuttavia tenere a mente che, alla luce di un’interpretazione sistematica della legge Merlin, la scelta di incriminare le condotte *lato sensu* agevolative della prostituzione trova il suo fondamento politico nel regime abolizionista introdotto dalla stessa legge (sul punto v. *supra* nota 1).

<sup>4</sup> La configurabilità delle fattispecie incriminatrici in esame anche nei casi in cui via sia, a monte, una scelta libera e consapevole risulta infatti coerente sia con la *ratio* protettiva delle norme sia con la generale politica abolizionista perseguita dalla legge Merlin.

<sup>5</sup> *Ex multis*, A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. FIANDACA e G. FRANCOLINI, Torino, Giappichelli, 2008, 96 ss.; A. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, n. 20, 2013, 421 ss.; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7, 2018, 57 ss.

<sup>6</sup> Secondo J. FEINBERG, *Harm to Self*, in *The Moral Limits of the Criminal law*, vol. III, Oxford, Oxford University Press, 1986, 9, “*legal paternalism is the theory or principle that recognizes the need to prevent self-inflicted harm as a legitimizing reason for coercive legislation*”. Alla luce della tassonomia proposta dall’Autore, è possibile distinguere il paternalismo diretto, che si ha quando la norma paternalistica si applica a casi che coinvolgono una sola parte (cc.dd. *single-party cases*, come ad esempio il divieto di automutilazione), dal paternalismo indiretto, che ricorre quando la norma paternalistica si applica ai casi che coinvolgono due parti (cc.dd. *two-party cases*, come ad esempio il divieto di eutanasia). In tale ultima ipotesi, il divieto colpisce un soggetto diverso da quello che la norma vuole proteggere.

Evidentemente, questa configurazione normativa chiama in questione così la libertà di autodeterminazione – riconosciuta e tutelata in via generale dagli artt. 2 e 13 Cost. – come i principi di laicità e pluralismo<sup>7</sup>. È chiara, infatti, la fibrillazione cui sarebbero sottoposti i fondamenti liberali del nostro ordinamento di fronte ad un legislatore che, presidiando con la sanzione penale condotte prive di capacità lesiva in quanto strumentali all’esercizio di libertà altrui, imponga ai consociati di adeguarsi alla morale sociale corrente, anche laddove questa sia in contrasto con il sistema di valori del singolo individuo. Ciò risulta tanto più vero sol se si consideri che tanto la prostituzione quanto il suicidio sono inestricabilmente collegati a due valori supremi del nostro ordinamento – la vita e la dignità umana – connotati da un significato eminentemente assiologico<sup>8</sup>.

Le questioni che si sono recentemente poste all’attenzione della Corte costituzionale riguardano proprio la legittimità dell’incriminazione delle condotte materialmente agevolative della prostituzione e del suicidio, nelle particolari ipotesi in cui non vi sia, in concreto, alcuna interferenza da parte del soggetto attivo nella decisione (di prostituirsi o di suicidarsi) compiuta dal soggetto passivo.

Nel presente lavoro, ci si propone di analizzare, a partire dalle recenti sentenze della Consulta nn. 141 e 242 del 2019, la latitudine applicativa della libertà di autodeterminazione in relazione al principio di dignità umana. Dopo una ricostruzione delle questioni di legittimità sollevate dai giudici di merito, si cercherà di sostenere che le risposte della Corte propongono una condivisibile lettura del rapporto dignità-libertà attraverso il prisma del principio di uguaglianza, nella sua particolare declinazione protettiva delle persone vulnerabili. In questi termini, dunque, è possibile affermare la compatibilità delle fattispecie penali indubiate con la Carta costituzionale.

---

<sup>7</sup> Come autorevolmente sostenuto in dottrina, “dal collegamento sistematico tra il riconoscimento dei diritti fondamentali e della libertà della persona [...] e i principi di laicità e pluralismo [discende che] alla persona non possono essere imposte dall’esterno le sue scelte esistenziali, fintanto che la sua condotta non offenda beni di altri consociati” (A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Archivio Penale*, n. 3, 2017, 10). Sul punto si veda anche, *ex multis*, D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 55.

<sup>8</sup> Sul punto si rimanda, fra i tanti, a J. HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, in *Metaphilosophy*, n. 4, 2010, 464 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1949, 211 ss.

## **2. La prostituzione volontaria: la dignità umana come limite alla libertà di iniziativa economica**

### **2.1. L'ordinanza di rimessione della Corte di Appello di Bari nel c.d. caso Tarantini**

Come è noto, con la sentenza n. 141/2019 la Consulta si è pronunciata sulla legittimità costituzionale delle fattispecie di reclutamento<sup>9</sup> e favoreggiamento<sup>10</sup> della prostituzione, nella parte in cui configurano come illecito penale anche le condotte poste in essere nei confronti di persone che volontariamente e consapevolmente esercitano la prostituzione<sup>11</sup>.

Secondo la Corte di Appello rimettente, la libertà di autodeterminazione sessuale (art. 2 Cost.) e la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) osterebbero all'incriminazione delle condotte di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, qualora tale attività sia posta in essere in un contesto scevro da "costrizioni incidenti sulla libera determinazione della prostituta"<sup>12</sup>. Non solo: nella prospettiva del giudice *a quo*, dai suddetti principi costituzionali discenderebbe un vero e proprio diritto all'esercizio della prostituzione volontaria. In questa ottica, dunque, le fattispecie impugnate si porrebbero altresì in contrasto con il principio di offensività del reato (artt. 13, 25 e 27 Cost.) e, con riferimento alla sola fattispecie di favoreggiamento, anche con i principi di determinatezza e tassatività delle norme penali (art. 25, secondo comma, Cost.).

---

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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*, P. DI NICOLA-V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, Milano, Giuffrè 2015, 47 ss.).

<sup>11</sup> Le condotte contestate agli imputati 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 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. Occorre sottolineare che gli imputati non utilizzavano metodi coercitivi per indurre le donne reclutate ad effettuare le prestazioni sessuali. Al contrario, si trattava della mera prospettiva dei vantaggi economici che sarebbero scaturiti dall'eventuale effettuazione di tali prestazioni. Le donne reclutate, dunque, rimanevano nella piena libertà di decidere se prostituirsi o meno.

<sup>12</sup> Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018, §7.

In particolare, per quel che interessa in questa sede, il ragionamento del collegio rimettente si snoda attraverso il seguente percorso argomentativo.

L’ordinanza prende le mosse da una constatazione di fatto, cioè l’emersione della prostituzione professionale delle *escort* come fenomeno del tutto nuovo rispetto al contesto sociale, postbellico, in cui fu concepita e approvata la legge Merlin. Nello specifico, il termine *escort* indicherebbe “l’accompagnatrice ovvero la persona retribuita per accompagnare qualcuno e che è disponibile anche a prestazioni sessuali, con esclusione, quindi, di quelle forme di esercizio coattivo della prostituzione ovvero necessitato da ragioni di bisogno”<sup>13</sup>. La Corte, dunque, prospetta una tassonomia della prostituzione, individuandone tre diverse estrinsecazioni: quella coattiva, quella volontaria e quella di bisogno<sup>14</sup>.

Alla luce di tale premessa fattuale, l’ordinanza di rimessione postula che la scelta libera e consapevole di offrire prestazioni sessuali in cambio di corrispettivo costituisce una forma di esercizio della libertà di autodeterminazione sessuale, il cui fondamento costituzionale sarebbe da rinvenirsi nell’art. 2 Cost.<sup>15</sup>. Tale libertà, infatti, risulterebbe inevitabilmente compromessa da norme che sanzionano penalmente le condotte di intermediazione o agevolazione dell’attività prostitutiva volontaria. In questi casi, le condotte ausiliatrici costituirebbero semplicemente uno strumento di attuazione concreta della libertà di autodeterminazione sessuale. In questo senso,

---

<sup>13</sup> *Ibidem*. Autorevole dottrina ha sottolineato la problematicità di questa definizione nella misura in cui, dando per presupposta sempre e comunque la libertà di scelta della *escort*, arriva a negare che essa possa essere frutto di una “condizione di bisogno o [di] una coazione (anche solo ambientale o culturale o sociale o familiare) [...] e che qualcuno possa mai «avvantaggiarsi» di tali situazioni o approfittare della «vulnerabilità» di tali soggetti” (C. 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*, 4, 2019, 177).

<sup>14</sup> Questa tripartizione è ricorrente anche in dottrina. Si vedano, *ex multis*, P. DI NICOLA-V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, op. cit., 50 (le Autrici si riferiscono, nello specifico, alla “prostituzione costretta”, “determinata dall’indigenza” e “pienamente consapevole”); M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, op. cit., 2; A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, in *Archivio Penale*, n.1, 2019, 5; *Contra* F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, op. cit., 476, che prospetta una bipartizione tra prostituzione coattiva e prostituzione libera, quest’ultima includendo anche la prostituzione “condizionata dalle circostanze”. Per un inquadramento sociologico si veda, inoltre, G. SERUGHETTI, *Uomini che pagano le donne. Dalla strada al web, i clienti nel mercato del sesso contemporaneo*, Roma, Ediesse, 2019, 34 ss.

<sup>15</sup> Ciò sulla base della sentenza della Corte costituzionale n. 561/1987, nella parte in cui afferma 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”.

dunque, si arriva ad affermare l'esistenza di un vero e proprio diritto, costituzionalmente tutelato, all'esercizio della prostituzione (volontaria)<sup>16</sup>.

Tale linea argomentativa conduce il collegio rimettente a ritenere che le norme impugnate si pongano in contrasto anche con il principio di offensività del reato. Richiamando una giurisprudenza di legittimità ormai consolidata<sup>17</sup>, l'ordinanza di rimessione individua come bene protetto dalle norme incriminatrici della legge Merlin proprio la libertà di autodeterminazione della *sex worker*<sup>18</sup>. Pertanto, qualora le condotte di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione non incidano, in concreto, su tale libertà, esse non presentano alcuna potenzialità lesiva del bene giuridico.

Secondo il giudice *a quo*, 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"<sup>19</sup>.

Alla luce della ricostruzione sopra effettuata, è possibile preliminarmente osservare come l'*iter* argomentativo del collegio rimettente si fondi sul riconoscimento di un diritto di decidere di offrire sul mercato prestazioni sessuali quale declinazione della libertà di autodeterminazione sessuale e di iniziativa economica privata. Sotto questo profilo, tuttavia, l'ordinanza restituisce l'idea di una libertà totalitaria e assolutizzante. Infatti, la Corte barese sembra non porsi il problema che, anche quando ci si trovi al di fuori di qualsiasi forma di prossenetismo, vi possano nondimeno essere delle esigenze di tutela che giustifichino la compressione della libertà di autodeterminazione<sup>20</sup>. La

---

<sup>16</sup> Nelle parole della Corte barese, 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).

<sup>17</sup> *Ex multis* Cass. pen., n. 35776/2004.

<sup>18</sup> Si tratta, nello specifico, della libertà di autodeterminazione sessuale intesa nella sua accezione positiva, cioè come modalità autoaffermativa della persona umana. Questa nozione positiva di autodeterminazione sessuale si contrappone alla nozione negativa, che concepisce questa libertà come assenza di coazioni fisiche o psichiche da parte di terzi (su questa distinzione v. Corte cost., n. 141/2019, §5.1. cons. dir.).

<sup>19</sup> Corte di Appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018, §10.

<sup>20</sup> V., ad esempio, il paragrafo 11 dell'ordinanza, dove si afferma che la libertà di autodeterminazione gode di un ruolo di preminenza rispetto alla morale pubblica, anche nei casi in cui tale libertà si espliciti in maniera divergente rispetto al senso collettivo.

matrice politico-ideologica della Corte appare chiara sol che si ricordino le parole di John Stuart Mill, secondo cui “l’unica parte del comportamento di ciascuno per cui egli deve rispondere alla società è quella che riguarda gli altri; nella parte che riguarda meramente se stesso la sua indipendenza è per diritto assoluta: su di sé, sul suo corpo, e sulla sua mente l’individuo è sovrano”<sup>21</sup>.

Questa posizione, che è culturale prima ancora che giuridico-interpretativa, porta il collegio a paragonare, sotto il profilo proprio della libertà di autodeterminazione e del suo rapporto con la dignità umana, il fenomeno della prostituzione volontaria con quello del rifiuto di trattamenti terapeutici di sostegno vitale. In particolare, l’ordinanza di remissione afferma che si ripropone “nella tutela della dignità di chi si autodetermini alla cessione lucrativa della propria corporeità 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”<sup>22</sup>. In altri termini, l’esigenza di tutelare la dignità umana delle persone che liberamente decidono di esercitare il meretricio sarebbe la medesima esigenza di tutela che ricorre nel campo delle scelte sui trattamenti terapeutici. L’inviolabilità della libertà di autodeterminazione e il principio di dignità umana comporterebbero allora il riconoscimento di una sovranità assoluta dell’individuo in merito alle proprie scelte di vita (e di fine-vita).

Risulta di tutta evidenza che la nozione di dignità umana accolta dai giudici rimettenti sia eminentemente soggettiva<sup>23</sup>. Coerentemente con tale impostazione, essa è costruita come un mero predicato della libertà di autodeterminazione. Secondo il collegio rimettente, dunque, nella prostituzione volontaria la tutela della dignità umana e la tutela dell’autodeterminazione sessuale

---

<sup>21</sup> J. S. MILL, *On Liberty*, London and Melbourne, 1984, 78. Si tratta, in particolare, della prima compiuta teorizzazione del c.d. *harm principle*, cardine del liberalismo penale anglosassone. Sul punto si veda anche J. FEINBERG, *Harm to Self*, op. cit., 52 ss.

<sup>22</sup> Corte di Appello di Bari, ordinanza di remissione, 6 febbraio 2018, §11.

<sup>23</sup> Sulla distinzione tra nozione soggettiva e oggettiva di dignità si vedano, fra i tanti, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2013, 1 ss.; G. RESTA, *La dignità*, in AA. VV. *Trattato di Biodiritto*, vol. I, a cura di S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2010, 259 ss.; F. J. A. ROIG, *Diritti fondamentali e dignità umana*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2012, 22; P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2017, 573 ss.; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2013; A. RUGGERI, *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, n. 2, 2018, 392 ss.; R. E. OMODEI, *La problematica incriminazione dell’istigazione e aiuto al suicidio. Possibilità e limiti del principio di solidarietà*, in AA. VV., *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di G. DODARO e E. MANCUSO, Milano, DipLap, 2018, 54 ss.

non si porrebbero su un piano di antagonismo. L'esercizio effettivo della libertà di autodeterminazione, anche quando si tratti della scelta di vendere la propria sessualità sul mercato, diventerebbe allora lo strumento attraverso il quale lo Stato garantisce il pieno sviluppo della persona umana.

## 2.2. La sentenza n. 141/2019

L'impostazione logico-interpretativa della Corte di Appello di Bari è stata interamente refutata dalla Consulta, che ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità.

In particolare, con riferimento all'asserita violazione dell'art. 2 Cost., la Corte afferma che si tratterebbe, in realtà, di un parametro inconferente. A ben vedere, infatti, 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"<sup>24</sup>. Se da un lato è vero che la libertà di autodeterminazione sessuale sia tutelata *ex art. 2 Cost.* e che 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. In questo quadro, dunque, l'esercizio della prostituzione, ancorché volontaria, non rappresenta uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, trattandosi molto più semplicemente di una particolare forma di attività economica<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Corte cost., n. 141/2019, §5.2. cons. dir. Tale conclusione sarebbe suffragata, secondo la Corte, anche dal tradizionale 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. Pertanto, si applica il regime della *soluti retentio* di cui all'art. 2035 c.c. (Corte cost., n. 141/2019, §6.2. cons. dir.). È evidente, infatti, che se il contratto prostitutivo fosse strumento per l'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato non potrebbe essere considerato contrario al buon costume.

<sup>25</sup> Secondo la Corte questa affermazione sarebbe supportata dalla giurisprudenza della CGUE, che qualifica l'attività prostitutiva proprio in termini di "prestazione di servizi retribuita" (cfr. sentenza 20 novembre 2001, causa C-268/99, Jany *et al*), e dalla stessa Corte di cassazione, che ha ritenuto assoggettabili a imposta i proventi di tale attività (cfr., *ex multis*, sentt. nn. 22413/2016 e 15596/2016). Autorevole dottrina ritiene che l'impianto positivo della legge Merlin confermi che l'attività prostitutiva non possa essere qualificata come espressione della libertà della persona (S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit.).

Sulla scorta di questa conclusione, risulterebbe invece pienamente pertinente il richiamo all'art. 41 Cost. Tuttavia, anche con riferimento a questo parametro la questione di legittimità costituzionale risulta infondata. A tanto la Corte giunge valorizzando i limiti previsti dal secondo comma della norma in esame, secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

Secondo il Giudice delle leggi, infatti, le limitazioni allo svolgimento dell'attività prostitutiva contenute nella legge Merlin, sotto forma di incriminazione, si giustificano proprio sulla base della necessaria tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana<sup>26</sup>. La Corte, dunque, mostra di non recepire l'impostazione del giudice *a quo*, che individuava 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 tanto i diritti fondamentali delle persone vulnerabili quanto la dignità umana<sup>27</sup>.

Con riferimento alla necessità di tutela dei diritti fondamentali, la Corte adduce essenzialmente tre motivazioni. In primo luogo, nota che “anche quando la scelta di prostituirsi sia libera, nella larghissima maggioranza dei casi essa 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”<sup>28</sup>. In secondo luogo, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono è difficile da individuare, sia sul piano teorico che sul piano dell'accertamento giurisdizionale<sup>29</sup>. In terzo luogo, anche quando si sia in presenza di una scelta libera e consapevole, 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 sessuali<sup>30</sup>. Si noti

---

<sup>26</sup> Corte cost., n. 141/2019, §6.1. cons. dir.

<sup>27</sup> *Contra* M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, op. cit., 11.

<sup>28</sup> Corte cost., n. 141/2019, §6.1. cons. dir. Si tratta, secondo R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2019, 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'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)”. Peraltro, 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).

<sup>29</sup> Corte cost., n. 141/2019, §6.1. cons. dir.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

che, attraverso questa linea argomentativa, la Corte giunge ad affermare una vera e propria presunzione – relativa, come si vedrà oltre – di vulnerabilità della persona che si prostituisce, anche nei casi in cui vi sia stata una scelta libera e consapevole<sup>31</sup>.

Con riferimento alla finalità di tutela della dignità umana, al contrario di quanto sostenuto dal giudice *a quo*, la Consulta 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”<sup>32</sup>. 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<sup>33</sup>, 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 irrilevanti<sup>34</sup>.

L’individuazione della dignità umana e dei diritti fondamentali dei più vulnerabili come beni giuridici protetti dalle norme censurate<sup>35</sup> conduce la Consulta ad affermare la piena compatibilità

<sup>31</sup> C. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»*, op. cit., 187; M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, op. cit., 9.

<sup>32</sup> Corte cost., n. 141/2019, §6.1. cons. dir.

<sup>33</sup> C. 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 AA. VV., *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, a cura di B. PEZZINI e A. LORENZETTI, Torino, Giappichelli, 2019, 166; M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, op. cit., 401. È interessante notare che la Consulta con questo ragionamento sposa inequivocabilmente la definizione di matrice kantiana della dignità come divieto di strumentalizzazione di sé e degli altri. Occorre tuttavia precisare che tale definizione è stata messa in discussione da una parte della dottrina moderna, che ha posto l’accento sull’aspetto di degradazione e umiliazione congenito alla violazione della dignità (v., a titolo di esempio, T. HÖRNLE, *Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity*, in *Criminal Law and Philosophy*, n. 6, 2012, 307 ss.; A. MARGALIT, *The Decent Society*, Harvard University Press, 1996).

<sup>34</sup> Corte cost., n. 141/2019, §5.1. cons. dir. Conferma se ne trae anche dalla giurisprudenza ordinaria (Cass. pen., nn. 14593/2018 e 5768/2018). In relazione all’uso della dignità umana fatto dalla Consulta in questa sentenza, non si può non notare l’assonanza con le celeberrime decisioni d’oltralpe sul “lancio del nano” (Conseil d’Etat, 27 ottobre 1995) e sul *peep show* (Bundesverwaltungsgericht, 15 dicembre 1981). Sul punto si veda anche CGUE, sentenza 14 ottobre 2004, C-36/02 (c.d. “caso Omega”).

<sup>35</sup> Si noti che, a questo proposito, la sentenza in commento risulta coerente con la prevalente giurisprudenza di legittimità. All’esito di una lunga evoluzione, infatti, anche la Corte di Cassazione è giunta a ritenere che le fattispecie *de quibus* tutelino tanto la dignità umana (in senso oggettivo, evidentemente) quanto la libertà di autodeterminazione della persona che si prostituisce. Tradizionalmente, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti collocavano il bene giuridico protetto nel buon costume e nella moralità pubblica. Sulle spinte di una parte della dottrina laica e progressista, la Corte di Cassazione arriva nel 2004 ad affermare che i beni giuridici tutelati siano la dignità e la libertà

delle norme impugnate con il disposto dell'art. 41, secondo comma, Cost. e con il principio di offensività del reato, inteso nella sua dimensione astratta<sup>36</sup>.

Il ragionamento della Corte costituzionale, sopra sinteticamente ripercorso, è stato oggetto di osservazioni critiche da parte della dottrina.

In primo luogo, si è evidenziato che il ricorso ad una nozione oggettiva di dignità e il riconoscimento di una sostanziale presunzione di vulnerabilità della persona che decide, anche autonomamente, di prostituirsi sembrano essere espressione di un paternalismo penale indiretto di tipo forte<sup>37</sup>. In sostanza, poiché la Corte – come il legislatore – reputa la scelta di prostituirsi contraria alla morale sociale, essa conclude che la persona sia in realtà incapace di autodeterminarsi e dunque bisognosa di una protezione anche da se stessa. Tale approccio ha portato ad una valutazione di compatibilità delle norme impugnate con il principio di offensività in astratto ma, evidentemente, pone non pochi problemi di giustificazione in un'ottica liberale e personalista<sup>38</sup>.

In secondo luogo, occorre notare che all'affermazione della piena compatibilità delle fattispecie impugnate con il principio di offensività in astratto corrisponde una parimenti chiara asserzione della Corte circa la necessità di un rigoroso vaglio dell'offensività in concreto. Si tratta, in buona sostanza, del “potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza

---

di autodeterminazione sessuale della prostituta (Cass. pen., n. 35776/2004). Tale impostazione, seppur con qualche incertezza, sembra essere quella ad oggi prevalente (v., ad esempio, Cass. pen., nn. 49643/2015 e 14593/2018). Sull'evoluzione del bene giuridico si veda, fra i tanti, A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2018, 164 ss. In virtù di tale orientamento, le fattispecie incriminatrici *de quibus* potrebbero essere ricondotte alla categoria dei reati plurioffensivi per la cui consumazione è sufficiente la lesione di uno solo dei beni presidiati. Nello specifico, si avrebbe lesione della libertà di autodeterminazione ogniqualvolta le condotte *lato sensu* agevolative siano poste in essere nei confronti di una persona costretta ad esercitare la prostituzione. Al contrario, si avrebbe lesione del principio di dignità umana nelle ipotesi di prostituzione volontaria. Sulla dignità come bene giuridico penalmente protetto in una prospettiva comparata si veda T. HÖRNLE-M. KREMNIETZER, *Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law*, in *Israel Law Review*, n. 44, 2011, 143 ss.

<sup>36</sup> Corte cost., n. 141/2019, §7.3. cons. dir.

<sup>37</sup> 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. J. FEINBERG, *Harm to Self*, op. cit., 12). Si tratta, dunque, di un paternalismo funzionale all'effettività della formazione della volontà del soggetto che intende porre in essere condotte autodistruttive. A questo proposito, parla di *paternalismo tutorio* A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 1210 ss.

<sup>38</sup> *Ex multis*, R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, op. cit., 1; A. 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 Quaderni costituzionali*, 20 giugno 2019.

di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva<sup>39</sup>. Sotto le mentite spoglie di un'apparente ridondanza, autorevole dottrina ha osservato come questa affermazione celi un significativo *vulnus* nel ragionamento della Consulta<sup>40</sup>. Invero, i giudici comuni potranno per l'effetto escludere facilmente la tipicità dei reati in materia di prostituzione applicando il *test* dell'offensività in concreto, in tal modo svilendo la portata oggettiva, e dunque tendenzialmente assoluta, della dignità umana fatta propria dalla Corte<sup>41</sup>. In questo senso, l'affermazione della dignità oggettiva come bene giuridico e, di conseguenza, come limite alla libertà di iniziativa economica nel mercato prostitutivo potrebbe rischiare di risolversi in una mera petizione di principio<sup>42</sup>.

In terzo luogo, a parer di chi scrive, l'aver individuato nella dignità e nella protezione dei diritti dei più vulnerabili la *ratio* dell'incriminazione dimostra quanto la Corte sia conscia delle profonde asimmetrie e disuguaglianze che caratterizzano il fenomeno della prostituzione<sup>43</sup>. Eppure, nonostante la piena consapevolezza del fatto che la prostituzione perpetui queste disuguaglianze, prima fra tutte quella di genere, la Corte sembra aver perso una preziosa occasione per riconoscere esplicitamente come fondamento costituzionale dell'incriminazione del favoreggiamento e del reclutamento della prostituzione il principio antisubordinazione di genere (art. 3 Cost.)<sup>44</sup>.

Giunti a tal punto, occorre chiedersi se tali obiezioni risultino insuperabili. La risposta deve essere negativa. Si ritiene, a tale proposito, che tanto l'ampio spazio di discrezionalità riconosciuto

<sup>39</sup> Corte cost., n. 141/2019, §7.3. cons. dir.

<sup>40</sup> R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sentenza n. 141/2019)*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 26 novembre 2019, 11.

<sup>41</sup> P. SCARLATTI, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, 40.

<sup>42</sup> La tesi della dignità oggettiva come bene protetto sembra essere stata peraltro rimeditata dalla stessa Consulta nella successiva sentenza n. 278/2019. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle fattispecie di tolleranza abituale e – ancora una volta – favoreggiamento della prostituzione volontaria, la Corte ha ristretto l'oggetto della tutela penale ai diritti fondamentali delle persone vulnerabili, omettendo ogni riferimento alla dignità umana (v. M. PICCHI, *Una nuova pronuncia sulle condotte criminali parallele alla prostituzione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 4).

<sup>43</sup> Ciò emerge, in particolar modo, nella parte della sentenza in cui si riconosce una posizione di intrinseca vulnerabilità della persona che decide, anche liberamente, di prostituirsi. Sulle asimmetrie che connotano la prostituzione v., fra i tanti, C. D'ELIA-G. SERUGHETTI, *Libere tutte. Dall'aborto al velo, donne nel nuovo millennio*, Roma, Minimum fax, 2017, 170; A. DWORKIN, *Prostitution and Male Supremacy*, in *Michigan Journal of Gender and Law*, n. 1, 1993, 1 ss.; L. REANDA, *Prostitution as a Human Rights Question: Problems and Prospects of United Nations Action*, in *Human Rights Quarterly*, n. 13, 1992, 202 ss.

<sup>44</sup> Per un'elaborazione teorica di tale principio si rinvia a B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio antisubordinazione*, in AA. VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III – Dei diritti e dell'eguaglianza, a cura di G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI, Napoli, Jovene, 2009.

dalla Corte al giudice comune con la valutazione dell'offensività in concreto quanto l'individuazione della *ratio* dell'incriminazione nella protezione delle persone vulnerabili siano invece il punto di forza della decisione in commento.

A ben vedere, infatti, queste affermazioni sono espressione di un paternalismo di tipo debole, poiché orientate all'effettività della libertà di scelta<sup>45</sup>. La legittimazione e la legittimità dell'incriminazione delle condotte *lato sensu* agevolative della prostituzione (anche volontaria) derivano allora dalla necessità di accertare la reale volontà della persona che decide di offrire sul mercato prestazioni sessuali, visto che tale attività economica, anche qualora sia frutto di una scelta consapevole, è connotata da disuguaglianze strutturali che “deformano la rappresentazione di un rapporto tra pari”<sup>46</sup>. In questo quadro, l'esplicito riferimento al potere-dovere del giudice comune di valutare l'offensività in concreto diventa lo strumento che permette di accertare la reale volontà della persona che ha deciso di offrire prestazioni sessuali sul mercato<sup>47</sup>. Da qui la relatività della presunzione di vulnerabilità<sup>48</sup>.

Ma come può conciliarsi l'impostazione del paternalismo debole con l'interpretazione della nozione di dignità data dalla Corte?

### **2.3. Una conclusione provvisoria: la dignità umana, l'uguaglianza sostanziale e la pari dignità sociale**

Come illustrato poc'anzi, la nozione di dignità accolta nella sentenza n. 141/2019 è oggettiva. In questo senso, essa sembra effettivamente essere espressione di un paternalismo forte<sup>49</sup>. A ben

---

<sup>45</sup> V. *supra*, nota 37.

<sup>46</sup> C. D'ELIA-G. SERUGHETTI, *Libere tutte. Dall'aborto al velo, donne nel nuovo millennio*, op. cit., 170.

<sup>47</sup> L'accertamento concreto in ordine alla reale volontà della persona viene così ad assumere un'importanza dirimente. Infatti, la responsabilità penale per le condotte *lato sensu* agevolative della prostituzione potrà configurarsi tanto nell'ipotesi – mai messa in discussione – di un'assenza di libertà di scelta, quanto nel caso di una libertà di scelta non effettiva. Sul punto v. *infra* §4.

<sup>48</sup> *Contra* P. F. BRESCIANI, *La protezione dei deboli e vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, 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”.

<sup>49</sup> V. *supra*, nota 37 e §2.2.

vedere, però, nella decisione in commento la dignità umana si fa strumento immediato e diretto di attuazione del principio di uguaglianza formale e sostanziale<sup>50</sup>.

Se, infatti, la prostituzione – sia dal punto di vista fattuale che giuridico – è connotata da disuguaglianze strutturali che giustificano una presunzione (relativa) di vulnerabilità della persona che si prostituisce, allora l’incriminazione delle condotte *lato sensu* agevolative della prostituzione diventa lo strumento attraverso il quale l’ordinamento cerca di rimuovere tali condizioni di vulnerabilità. In questo senso, si può affermare altresì che la nozione oggettiva di dignità, per come utilizzata nella sentenza in commento, è funzionale anche a promuovere la pari dignità sociale *ex* art. 3, primo comma, Cost.

In effetti, tale conclusione risulta coerente con l’impianto assiologico e teleologico della Costituzione, il quale mette chiaramente in evidenza la connessione tra lavoro, dignità e mercato. Del resto, tutti i (pochi) riferimenti espliciti alla dignità umana contenuti nella Carta fondamentale sono rivolti proprio alla dimensione sociale (art. 3, primo comma, Cost.), lavorativa (art. 36, primo comma, Cost.) ed economica (art. 41, secondo comma, Cost.). Da queste norme emerge chiaramente quale sia la validità assiologica del principio di dignità: esso è strumentale alla tutela del lavoratore e della lavoratrice nel mercato in modo da garantire, in ultima analisi, l’uguaglianza di tutti i cittadini e di tutte le cittadine davanti alla legge, senza distinzione di condizioni personali e sociali<sup>51</sup>.

Alla luce di quanto sopra esposto, risulta chiaro che la Corte costituzionale, adottando una nozione oggettiva di dignità umana e riconoscendo tale valore come bene protetto dalle fattispecie di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione, abbia utilizzato il principio di dignità come limite non tanto alla libertà di autodeterminazione sessuale quanto piuttosto alla libertà di iniziativa economica privata, in ossequio al disposto dell’art. 41, secondo comma, Cost.<sup>52</sup>. In breve,

---

<sup>50</sup> Analoga conclusione è stata sostenuta da A. DI MARTINO, *È sfruttamento economico e non autodeterminazione sessuale: la Consulta salva la legge Merlin*, in *Diritti comparati*, 20 giugno 2019. Sul fondamento teorico della dignità umana come valore costituzionale strumentale al perseguimento dell’uguaglianza v. anche G. P. FLETCHER, *Human Dignity as a Constitutional Value*, in *University of Western Ontario Law Review*, n. 22, 1984, 171 ss.

<sup>51</sup> G. FERRARA, *La pari dignità sociale. (Appunti per una ricostruzione)*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, Giuffrè, 1974, 1089 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, 10 ss.; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2016, 247 ss.

<sup>52</sup> Si ricordi, del resto, che il modello proposto dalla legge Merlin si fonda proprio sul rifiuto della prostituzione come mercato (v. S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., 78 ss.).

rifiutando di riconoscere un generico *diritto di prostituirsi*, la sentenza in commento afferma la ben più condivisibile *libertà dalla prostituzione*<sup>53</sup>.

Come si approfondirà di seguito, questa ricostruzione smentisce altresì l'equiparazione *in parte qua* prospettata dalla Corte rimettente, tra prostituzione volontaria e rifiuto di trattamenti terapeutici di sostegno vitale<sup>54</sup>.

### **3. Il suicidio assistito: la dignità umana come ampliamento della libertà di autodeterminazione (terapeutica)**

#### **3.1. L'ordinanza di rimessione della Corte di Assise di Milano nel c.d. caso Cappato**

La tensione tra dignità umana e libertà di autodeterminazione si ripropone anche nel dibattito relativo alla liceità, nel nostro ordinamento, dell'agevolazione al suicidio.

Come è noto, nel corso del procedimento penale a carico di Marco Cappato<sup>55</sup>, la Corte di Assise di Milano ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui incrimina le condotte di agevolazione al suicidio in alternativa, dunque a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, e con il medesimo trattamento sanzionatorio rispetto a quelle di istigazione al suicidio.

Nella logica dell'ordinanza di rimessione, le censure di costituzionalità troverebbero origine nell'interpretazione vivente dell'art. 580 c.p., alla stregua della quale la norma intenderebbe punire sia la condotta di chi determini o rafforzi il proposito suicidario altrui (c.d. istigazione al suicidio) sia qualsiasi forma di aiuto materiale rispetto ad un soggetto passivo che abbia liberamente scelto di porre fine alla propria vita (c.d. agevolazione o aiuto al suicidio)<sup>56</sup>. Quest'ultima fattispecie,

---

<sup>53</sup> Si tratta di una conclusione analoga a quanto sostenuto da S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, op. cit., 78 ss.

<sup>54</sup> V. *supra* par. 2.1.

<sup>55</sup> La vicenda trae origine da un grave incidente stradale in cui Fabiano Antoniani rimaneva tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale permanente e irreversibile. Tale patologia non lo rendeva autonomo nella respirazione, nell'alimentazione e nell'evacuazione. Soffriva inoltre di ricorrenti e dolorosi spasmi e contrazioni, che non potevano essere farmacologicamente leniti se non tramite sedazione profonda. Conservava tuttavia intatte le facoltà intellettive. A seguito del suo fermo e consapevole proposito di porre fine alla sua esistenza, l'Antoniani si rivolgeva a Marco Cappato, che lo accompagnava in Svizzera per eseguire la procedura di suicidio medicalmente assistito.

<sup>56</sup> Cass. pen., n. 3147/1998.

dunque, si configurerebbe proprio sul presupposto che il soggetto passivo si sia autonomamente e consapevolmente determinato al suicidio, risolvendosi la condotta in un'agevolazione meramente materiale del proposito suicidario altrui<sup>57</sup>.

Ebbene, secondo la Corte rimettente, questa interpretazione dell'art. 580 c.p., nella parte in cui incrimina anche le condotte di mera agevolazione materiale, si porrebbe innanzitutto in contrasto con i principi costituzionali di offensività del reato e ragionevolezza<sup>58</sup>. Alla base delle valutazioni del giudice *a quo* vi è la considerazione per cui il principio personalista e quello dell'inviolabilità della persona (artt. 2 e 13 Cost.) impongono una rivisitazione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. Esso, infatti, non può (più) essere identificato nella vita, in quanto bene indisponibile, ma andrebbe individuato, piuttosto, nella libertà di autodeterminazione<sup>59</sup>.

Tale libertà abbraccerebbe, evidentemente, anche il suo risvolto negativo, ovvero il diritto di scegliere modi e tempi per congedarsi dalla vita. Si tratterebbe, in altri termini, del diritto dell'individuo di decidere sulla propria vita, ancorché da ciò ne derivi la morte<sup>60</sup>. Secondo il giudice *a quo*, peraltro, questa interpretazione evolutiva della norma e del relativo bene giuridico sarebbe pienamente coerente con gli sviluppi della giurisprudenza italiana<sup>61</sup> ed europea<sup>62</sup>, nonché con il

---

<sup>57</sup> Sulla ricostruzione dell'art. 580 c.p. secondo il diritto vivente v. *contra*: A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 giugno 2018, 4. Peraltro, la stessa ordinanza di rimessione dà ampio spazio ad un orientamento della giurisprudenza di merito in senso parzialmente contrario alla sentenza della Cassazione n. 3147/1998. Si tratta della sentenza del GUP di Vicenza del 14/10/2015 e della sentenza n. 9/2017 della Corte di appello di Venezia. Ad avviso di questi giudici, l'art. 32 Cost. impone una lettura restrittiva dell'art. 580 c.p., con la conseguenza che le condotte da ritenersi incriminate siano esclusivamente quelle che si pongono su un piano di diretta strumentalità rispetto al suicidio.

<sup>58</sup> R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10, 2018, 97 ss.

<sup>59</sup> Secondo la Corte rimettente, infatti, l'incriminazione di cui all'art. 580 c.p. originariamente era posta a presidio della vita, considerato bene sacro e indisponibile perché necessario all'adempimento degli obblighi sociali dell'individuo, ritenuti evidentemente preminenti rispetto alla libertà di autodeterminazione individuale (sul primato dello Stato rispetto all'individuo nel codice penale vigente, v. A. ROCCO, *Relazione al r.d. 19 ottobre 1930, n.1398, approvazione del testo definitivo del codice penale. Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, parte III, Roma, 1931, 16 ss.). Questa impostazione, certamente coerente con la forma di Stato fascista, risulta tuttavia inaccettabile alla luce Costituzione repubblicana. In particolare, il principio personalista e il principio dell'inviolabilità della libertà personale riconoscono la preminenza dell'individuo e dei suoi diritti rispetto allo Stato. Pertanto, "la vita umana non può essere concepita in funzione di un fine eteronomo rispetto al suo titolare" (v. p. 6 dell'ordinanza di rimessione).

<sup>60</sup> Ciò sarebbe confermato, secondo la Corte rimettente, dal fatto che nel nostro ordinamento non si rinviene un generale obbligo curarsi (v. *ex multis* Cass. pen., nn. 4211/2007 e 2367/2008). Al contrario, l'obbligo di sottoporsi ad un *determinato* trattamento sanitario può essere previsto soltanto dalla legge e, secondo giurisprudenza ormai consolidata, deve trovare fondamento nella necessità di tutelare la collettività (v. *ex multis* Corte cost., n. 307/1990).

<sup>61</sup> Con riferimento agli sviluppi giurisprudenziali italiani, la Corte di Assise si confronta necessariamente con i *leading case* che hanno forgiato la materia in esame: i casi Welby (GUP Roma, sent. 23/07/2007) ed Englaro (Cass. civ., n. 21748/2007). Ad avviso dei giudici rimettenti, questi precedenti dimostrano che: (i) il fondamento del diritto

recente intervento normativo di cui alla l. n. 219/2017<sup>63</sup>, in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento.

Dunque, il riconoscimento della libertà di autodeterminazione – in entrambe le sue declinazioni, positiva e negativa – come bene giuridico tutelato dall’art. 580 c.p. renderebbe irragionevole l’applicazione della sanzione penale nel caso in cui la condotta agevolatrice non abbia inciso sul proposito suicidario del soggetto passivo, liberamente e consapevolmente formatosi. Inoltre, secondo la Corte rimettente, non solo non sarebbe riscontrabile, in tali casi, alcuna lesione della libertà di autodeterminazione del soggetto passivo, ma, al contrario, la condotta dell’agevolatore costituirebbe lo strumento per esercitare un diritto costituzionalmente tutelato. Ne conseguirebbe la radicale mancanza di offensività della condotta stessa.

Similmente a quanto riscontrato in tema di prostituzione volontaria, anche nella vicenda di Marco Cappato i giudici di merito fondano il proprio ragionamento su una concezione assolutizzante e totalitaria della libertà di autodeterminazione.

Se da un lato, infatti, può apparire *prima facie* opportuno l’aver individuato tale libertà come bene giuridico protetto dall’art. 580 c.p., dall’altro lato attenta dottrina ha immediatamente sottolineato l’eccessiva ampiezza della questione di legittimità sottoposta alla Consulta<sup>64</sup>. Infatti, la Corte rimettente arriva sostanzialmente a riconoscere il diritto al suicidio assistito sulla base del

---

della persona di decidere della propria vita e del limite al potere dello Stato di imporre trattamenti sanitari obbligatori sono gli artt. 2 e 13 Cost.; (ii) il diritto di autodeterminazione terapeutica implica anche il riconoscimento del suo risvolto negativo, ovverosia il diritto di non curarsi e di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo i canoni della propria dignità; (iii) tale diritto di autodeterminazione terapeutica (anche in senso negativo) non equivale a riconoscere implicitamente un diritto al suicidio, poiché l’azione di interruzione di un trattamento sanitario già iniziato non può essere concettualmente assimilata all’espletamento di un nuovo trattamento diretto a provocare la morte del paziente.

<sup>62</sup> Secondo la Corte rimettente, l’evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU (v. *inter alia* *Pretty c. Regno Unito*, *Haas c. Svizzera* e *Gross c. Svizzera*) dimostrerebbe che (i) l’incriminazione dell’aiuto al suicidio è compatibile con la Convenzione e la sua *ratio* è da rinvenirsi nell’esigenza di tutela delle persone vulnerabili; (ii) il diritto di un individuo di decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà rientra nella protezione accordata dall’art. 8 CEDU, a condizione che tale scelta sia libera e consapevole; (iii) l’art. 2 CEDU impone dunque agli Stati di apprestare procedure appropriate al fine di garantire che la decisione di porre fine alla propria vita corrisponda alla libera volontà dell’interessato.

<sup>63</sup> Secondo la Corte rimettente (v. ordinanza di rimessione, pp. 12 ss.), questa legge ha, da un lato, definitivamente riconosciuto il “diritto a morire, rifiutando i trattamenti sanitari” ma, dall’altro, non vi ha ricompreso il diritto al suicidio assistito. Ciò deriverebbe dall’art. 1 l. n. 219/2017, nella parte in cui vieta al paziente di chiedere al medico di porre in essere trattamenti contrari alla legge o al codice deontologico. Eppure, il mancato riconoscimento dell’aiuto al suicidio, secondo l’ordinanza di rimessione, non può portare a “negare la sussistenza della libertà della persona di scegliere quando e come porre termine alla propria esistenza” poiché essa trova diretto fondamento negli artt. 2 e 13 Cost. Al contrario, esso conduce semplicemente a ritenere insussistente un obbligo in capo al medico o al SSN di prescrivere o somministrare farmaci letali.

<sup>64</sup> D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7, 2018, 71.

diritto, ormai positivizzato, di rifiutare e interrompere le cure<sup>65</sup>. Cioè a dire: se la l. n. 219/2017 (e prima di questa la giurisprudenza nazionale ed europea) riconosce il diritto, costituzionalmente presidiato *ex artt.* 13 e 32 Cost., di lasciarsi morire rifiutando o interrompendo le cure, allora è del tutto irragionevole che la legge sanzioni penalmente qualsiasi soggetto che presti un aiuto materiale a colui – non necessariamente malato – che quel diritto vuole esercitare. In altri termini, la libertà di autodeterminazione terapeutica fonderebbe un (generico) diritto al suicidio<sup>66</sup>. Diritto, quest’ultimo, che se da un lato giustifica l’incriminazione di condotte tese a determinare o rafforzare il proposito suicidario, dall’altro lato non può valere a giustificare l’incriminazione di condotte, qualsiasi esse siano e da chiunque poste in essere, che agevolino il suicidio esclusivamente sul piano materiale<sup>67</sup>.

Questo ragionamento solleva alcune perplessità. Se sotto il profilo logico è evidente che l’argomentazione della Corte di Assise milanese provi troppo<sup>68</sup>, dal punto di vista sostanziale è altrettanto chiaro che essa si fonda su una nozione fagocitante dell’autonomia individuale. Questa si tramuterebbe allora in una sorta di *moloch*, capace di sacrificare sul suo altare qualsiasi contrapposto interesse. A conferma di ciò, si noti che la stessa Corte rimettente non sente il bisogno di invocare a proprio sostegno il principio di dignità umana, pur rilevante nel campo del suicidio assistito e del c.d. biodiritto in generale<sup>69</sup>. Principio, quest’ultimo, che invece è stato ampiamente valorizzato dalla Corte costituzionale nella sua (prima) risposta al giudice *a quo*.

<sup>65</sup> R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio*, op. cit., 102.

<sup>66</sup> La configurabilità di un “diritto a morire per mano d’altri” sarebbe, secondo autorevole dottrina, la questione centrale posta all’attenzione della Corte costituzionale dall’ordinanza di rimessione (v. C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”?* Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto di morire per mano di altri”, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 3, 2018, 139 ss. Sul punto v. *infra*, §3.2.

<sup>67</sup> M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1 dicembre 2018, 2.

<sup>68</sup> Si veda, a tale proposito, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell’anima: la richiesta di assistenza a morire e l’aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 marzo 2019, 7.

<sup>69</sup> *Ex multis*, S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2019, 61 ss; G. RESTA, *La dignità*, op. cit., 259 ss.

### 3.2. Le decisioni della Corte costituzionale (ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019)

Sulla questione di legittimità la Consulta si è pronunciata dapprima con un'inedita ordinanza di incostituzionalità prospettata (ord. n. 207/2018)<sup>70</sup> e, successivamente, con una sentenza additiva di accoglimento parziale (sent. n. 242/2019)<sup>71</sup>. Muovendo da una necessaria lettura integrata delle pronunce<sup>72</sup>, e al netto dei profili puramente processualistici<sup>73</sup>, due sono le conclusioni rilevanti sul piano sostanziale che interessano in questa sede.

In primo luogo, la Corte afferma – e poi conferma – che l'incriminazione dell'agevolazione al suicidio, di per sé, non si pone in contrasto con i parametri costituzionali e convenzionali invocati dal collegio rimettente.

Non è prospettabile, innanzitutto, alcuna violazione del diritto alla vita (artt. 2 Cost. e 2 CEDU) poiché da tale principio discende l'obbligo per lo Stato di tutelare la vita di ogni individuo e non quello opposto di riconoscere la possibilità di ottenere dallo Stato stesso o da terzi un aiuto a morire<sup>74</sup>.

Quanto alla libertà di autodeterminazione, la limitazione che discende dall'incriminazione di cui all'art. 580 c.p. trova piena giustificazione nella necessità di tutelare il diritto alla vita delle persone particolarmente deboli e vulnerabili<sup>75</sup>, le quali “potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi

<sup>70</sup> G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, 21 marzo 2019, consultabile al sito web [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_annuali/lattanzi2019/Giurisprudenza\\_costituzionale\\_dell\\_anno\\_2018.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Giurisprudenza_costituzionale_dell_anno_2018.pdf), 13; M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, consultabile al sito web [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione\\_cartabia/2\\_sintesi.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/2_sintesi.pdf), 12.

<sup>71</sup> C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019, 219.

<sup>72</sup> C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, n. 12, 2019, 44; *contra* M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2020, 292.

<sup>73</sup> *Ex multis*, P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, n. 2, 2019, 360 ss; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, op. cit., 2; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, n. 3, 2018, 573 ss.; A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla unvereinbarerklärung? (Osservazioni su Corte costituzionale, ord. n. 207/2018 e n. 242/2019)*, in *Nomos*, n. 3, 2019, 1 ss.; R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2020, 343 ss.

<sup>74</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §6 cons. dir.

<sup>75</sup> L. ANTONINI, *I deboli e i vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento complesso*, 3rd Quadrilateral Conference, 10-12 ottobre 2019, consultabile su [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/ANTONINI\\_3rd\\_QuadrilateralConference\\_def.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/ANTONINI_3rd_QuadrilateralConference_def.pdf).

prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida"<sup>76</sup>. Similmente a quanto già osservato in tema di prostituzione volontaria, anche in questo caso la Corte costituzionale adotta una prospettiva di *soft paternalism*, legittimando la limitazione della libertà di autodeterminazione attraverso la necessità di tutelare i soggetti più vulnerabili<sup>77</sup>.

Al tempo stesso, però, la Corte riconosce l'esistenza di peculiari situazioni – evidentemente non immaginabili all'epoca di introduzione della norma incriminatrice – in cui l'intervento agevolativo del terzo si rende necessario per garantire al soggetto passivo un congedo dalla vita conforme alla propria idea di dignità della persona. Ricorrendo tali situazioni, la Consulta ritiene che la condotta del terzo che materialmente aiuti il soggetto passivo a porre fine alla propria esistenza non possa essere penalmente sanzionata, con conseguente illegittimità costituzionale, *in parte qua*, dell'art. 580 c.p.

Con queste decisioni, dunque, viene individuata un'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio, circoscritta alle precise e stringenti condizioni, soggettive e oggettive, indicate dalla Corte stessa<sup>78</sup>.

Il primo requisito, di natura soggettiva, è che la persona agevolata sia “affetta da una patologia irreversibile e fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli”<sup>79</sup>.

In siffatte ipotesi – nota la Corte – la legge già riconosce al paziente un margine di scelta rispetto a come e quando morire<sup>80</sup>. Si tratta, nello specifico dell'espreso riconoscimento del diritto di rifiutare o interrompere i trattamenti sanitari, anche di sostegno vitale. A tal fine, peraltro, è previsto anche un corrispondente obbligo del medico. Tuttavia, la medesima legge vieta al sanitario di porre in essere condotte che direttamente cagionino la morte del paziente<sup>81</sup>. Chiara è la *ratio* di questa normativa: la libertà di autodeterminazione terapeutica del paziente può spingersi fino alla

<sup>76</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §6 cons. dir.

<sup>77</sup> S. TORDINI CAGLI, *Tutela dei soggetti vulnerabili e tutela dell'autodeterminazione: una sintesi possibile? (A margine del caso Cappato)*, in *Archivio Penale*, n. 2, 2019, 9.

<sup>78</sup> E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2020, 305; L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019, 193 ss.

<sup>79</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 cons. dir.

<sup>80</sup> Ci si riferisce alla già citata l. n. 219/2017, recante norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento.

<sup>81</sup> V. art. 1, commi 5 e 6, l. n. 219/2017 e Corte cost., ord. n. 207/2018, §9 cons. dir.

decisione di lasciarsi morire per il decorso naturale della malattia, ma non abbraccia anche la pretesa di ottenere un aiuto al suicidio poiché ciò implicherebbe che la condotta del medico sia causa diretta ed immediata della morte del paziente.

Tuttavia, se così stanno le cose, il paziente che versa nelle condizioni anzidette può avvalersi di una sola modalità di congedo dalla vita (il rifiuto o l'interruzione delle cure) anche qualora tale scelta si ponga in contrasto con la propria idea di dignità.

Da ciò, secondo la Consulta, nasce un'insanabile aporia: se, in virtù della libertà di autodeterminazione terapeutica (artt. 13 e 32 Cost.), per come compiutamente disciplinata dalla l. n. 219/2017, l'obbligo di tutela della vita *ex art. 2 Cost.* non impedisce (più) che il soggetto possa decidere di porre fine alla propria esistenza mediante il rifiuto o l'interruzione di un trattamento sanitario di sostegno vitale, non si può al contempo ritenere che quello stesso obbligo sia un ostacolo assoluto, perché penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo proprio al naturale decorso della malattia, qualora tale decorso non sia reputato consono all'idea di morte dignitosa propria del paziente<sup>82</sup>.

Sulla base di queste considerazioni, l'ordinanza n. 207/2018 ha prospettato l'incostituzionalità *in parte qua* dell'art. 580 c.p., con conseguente liceità delle condotte di aiuto al suicidio poste in essere nei confronti di soggetti passivi che versino nelle condizioni individuate dalla Corte.

Confermando questa impostazione, la sentenza n. 242/2019 ha aggiunto due ulteriori condizioni, di natura oggettiva, all'operatività dell'esimente in esame. La prima consiste nella necessità che l'intervento agevolatore venga posto in essere rispettando le modalità di cui agli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017<sup>83</sup>. La seconda è rappresentata dal fatto che le condizioni personali del soggetto passivo e

---

<sup>82</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 cons. dir. Come sostenuto da autorevole dottrina, in questo passaggio la Corte costituzionale ha costruito "una sostanziale equivalenza [...] tra la richiesta di un atto medico che determini attivamente il momento della morte [...] e quella dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto" (B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza 207/2018: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 22 giugno 2019, 2). Sulla natura giuridica della richiesta da parte del malato di un aiuto a morire si veda *infra*, note nn. 94 e 100.

<sup>83</sup> In estrema sintesi, le norme in esame richiedono che il medico operi nel quadro di un'alleanza terapeutica con il paziente, fondato (i) sul consenso informato, (ii) sul diritto di rifiutare o interrompere le cure, (iii) sul ricorso ad un'appropriata terapia del dolore, anche mediante l'accesso alle cure palliative di cui alla l. n. 38/2010 e (iv) sul divieto di ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure.

le sopra richiamate modalità della condotta siano state verificate da una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente<sup>84</sup>.

Ricorrendo cumulativamente tali presupposti, l'incriminazione della condotta agevolatrice si pone in contrasto con la libertà di autodeterminazione terapeutica perché si imporrebbe al soggetto passivo un'unica modalità di congedo dalla vita, senza che tale limitazione sia effettivamente funzionale alla tutela di interessi contrapposti. Per gli stessi motivi, secondo l'ordinanza n. 207/2018, la norma impugnata si pone altresì in contrasto con i principi di dignità umana, ragionevolezza ed uguaglianza<sup>85</sup>.

Come risulta da questa sintetica ricostruzione, il baricentro della *ratio decidendi* sembra essere l'esigenza di protezione della vita<sup>86</sup> delle persone più deboli e vulnerabili<sup>87</sup>, che assurge a vera e propria *ratio* dell'incriminazione dell'agevolazione al suicidio<sup>88</sup>.

La Corte costituzionale rifiuta l'impostazione del giudice *a quo* nel momento in cui identifica nella vita – e non nella libertà di autodeterminazione – il bene protetto dall'art. 580 c.p. Si tratta, in particolare, della vita intesa non quale bene indisponibile, ma piuttosto quale diritto inviolabile della persona<sup>89</sup>, in ossequio all'impostazione marcatamente personalista adottata dalla Costituzione repubblicana. Questa interpretazione mira, evidentemente, a scongiurare il pericolo di interferenze nella decisione suicidaria delle persone vulnerabili. Nella ricostruzione della Corte, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio risulta quindi funzionale a garantire l'effettiva libertà e consapevolezza del soggetto passivo<sup>90</sup>. In tal senso, non è possibile scorgere alcuna frizione tra il

---

<sup>84</sup> Queste ulteriori condizioni si applicano esclusivamente ai fatti occorsi dopo la pubblicazione della sentenza in Gazzetta ufficiale. Per i fatti commessi anteriormente, invece, l'esimente opera quando il soggetto abbia posto in essere la condotta agevolatrice "con modalità equivalenti" a quelle previste dagli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017, ferme restando le altre condizioni dettate dalla Corte.

<sup>85</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §9 cons. dir.

<sup>86</sup> A. APOSTOLI, *Ancora qualche osservazione in tema di fine vita (sperando che la corte non esiti oltre)* in AA.VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale*, goWare, 2019.

<sup>87</sup> Ad esempio, le persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine (v. Corte cost., ord. n. 207/2018, §6 cons. dir.).

<sup>88</sup> Tale opzione metodologica trova riscontro anche in una prospettiva comparata (v. M. GUR-ARYE-T. WEIGEND, *Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German and Israeli Perspectives*, in *Israel Law Review*, n. 44, 2011, 63 ss.).

<sup>89</sup> V. *supra* nota n. 59.

<sup>90</sup> S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, op. cit., 11.

principio personalista e l'incriminazione dell'agevolazione al suicidio, come prospettato dal giudice *a quo*<sup>91</sup>.

Dunque, in termini generali e analogamente a quanto affermato nella sentenza n. 141/2019, la limitazione della libertà di autodeterminazione del soggetto che intende, consapevolmente, suicidarsi è pienamente giustificata dalla necessità di tutelare la vita delle persone vulnerabili. La circoscritta area di illegittimità costituzionale (e dunque di non punibilità), prospettata *in primis* dall'ordinanza interlocutoria e poi confermata dalla sentenza n. 242/2019, si fonda, pertanto, proprio sull'assunto per cui nelle situazioni ipotizzate dalla Corte l'esigenza di tutela della libertà di autodeterminazione del soggetto passivo non si pone in contrasto con l'obbligo statale di preservare la vita dei più vulnerabili.

Giunti a tal punto occorre notare che, nell'ordinanza n. 207/2018, la Consulta utilizza in maniera robusta il principio di dignità umana. Da un punto di vista formale, la nozione di dignità adottata dalla Corte è puramente soggettiva<sup>92</sup>; da un punto di vista materiale, essa funge da giustificazione per l'ampliamento – entro i limiti dettati dalla Corte – della sfera di autodeterminazione del soggetto passivo, con conseguente restrizione del perimetro applicativo dell'art. 580 c.p.

Come si è osservato sopra, la Corte fonda la non punibilità dell'agevolazione al suicidio nelle ipotesi in cui l'intervento agevolatore del terzo si renda necessario al fine di garantire il rispetto del concetto di dignità personale proprio del soggetto passivo<sup>93</sup>. È sulla base di questa esigenza che la Corte enuclea le condizioni soggettive necessarie affinché l'agevolazione al suicidio non risulti penalmente rilevante. La dignità umana diventa allora il fondamento per ampliare la libertà di autodeterminazione terapeutica al punto da riconoscere quello che è stato definito un vero e proprio “diritto alla piena dignità anche nella morte”<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Occorre ricordare, infatti, che, secondo il ragionamento della Corte rimettente, il principio del primato della persona rispetto allo Stato (art. 2 Cost.) implicherebbe un necessario ripensamento del bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p., che non potrebbe più essere la vita ma la libertà di autodeterminazione (v. *supra*, §3.1. e nota n. 59).

<sup>92</sup> Basti vedere i plurimi riferimenti al “proprio concetto di dignità della persona” (§9) e alla “propria visione di dignità nel morire” (§10). Si tratta, dunque, di una dignità propria del soggetto che matura la decisione di porre fine all'esistenza. In tal senso, dunque, la Corte ha adottato una nozione di dignità opposta a quella utilizzata nella sentenza n. 141/2019.

<sup>93</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, §8 cons. dir.

<sup>94</sup> C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2018, 7. Sulle implicazioni di tale riconoscimento si veda C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire “nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire”*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 14 giugno 2019. Appare utile richiamare anche l'analisi critica di D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni*

Eppure, non si può non notare come proprio il principio di dignità umana subisca un fortissimo ridimensionamento nella sentenza n. 242/2019. Nel riprendere – e confermare – le conclusioni cui era già pervenuta la precedente ordinanza, la Corte non ripropone l’esigenza di tutelare la dignità propria del soggetto passivo. Se, dunque, nella prima decisione il principio di dignità è stato utilizzato come fondamento dell’estensione della libertà di autodeterminazione terapeutica al suicidio assistito, nella seconda decisione la sua omissione sembrerebbe *prima facie* rivelare la sostanziale superfluità di tale argomentazione<sup>95</sup>.

Sulle ragioni di tale omissione la dottrina ha assunto posizioni variegata. Si è sostenuto, ad esempio, che la Corte si sia resa conto della “fragilità e [del]le non trascurabili conseguenze di una decisione fondata sul riconoscimento di un diritto costituzionale [...] a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire”<sup>96</sup>. Secondo altri, invece, la Corte avrebbe voluto “scongiurare un possibile cortocircuito tra la nozione soggettiva patrocinata nell’ordinanza 207 e una lettura della dignità di matrice marcatamente oggettiva, enucleabile invece dal tenore della sentenza 141 del 2019 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione”<sup>97</sup>.

---

*all’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, n. 3, 2018, 1 ss. Secondo l’A., con l’ordinanza n. 207/2018 l’aiuto al suicidio “da condotta illecita penalmente sanzionata qual era, viene fatto transitare non già nell’ambito della liceità, bensì in quello delle prestazioni dovute: non una facoltà, bensì un diritto”. Come esplicito *supra* (v. nota n. 82), infatti, la Corte fa perno sul principio di ragionevolezza per equiparare la situazione giuridica del malato che decide di interrompere o rifiutare un trattamento sanitario di sostegno vitale (che si atteggia a diritto soggettivo in virtù della l. n. 219/2017) con quella del malato che, ricorrendo le condizioni oggettive e soggettive enucleate dalla Corte, chiede un aiuto materiale a morire. Da qui la conclusione per cui la Corte costituzionale avrebbe riconosciuto un vero e proprio diritto al suicidio assistito. Nel merito, tuttavia, l’A. ritiene criticabile tale posizione, poiché le due ipotesi – rifiuto o interruzione delle cure e suicidio assistito – non sono assimilabili, anche alla luce della chiara presa di posizione della l. n. 219/2017. Nel primo caso, “la morte sopraggiunge quale conseguenza di una patologia non contrastata, [nel secondo] quale conseguenza di un intervento positivo del soggetto con l’aiuto di terzi”. Analoga posizione critica è espressa anche da L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. MARINI e C. CUPELLI, Napoli, ESI, 2019, 131 ss. In una prospettiva comparata, peraltro, è utile richiamare la recente pronuncia della Corte costituzionale federale tedesca, Sezione II, sentenza 26 febbraio 2020, che ha espressamente riconosciuto il diritto ad una morte autodeterminata. Sulla natura giuridica della richiesta di aiuto al suicidio si veda, inoltre, *infra* (nota n. 100). Occorre tuttavia tenere a mente che, nella prospettiva di questo lavoro, ciò che rileva non è tanto la consistenza formale della posizione giuridica in discorso quanto il suo fondamento: sia che si tratti di una libertà di fatto sia che si tratti di un diritto soggettivo, quel che si vuole sottolineare è che la sua genesi, per mano della Corte costituzionale, deriva da una peculiare interazione tra libertà di autodeterminazione terapeutica e dignità umana (in senso soggettivo).

<sup>95</sup> Sull’inutilità della dignità come categoria generale si veda, fra i tanti, G. CRICENTI, *La dignità nel biodiritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2012, 95 ss.

<sup>96</sup> C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio*, op. cit., 224. È opportuno rilevare, però, che la stessa Autrice riconosce che “se pur le parole sono state cancellate, il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione nel morire resta il convitato di pietra di questa sentenza; solo occultato dietro altre parole.”

<sup>97</sup> C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, op. cit., 46.

Ad avviso di chi scrive, il depotenziamento della dignità umana riscontrabile nella sentenza n. 242/2019 non è necessariamente indice di un ripensamento da parte della Corte, quanto piuttosto una conseguenza della peculiare natura della decisione.

Occorre infatti notare che, a causa dell'inerzia del legislatore, con la sentenza in esame la Corte è stata chiamata ad operare un bilanciamento tra la libertà di autodeterminazione terapeutica, da un lato, e la tutela del diritto alla vita, dall'altro. Il primo principio ammette che, qualora il paziente si trovi nelle condizioni soggettive enucleate dalla Corte<sup>98</sup>, egli abbia il diritto di chiedere aiuto a terzi per porre fine alla propria vita, con conseguente non punibilità della condotta materialmente agevolativa del suicidio. Al contempo, l'esigenza di tutelare la vita, soprattutto dei soggetti più vulnerabili, impone la necessità che tale agevolazione, per sfuggire all'incriminazione *ex art. 580 c.p.*, sia sostenuta da una precisa procedura<sup>99</sup>. Tale requisito oggettivo è individuato dalla Corte nell'adozione da parte dell'agevolatore delle modalità di cui agli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017 e nel controllo da parte di strutture pubbliche del SSN, previo parere del comitato etico territoriale.

Dunque, mentre nell'ordinanza n. 207/2018 il riferimento alla dignità umana si rendeva necessario per giustificare l'estensione della libertà di autodeterminazione terapeutica alle precise ipotesi di suicidio assistito individuate dalla Corte, nella sentenza n. 242/2019 tale necessità non si riscontra più, semplicemente perché questa decisione costruisce, sulla base delle conclusioni della precedente pronuncia, una disciplina minima dell'esercizio, in concreto, del diritto alla piena dignità nel morire. Ciò appare confermato dal fatto che, rispetto al perimetro di liceità dell'aiuto al suicidio, l'ordinanza n. 207/2018 individua in maniera precettiva esclusivamente i requisiti soggettivi (la situazione del paziente), limitandosi a prospettare al legislatore i requisiti oggettivo-procedurali. A fronte dell'inerzia parlamentare, nella sentenza n. 242/2019 la Corte non fa che riprendere quel tracciato per sopperire alla carenza normativa, senza con ciò smentire la costruzione effettuata nella precedente pronuncia.

Alla luce di quanto sopra esposto, il mancato riferimento alla dignità umana non può ritenersi, di per sé, indice di una nuova consapevolezza della Corte, nel senso di non riconoscere (più) la pretesa

---

<sup>98</sup> Si ricorda che esse consistono nella presenza di una patologia irreversibile che richieda trattamenti di sostegno vitale e che provochi intollerabili sofferenze fisiche o psicologiche al paziente, pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

<sup>99</sup> Da qui la natura c.d. procedurale dell'esimente in esame (v., a tale proposito, A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta 207/2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 maggio 2019; M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 marzo 2017, 6).

dell'aiuto al suicidio come diritto soggettivo costituzionalmente tutelato<sup>100</sup>. Né può sostenersi che l'assenza della dignità umana sia sorretta dalla necessità di non creare contraddizioni con la sentenza n. 141/2019 sulla prostituzione volontaria.

A ben vedere, infatti, tra la nozione oggettiva e soggettiva di dignità, cui la Consulta ha fatto ricorso nelle sentenze in esame, non vi è alcuna contraddizione<sup>101</sup>. Come evidenziato nei paragrafi che precedono, la dignità umana – intesa in senso oggettivo – è stata utilizzata dalla Corte costituzionale per giustificare la compressione della libertà di iniziativa economica nel mercato della prostituzione volontaria, con la conseguenza che tale attività imprenditoriale rientra a pieno titolo nel perimetro applicativo dei reati di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione. In questo senso, dunque, la dignità umana è posta a fondamento della legittimazione delle suddette fattispecie incriminatrici. Di converso, la dignità in senso soggettivo è stata invocata per fondare l'estensione della libertà di autodeterminazione terapeutica, con conseguente non punibilità – in determinati casi – della fattispecie di agevolazione al suicidio. In questa ottica, la dignità segna il confine del perimetro applicativo dell'art. 580 c.p.

Orbene, se da un lato queste conclusioni evidenziano la complessità della dialettica tra dignità e libertà<sup>102</sup>, dall'altro lato si è riscontrato che in entrambi i casi la Consulta ha affermato la legittimità costituzionale delle fattispecie incriminatrici sulla base della necessità di protezione delle persone in condizione di vulnerabilità. Tale esigenza, che trova fondamento nel principio di uguaglianza,

---

<sup>100</sup> Tale conclusione potrebbe nondimeno derivare da una lettura sistematica della sentenza. Si veda, a tale proposito, M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, op. cit., 300-301. Secondo l'Autrice, il fatto che la Corte espressamente escluda un obbligo in capo ai medici di procedere al suicidio assistito, con il conseguente riconoscimento dell'obiezione di coscienza, "compromette profondamente la stessa possibilità che al proposito di suicidio del paziente [...] possa essere dato seguito con condotte di ausilio". Peraltro, come evidenziato anche da B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza 207/2018: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 22 giugno 2019, 2, il riconoscimento dell'obiezione di coscienza in capo al medico comporta una evidente discrasia: qualora il paziente decida di interrompere o rifiutare un trattamento sanitario di sostegno vitale, potrà esigere dal sanitario le cure palliative (gli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017 non prevedono infatti alcuna possibilità di obiezione di coscienza) ma non potrà nei medesimi termini esigere la somministrazione di un farmaco letale, poiché in questi casi al medico è stato espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale uno spazio di obiezione.

<sup>101</sup> Sotto questo profilo si veda G. RESTA, *La dignità*, op. cit., 259 ss.

<sup>102</sup> *Ex multis*, C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, n. 4, 2008, 655 ss.; G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2003, 45 ss.; G. 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, 801 ss.; R. PERRONE, *"Buon costume" e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 240 ss.; G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2012, 75 ss.

costituisce il *trait d'union* non soltanto della *ratio decidendi* delle sentenze nn. 141 e 242 del 2019, ma può costituire anche, e forse soprattutto, un utile strumento di sintesi tra libertà e dignità nei casi in cui tali principi entrino in conflitto, come nell'ipotesi della prostituzione volontaria.

#### **4. Conclusione**

In conclusione, si può affermare che con le sentenze nn. 141 e 242 del 2019 la Corte costituzionale abbia riconfigurato il rapporto tra libertà e dignità, rendendolo funzionale all'esigenza di protezione delle persone in condizione di vulnerabilità. Ma se questo è vero, è altrettanto corretto riconoscere che, laddove in concreto non sussista questa esigenza, l'autonomia individuale non possa subire alcuna interferenza. Entrambe le decisioni, infatti, fondano la legittimazione delle incriminazioni – e la relativa legittimità costituzionale – nella necessità che venga accertata un'effettiva libertà nella formazione della volontà del soggetto passivo rispetto a scelte che, come è evidente, sono astrattamente idonee a pregiudicare il pieno sviluppo della persona umana. In questa ottica, pertanto, è possibile riconoscere un paternalismo debole nell'approccio della Consulta.

E allora, se da un lato appare chiaro lo sforzo della Corte nel non cadere nelle forche caudine del paternalismo forte, circoscrivendo con precisione chirurgica l'ambito di applicazione delle incriminazioni, dall'altro lato è parimenti evidente che le decisioni in esame lasciano al giudice comune tutto il peso dell'accertamento in concreto di tali limiti. Sotto questo profilo, la sentenza relativa al caso Cappato è sicuramente più apprezzabile, nella misura in cui oggettivizza tale accertamento mediante la proceduralizzazione del suicidio assistito. Nell'ipotesi della prostituzione volontaria, invece, la Corte non fornisce al giudice indicazioni altrettanto chiare, rinviando genericamente al *test* dell'offensività in concreto.

La questione si sposta allora sul piano dell'accertamento della volontà della persona che decide di offrire prestazioni sessuali a pagamento. In relazione a questo profilo, assumeranno un'importanza dirimente i criteri cui i giudici comuni faranno ricorso al fine di ricostruire tale volontà. In ossequio alla *ratio* protettiva che emerge dalla giurisprudenza costituzionale in questa sede analizzata, la giurisdizione di merito sarà chiamata innanzitutto a riconoscere, e quindi a

valorizzare, le situazioni di disuguaglianza economica, culturale, di genere *et similia*, che costituiscono il sostrato della decisione di effettuare un lavoro sessuale.

E allora, se è vero che, come su una irrinunciabile linea del Piave, non possiamo di certo abdicare al dogma liberale dell'autodeterminazione – pietra angolare delle democrazie occidentali –, al tempo stesso occorre una nuova consapevolezza nel concepire questa libertà. Essa non può essere pensata come una libertà astratta, avulsa cioè dalle concrete condizioni di vita della persona. Deve essere, al contrario, una libertà calata nella concretezza delle opzioni esistenziali e relazionali dell'individuo, connesse allo sviluppo della sua persona. In breve, occorre riconoscere alla libertà il suo irriducibile anelito all'uguaglianza.

Risulta a questo punto chiaro che le decisioni in commento, pur apprezzabili, non riescono ad esaurire la domanda circa l'essenza e il rapporto tra dignità e libertà. Al contrario, si ha l'impressione che, parafrasando Kelsen, questa “sia una di quelle domande per cui v'è la rassegnata consapevolezza che l'uomo non potrà mai trovare una risposta definitiva, ma potrà soltanto cercare di formulare meglio la domanda”<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, Macerata, Quodlibet, 2015, 106.