



UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE

Osservatorio Corte Costituzionale

ADELMO MANNA - PIERLUIGI GUERCIA

Aiuto al suicidio – Sollevata questione di legittimità costituzionale – Bene giuridico tutelato - Principio di autoresponsabilità – Diritto a morire (Cost., artt. 2, 3, 13, 25, 27, 117, C.E.D.U., artt. 2, 8, C.p., art. 580)

“È rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.: - nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio; nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell’esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell’aspirante suicida siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione”

CORTE D’ASSISE DI MILANO, ord. 14 febbraio 2018 – MANNUCCI PACINI, *Presidente* – SIMI DE BURGIS, *Giudice* – CAPPATO, *Imputato*

Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione – Sollevata questione di legittimità costituzionale – Principio di autoresponsabilità – *Vulnus* principio di legalità (Cost., artt. 2, 3, 13, 25, 27, 41, L. 75/58, art. 3, comma 1, nn. 4 e 8)

“È rilevante, e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e di favoreggiamento di chi, per libera scelta, esercita la prostituzione, per contrasto con il diritto alla libertà di autodeterminazione in materia sessuale, alla libertà di iniziativa economica, nonché con il principio di offensività e di determinatezza delle norme penali”

CORTE D’APPELLO DI BARI, SEZIONE TERZA, ord. 6 febbraio 2018, - DE CILLIS, *Presidente* – BLATTMANN D’AMELI, *Estensore* – TARANTINI *et al.* ricorrenti.

L’autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. La *ratio* giustificante una trattazione congiunta. – 2. La controversa ricostruzione ermeneutica dell’aiuto al suicidio. – 3. Il progressivo ampliamento delle maglie del “diritto a morire”: dalla giurisprudenza della Corte EDU alla legge n. 219/2017. – 4. Il “nucleo” dell’ordinanza Cappato: le violazioni costituzionali dell’art. 580 c.p. – 5. La proposizione, *mutatis mutandis*, di affini percorsi argomentativi ad opera dei giudici di Bari. – 6. Reclutamento e favoreggiamento “all’esame” del principio di legalità.

1. Introduzione. La *ratio* giustificante una trattazione congiunta.

Nonostante l’apparente divaricazione delle questioni affrontate all’interno delle due pronunce in commento, l’aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) da un lato, il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione (art. 3, comma primo, nn. 4 e 8 della l. n. 75 del 1958) dall’altro, reputiamo come assolutamente impellente una trattazione congiunta delle pronunce medesime, incardinandola sulla “contiguità”¹ che complessivamente caratterizza il comparto argomentativo delle due Corti. La

* Gli autori condividono integralmente l’intera opera. Tuttavia, i §§ 1, 4 e 6 sono da attribuire ad Adelmo Manna ed i restanti a Pierluigi Guercia.

¹ In questi termini, MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, in www.penalcontemporaneo.it, 2018, 23 ss., secondo la quale: «Le tematiche relative



predetta contiguità incontra, come avremo modo di evidenziare *funditus* nel corso della nostra analisi, quale imprescindibile *trait d'union* la riconfigurazione del bene giuridico tutelato, da identificare integralmente con la libertà di autodeterminazione del singolo. La sollevata questione di legittimità costituzionale, difatti, ha trovato origine in entrambe le decisioni dalla constatazione dell'ineliminabile *vulnus* al principio personalistico consacrato nell'art. 2 della Costituzione, dalla cui prioritaria rilevanza promana la pretesa di illegittimità costituzionale di fattispecie che puniscono condotte di agevolazione indirizzate in favore di chi abbia espresso una libera determinazione, rivolta tanto al suicidio quanto all'esercizio della prostituzione, come tali radicalmente sprovviste del profilo di offensività. In tale *humus* concettuale, emerge limpidamente come il principio di autoresponsabilità si ponga quale argine rispetto alla conservazione di talune tradizionali forme di "paternalismo penale"², prefigurate in chiave di "paternalismo fisico" per quanto attiene all'ambito materiale dell'aiuto al suicidio e, viceversa, come esplicazione di "paternalismo morale" in relazione al versante sessuale³. Conseguentemente, la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ha come obiettivo precipuo quello di sovvertire gli anacronistici strascichi di un "diritto penale ancella della morale"⁴, imperniato sull'indiscussa preminenza di

alle scelte di fine vita e quelle che attengono al libero esercizio della prostituzione si trovano spesso accostate quando si discute della possibile costituzionalità di scelte di criminalizzazione rispondenti, ad avviso di taluno, più a logiche paternalistiche che a effettive esigenze di tutela.

² In relazione al paternalismo penale, impossibile prescindere dal richiamo a FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, III, *Harm to Self*, Oxford, 1984-1988, 12 ss., il quale valorizzando l'*harm principle* e la regola per cui *volenti non fit iniuria*, giunge a censurare qualsivoglia forma di *hard paternalism*, che configuri la pretesa di limitare volontarie e consapevoli scelte assunte dal soggetto. In argomento, cfr. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Arch. pen. web*, 3/2013, 12, il quale rileva limpidamente che: «Una possibile obiezione è che il principio del danno ad altri, preso alla lettera, risulti eccessivamente selettivo nel determinare l'area del penalmente rilevante, dal momento che non sempre sono ravvisabili incriminazioni che producono danni a terzi. Questo, è, però, il vero elemento di novità nella speculazione di Feinberg ed è l'elemento progressista che certamente deve essere mantenuto fermo, dal momento che per il penalista è utile soltanto il principio dell'*Harm to others*, cioè dell'effettivo danno a terzi, che risulta l'unico criterio distintivo, sia per la sua efficacia euristica, che per la sua giustificabilità, tra ciò che può assumere penale rilevanza e ciò che, invece, può giustificare solo forme di tutela meno intensa». Ulteriori preziose riflessioni sul tema si rinvengono in PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 520 ss.; nonché in SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1210 ss., il quale evidenzia come la prospettiva paternalistica abbia per scopo specifico quello di frenare l'individuo dal cagionare danno a se stesso, limitando la libertà del singolo attraverso il richiamo alla protezione di quest'ultimo come unico fine dell'azione legislativa.

³ In merito alla suddistinzione tra paternalismo fisico e morale, imprescindibile il richiamo a CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223 ss.; nonché ID., *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *www.penalecontemporaneo.it*, fasc. 3/2018, 184 ss.

⁴ Sul punto, cfr. MANNA, *"Il caso Cappato e il caso Tarantini alla luce del principio di autoresponsabilità (di cui all'art. 2 Cost.)"*, in *IV° Open Day U.C.P.I.* dal titolo "70 anni di (sana e robusta?) Costituzione", Rimini, 8-9 giugno 2018. *Work shop* tematico dell'Osservatorio sulla Corte Costituzionale, qui per buona parte riprodotta. In tale pregevole relazione, l'A. ha evidenziato, con specifico riferimento alla tematica dell'aiuto al suicidio, come la rilevanza penale delle condotte agevolatrici al suicidio promani da una criticabile configurazione ideologica, moralmente e, soprattutto, religiosamente orientata, del suicidio quale atto riprovevole, prefigurante appunto una concezione del diritto penale quale ancella della morale, in base alla quale lo stesso diritto penale finisce per dipendere dalle dominanti concezioni morali e religiose.



interessi superindividuali, rimessi alla incontestabile volontà divina o statale, in luogo di una compiuta affermazione di prioritarie istanze di carattere individuale, liberamente e consapevolmente determinatesi. I processi argomentativi finalizzati al perseguimento del suddetto traguardo, confluiti indifferentemente nelle due ordinanze, rappresentano specifico oggetto delle nostre riflessioni.

2. La controversa ricostruzione ermeneutica dell'aiuto al suicidio.

L'architettura concettuale della Corte d'Assise di Milano si dipana dalle considerazioni afferenti alla controversa ricostruzione ermeneutica dell'art. 580 c.p. nel suo complesso, condizionata *ab origine* da un'individuazione, ancora di stringente attualità nelle pronunce della giurisprudenza di legittimità, del suicidio quale «scelta moralmente non condivisibile, non giustificabile ed avversata dalla stragrande maggioranza dei consociati, a prescindere dalle loro convinzioni religiose e politiche, siccome contraria al comune modo di sentire [...]»⁵, in base alla quale l'intima *ratio* della norma dovrebbe confluire nella tutela “del bene supremo della vita”, prescindendo completamente dalle deliberazioni del suo titolare: a dir poco lampanti le incrostazioni prefiguranti un “diritto penale ancella della morale”, poc'anzi richiamate. I giudici milanesi orientano, più nel dettaglio, le proprie prospettazioni in direzione avversativa rispetto alla soluzione interpretativa che attiene alle ipotesi di aiuto al suicidio, fornita dalla Corte di cassazione⁶ e sostenuta dal c.d. “diritto vivente”⁷, la quale ne individua una nozione estremamente ampia, ricomprendendovi qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri soggetti relativamente al proposito suicida, realizzabile secondo le modalità più disparate, escludendo rilevanza alcuna all'influenza esercitata nel processo formativo della volontà di togliersi la vita. Rilevata l'indiscriminata vastità della predetta configurazione ermeneutica, passibile, come rileveremo con maggior profusione in seguito⁸, di censure di incostituzionalità per violazione del principio di

⁵ In questi termini, Cass., Sez. I, 9 maggio 2013, n. 33244, in *Cass. pen.*, 5/2014, 1787.

⁶ Cfr. Cass., Sez. I, 6 febbraio 1998, Munaò, in *Cass. pen.*, 3/1999, 871 ss., con nota di BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*. In tale sentenza, la Suprema Corte, perviene alla considerazione in base alla quale la scelta operata dal legislatore, con l'art. 580 c.p., di differenziare tre forme realizzative della condotta penalmente illecita, esprima chiaramente l'intento di «punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo informazioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito ecc, o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo di impedire l'evento. L'ipotesi della agevolazione al suicidio prescinde totalmente dall'esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui.[...] Perché si realizzi l'agevolazione sanzionata dalla norma “è sufficiente che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio”». Importante sottolineare come la pronuncia del giudice di legittimità fosse intervenuta per contrastare le conclusioni confluite in Ass. Messina, 10 giugno 1997, in *Giur. merito*, 1998, 731 ss., con nota di FELICI, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*, in base alle quali: «una interpretazione delle norme conforme a Costituzione impone di circoscrivere le condotte punibili a quelle nelle quali l'aiuto abbia esercitato un' apprezzabile influenza nel processo formativo della volontà della vittima, che ha trovato nella collaborazione dell'estraneo incentivo e stimolo a togliersi la vita».

⁷ Così, letteralmente, Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, in www.penalecontemporaneo.it, 2018, 4, con nota di FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*

⁸ V. par. 4.



offensività, la stessa Corte d'Assise appare rivolgere lo sguardo ad una ricostruzione dell'aiuto al suicidio, emersa altresì di recente nella giurisprudenza di merito⁹, tesa a conferire penale rilevanza esclusivamente ai contributi di carattere materiale che incidano direttamente e funzionalmente sul momento esecutivo¹⁰ dell'atto anticonservativo, in quanto manifestante una latente criticità riscontrabile nella punizione di condotte assolutamente indifferenti rispetto ad una volontà liberamente e scientemente deliberatasi.

Rivolgendo la lente d'osservazione a quella che risulta essere la conformazione dell'art. 580 c.p., contemplante, alternativamente, le condotte di istigazione, a sua volta articolate nella determinazione, riferibile ai contegni che incidano sul piano dell'insorgenza di un proposito suicida prima inesistente, ed al rafforzamento, declinato quale irrobustimento di un'intenzione già presente nell'individuo, o di aiuto al suicidio, in termini di agevolazione nell'esecuzione prescindente dalle modalità, si pone di palmare rilevanza l'enucleazione di considerazioni avanzate da autorevole dottrina¹¹, aventi ad oggetto riserve di costituzionalità delle medesime condotte. In *medias res*, la tesi, finemente argomentata, prefigura rilevanti riserve di natura costituzionale, afferenti tanto alle fattispecie di istigazione, quanto a quelle di aiuto al suicidio, in quanto accomunate dalla medesima strutturazione quali forme speciali di concorso rispetto ad un atto, il suicidio, che non può non considerarsi lecito¹² all'interno del nostro ordinamento che, difatti, non lo considera punibile neppure a livello di tentativo. Le presenti riflessioni,

⁹ Cfr. Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308 ss., con nota di SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*. In particolare, la suddetta sentenza, ha precisato come la condotta tipica di aiuto al suicidio, ex art. 580 c.p., debba più precisamente circoscriversi in quella di "agevolazione dell'esecuzione del suicidio", rintracciabile solo in contegni che si connettano direttamente e strumentalmente all'attuazione materiale del suicidio e che prefigurino comunque condizioni di facilitazione dell'atto suicida.

¹⁰ Sul punto, cfr. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, cit., 21 ss., la quale si mostra favorevolmente orientata nei riguardi di una soluzione che, per via interpretativa, restringa la nozione del concetto di aiuto al suicidio a quelle condotte che in qualche modo incidono sulla fase esecutiva, rilevando come nonostante «le evidenti difficoltà che deriverebbero dalla distinzione tra la fase meramente preparatoria e quella strettamente esecutiva del suicidio, [...] La lettura restrittiva, nondimeno, avrebbe il pregio di assicurare una lettura della fattispecie più conforme ai principi di determinatezza e di offensività». In senso diametralmente contrario, cfr. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, fasc. 10/2017, 147, il quale rileva che: «Se risulta infatti pregevole lo sforzo di individuare una chiave di lettura della fattispecie astratta costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata, non si può negare che la dicitura della legge sia talmente ampia da non consentire all'interprete di escludere dal campo dell'agevolazione i contributi volontari consapevolmente indirizzati alla realizzazione del suicidio. La limitazione del penalmente rilevante ai soli contributi attinenti alla fase esecutiva rischia quindi di risultare arbitraria e contraria alla lettera della legge. Ciò è ancor più vero se si considerano le problematiche attinenti all'individuazione dell'inizio della fase esecutiva, e quindi all'ardua differenziazione tra atti preparatori, incapaci di aggredire il bene protetto, ed atti esecutivi». Ugualmente critico si mostra MANTOVANI F., *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, 2017, II, 38 ss., secondo il quale, più che ad un'interpretazione restrittiva, si addiverrebbe in tal modo ad un'interpretazione abrogativa.

¹¹ Cfr. RAMACCI, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, III, 1707 ss; nonché GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 79 ss.

¹² In argomento, cfr. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 677, il quale considera il suicidio un atto lecito *tout court*, in quanto estrema manifestazione della personalità morale dell'uomo e quindi della sua libertà.



assolutamente condivisibili in linea astratta, pur tuttavia incontrano l'obiezione formulata da altrettanto attenta dottrina¹³ in quanto rischiano soprattutto di accantonare un'obiettivo differenza sussistente tra istigazione ed aiuto al suicidio laddove, mentre l'istigazione sicuramente incide sull'autoresponsabilità, quantomeno intensificando il proposito suicidario, al contrario l'aiuto al suicidio non produce alcun tipo di effetto sulle determinazioni assunte con piena libertà e consapevolezza. Da ciò può evincersi, conseguentemente, come sia appunto la fattispecie di aiuto al suicidio a porsi in aperto contrasto con il cardinale principio personalistico, rinvenibile *ex art. 2 Cost.* Nel caso in commento, è bene evidenziarlo in questa sede, l'ordinanza di remissione ha radicalmente escluso, così contrapponendosi alla conformazione del capo d'imputazione, che le condotte poste in essere dall'imputato potessero essere ricomprese nel quadro di un rafforzamento della decisione suicidaria¹⁴, resistendo unicamente il contegno agevolatore di carattere materiale, rappresentato dall'accompagnamento con l'automobile, presso la sede estera della clinica, per l'effettivo compimento del suicidio. Pertanto non può omettersi, incidentalmente, di rilevare la criticità connessa all'imputazione in punto di effettiva sussistenza del nesso di derivazione funzionale, laddove l'attività concretamente posta in essere dall'imputato sembra presentare indubitabili contorni di fungibilità¹⁵.

3. Il progressivo ampliamento delle maglie del “diritto a morire”: dalla giurisprudenza della

¹³ In tal senso, MANNA, “*Il caso Cappato e il caso Tarantini alla luce del principio di autoresponsabilità (di cui all’art. 2 Cost.)*”, cit.

¹⁴ Cfr. Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, cit., 3, che sottolinea come i contatti tra il Cappato e l'Antoniani cominciarono a svilupparsi in un momento successivo alla deliberazione di quest'ultimo di porre fine alla propria vita, deliberazione altresì assunta in piena autonomia, con il costante sostegno dei suoi cari e dopo aver verificato con numerosi consulti medici l'impossibilità di cura della sua malattia. A ciò deve aggiungersi che il Cappato in alcun modo condizionò o influenzò la decisione dell'Antoniani di recarsi in Svizzera per realizzare il proposito suicida, attraverso le modalità consentite in quello Stato, avendo al contrario prospettato la possibilità di farlo in Italia mediante l'interruzione delle terapie che lo tenevano in vita ed accertandosi fino all'ultimo della persistente volontà dello stesso. Da tali complessive considerazioni, deve quindi concludersi che la condotta di Marco Cappato non ha inciso sul processo deliberativo di Fabiano Antoniani in relazione alla decisione suicida, dovendo pertanto assolversi l'imputato dall'addebito di averne rafforzato il proposito.

¹⁵ In argomento, cfr. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018, 28, il quale sottolinea che: «Sembra allora possibile una interpretazione del concetto di agevolazione che, senza procedere sulla sottile linea di confine tra atti preparatori ed atti esecutivi del suicidio, valorizzi il valore meramente solidaristico di condotte estranee alla sfera di formazione della volontà suicidaria e non costituenti antecedente causale necessario del suicidio (in tal senso “fungibili”), quali il mero accompagnamento o l'informazione all'aspirante suicida della clinica estera presso la quale è possibile praticare il gesto finale»; nonché, seppur con riguardo ad altro caso contraddistinto da molteplici analogie, cfr. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, cit., *passim.*, la quale aderisce alla soluzione della fungibilità, evidenziando come l'art. 580 c.p. non si riferisca all'agevolazione *tout court*, evocando l'essenziale necessità che essa riguardi l'atto di esecuzione del suicidio, in modo tale da evitare imbarazzanti ed anche discutibili derive interpretative, inevitabili ove si pretenda di applicare il divieto penale a qualsiasi comportamento, anche abbondantemente pregresso, che sia sul piano materiale inserito nell'iter delle modalità seguite dall'aspirante suicida nell'organizzazione delle varie fasi della procedura. In senso difforme, cfr. MANTOVANI F., *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., *passim.*, il quale rileva come l'accompagnamento in auto costituisca la “*condicio sine qua non*” per la realizzazione nella sede prescelta del suicidio assistito, e la fungibilità del trasporto si configuri, di conseguenza, quale “mero sofisma” capace esclusivamente di spostare il problema della responsabilità, che verrebbe a riproporsi rispetto ad altro trasportatore inconsapevole.



Corte EDU alla legge n. 219/2017.

L'incedere argomentativo dei giudici meneghini conduce alla ricostruzione del percorso evolutivo, scandito attraverso posizioni di progressivo ampliamento delle maglie del "diritto a morire", registratosi all'interno delle decisioni della Corte EDU. Imprescindibile punto di partenza, per le tematiche che qui ci impegnano, è rappresentato dalla pronuncia *Pretty c. Regno Unito*¹⁶ del 2002: in tale circostanza, la Corte di Strasburgo aveva assunto un orientamento di ermetica chiusura in relazione ad un possibile riconoscimento del diritto di libera determinazione circa l'interruzione della propria esistenza, poiché ritenuto in aperto contrasto con l'art. 2 C.E.D.U., il quale non avrebbe potuto generare «un diritto all'autodeterminazione nel senso che darebbe ad ogni individuo il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita». Inoltre, nel medesimo solco concettuale, veniva rimarcato come il diritto di ciascun individuo di fronte ad arbitrarie ingerenze delle autorità pubbliche, garantito ex art. 8 C.E.D.U., dovesse immancabilmente prestarsi ad un bilanciamento con il diritto alla vita, esprimendo la Corte la necessità di tutelare prioritariamente le persone più deboli e vulnerabili; tale *ratio*, fondante la predetta decisione, potrebbe già intendersi quale implicita divaricazione di spazi autodeterminativi a vantaggio di quei soggetti che non abbisognino di peculiari contegni protettivi¹⁷. La dimensione progressista della Corte EDU ha, però, manifestato contorni contrassegnati da maggiore nitidezza in due sentenze successive: con la prima, *Haas c. Svizzera*¹⁸, si delinea già chiaramente il diritto individuale, sorretto da libertà autodeterminativa e capacità di discernimento, di poter decidere i mezzi ed il tempo in cui poter terminare la propria vita, inteso quale specifica applicazione del diritto al rispetto della vita privata (art. 8), seppur ancora ristretto entro l'obbligo di protezione dell'imprescindibile diritto alla vita, posto in capo agli Stati, con riferimento specifico alle situazioni contrassegnate da imponente vulnerabilità. Tuttavia, è con la pronuncia *Gross c. Svizzera*¹⁹, che viene portato a definitivo

¹⁶ Corte EDU, Sez. IV, 29 aprile 2002, *Pretty v. Regno Unito*, in *hudoc.echr.coe.int*. Il caso atteneva alla decisione di Diane Pretty, paralizzata e sofferente a causa di una malattia degenerativa incurabile (SLA), di porre fine alla propria vita mediante la somministrazione di una sostanza letale, a cui avrebbe provveduto il proprio marito. La donna, avendo ricevuto diniego dalla Procura inglese rispetto all'ottenimento di una dichiarazione con cui la magistratura si fosse impegnata a non procedere nei confronti del marito, decise di rivolgersi alla Corte EDU. I giudici di Strasburgo ritennero tuttavia infondato il ricorso, in quanto non risultava violata alcuna norma della Convenzione.

¹⁷ Sul punto, cfr. Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, cit., 10.

¹⁸ Corte EDU, Sez. I, 20 gennaio 2011, *Haas v. Svizzera*, in *hudoc.echr.coe.int*. La pronuncia aveva ad oggetto un caso in cui il ricorrente, Ernst Haas, affetto da gravi problemi di bipolarismo ed intenzionato a suicidarsi, aveva lamentato la violazione della C.E.D.U. da parte della normativa svizzera la quale, pur prevedendo la possibilità di suicidio assistito, subordinava l'ottenimento della sostanza letale ad una prescrizione medica rilasciata a seguito di un esame psichiatrico approfondito. La Corte propese per l'infondatezza del ricorso, argomentando come la previsione della prescrizione medica per il rilascio di un farmaco letale risultasse assolutamente conforme al dovere di protezione delle persone, gravante sugli Stati, in relazione all'art. 2 C.E.D.U. Su tale decisione, importanti le riflessioni di COLELLA, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 CEDU discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011, *passim*.

¹⁹ Corte EDU, Sez. II, 14 maggio 2013, *Gross v. Svizzera*, in *hudoc.echr.coe.int*. Il caso affrontato e risolto dalla Corte riguardava un'anziana donna, Alda Gross, la quale pur non risultando affetta da alcuna patologia, aveva manifestato la volontà di ottenere una dose letale di farmaci, mediante prescrizione, per poter porre fine alla propria esistenza. La predetta richiesta venne rigettata dalle autorità svizzere, in quanto ritenuta non corroborata dalla sussistenza di una malattia terminale in grado di giustificare la prescrizione. La Corte EDU decise per la fondatezza del ricorso della donna, evidenziando come la legge svizzera, pur offrendo la possibilità di ottenere



compimento il processo di riconoscimento del «*diritto di un individuo di decidere il mezzo ed il momento in cui la vita debba finire*», ancora intimamente connesso al rispetto della vita privata. Non appare, difatti, controvertibile il rilievo in base al quale possiamo ormai classificare come pregnante il riconoscimento, operato dalla Corte di Strasburgo, di un diritto a morire²⁰. Nel medesimo solco ideologico, come rettamente riconosciuto dalla Corte d'Assise di Milano, devono altresì collocarsi gli approdi confluiti nella disciplina di cui alla legge 219/2017, recante «*norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*»; difatti, se da un lato è incontestabile l'orientamento di chiusura nei confronti del «suicidio assistito» preservato dal legislatore nostrano, dall'altro non può mancare di accentuare l'introduzione, disciplinata *ex art. 2*, comma 2, della possibilità per il medico, nelle circostanze in cui si riscontrino sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, e con il consenso del paziente, di «accompagnare» il soggetto verso la morte ricorrendo alla *sedazione palliativa profonda continua*, in associazione con la *terapia del dolore*. Deve a ciò aggiungersi l'astensione, imposta al medico, da un'irragionevole ostinazione nelle cure e dal ricorso a trattamenti sproporzionati e privi di alcuna utilità, in tutte le ipotesi in cui le condizioni del paziente si mostrino particolarmente prossime alla morte. Una tale conformazione legislativa disvela un atteggiamento di più consistente apertura nei confronti del diritto di ciascuna persona di poter definire il contesto temporale e modale in cui porre fine alla propria esistenza, divenendo oramai irrefutabile l'osservazione secondo la quale «*Il fatto che non sia possibile sindacare le ragioni per cui una persona addiuvata a questa scelta, è chiaro*

una dose di *pentobarbital* su prescrizione medica, non risultava provvista delle necessarie *guidelines* che potessero assicurare chiarezza in ordine all'estensibilità di tale diritto. In merito a tale decisione, cfr. PARODI, *Una Corte divisa su una materia divisa: una pronuncia di Strasburgo in materia di suicidio assistito*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013, *passim*; nonché FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, cit., 24, secondo il quale «Per la Corte, quindi, il diritto al suicidio può essere riconosciuto ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, quale corollario del diritto al rispetto della vita privata, ma la necessità di un suo bilanciamento con il diritto alla vita previsto dall'art. 2 richiede l'individuazione di una disciplina idonea a «salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili, specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa da atti volti a porre fine all'esistenza o aiutare a morire» (caso Pretty), prevedendo altresì «delle esaustive e chiare linee guida» (caso Gross) per regolare il diritto al suicidio in ogni suo aspetto».

²⁰ In questo senso, cfr. MANNA, «*Il caso Cappato e il caso Tarantini alla luce del principio di autoreponsabilità (di cui all'art. 2 Cost.)*», cit. Sul medesimo tema, maggiori perplessità possono cogliersi in MASSARO, «*Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*», cit., 12 ss., secondo la quale «Sebbene il giudice *a quo* mostri di valorizzare ampiamente le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non sembra che alle stesse possa attribuirsi una valenza decisiva. L'atteggiamento complessivo della Corte EDU in riferimento a tematiche «eticamente sensibili», in effetti, sembra quello di «rispettare» le scelte dei singoli ordinamenti nazionali attraverso la «clausola del margine di apprezzamento». Per ciò che attiene al suicidio assistito, si sta affermando l'idea per cui l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) comporti anche il diritto del singolo di decidere il mezzo e il momento in cui la propria vita debba terminare, senza intromissione alcuna da parte delle pubbliche autorità: lo stesso art. 8 CEDU, almeno a certe condizioni, consente però allo Stato di considerare «illecite» forme di aiuto esterno rispetto a tale deliberazione». Queste premesse conducono l'A. verso una conclusione in base alla quale, anche la stessa sentenza Gross c. Svizzera, «lungi dal riconoscere la sussistenza di un vero e proprio diritto al suicidio, [...] richiede che, negli ordinamenti che abbiano optato per una disciplina del suicidio assistito, le condizioni che regolano la procedura siano chiaramente espresse dal legislatore. Si tratta di considerazioni che, altrimenti detto, non possono estendersi automaticamente a quegli Stati che, esercitando il proprio legittimo «margine di apprezzamento», abbiano optato per una illiceità delle pratiche in questione».



riconoscimento dei principi stabiliti dagli artt. 2 e 13 della Costituzione, in forza dei quali la libertà di ogni persona a disporre della propria vita non può essere limitata per fini eteronomi»²¹.

Le riflessioni fin qui svolte, spalancano altresì le porte ad un delicatissimo orizzonte tematico, afferente all'eventualità di poter compiutamente configurare la sussistenza di un vero e proprio "diritto" a morire. Sul punto, pur rivolgendo la massima attenzione nei confronti di una declinazione in termini di "libertà"²² di morire, da intendersi quale conseguenza negativa della mancata sottoposizione a trattamenti terapeutici, ci sentiamo, tuttavia, di poter condividere l'autorevole prospettazione ideologica che reclama una derivazione costituzionale del presente diritto, rinvenibile *ex art.* 32 Cost., il quale, incardinando prioritariamente la salute come diritto individuale e, solo in via subordinata, quale interesse della collettività, e, ancor di più, ricollegando l'obbligatorietà di trattamenti sanitari ad una riserva di legge, intesa solo in relazione a malattie diffuse, pare segnare la strada al riconoscimento del diritto a non curarsi, comprensivo del *diritto* a morire²³. Tale approdo, peraltro, sembra essere ulteriormente corroborato proprio dalle spinte aperturiste, appena richiamate, in seno tanto alla Corte EDU, quanto da parte del nostro legislatore.

4. Il "nucleo" dell'ordinanza Cappato: le violazioni costituzionali dell'art. 580 c.p.

Giunti al presente livello di avanzamento nella disamina, non appare più procrastinabile una compiuta ricognizione dei profili di illegittimità costituzionale che, secondo la complessiva dimensione contenutistica dell'ordinanza di rimessione della Corte meneghina, irrimediabilmente affliggono la formulazione dell'art. 580 c.p., con particolare accentuazione sulla fattispecie di

²¹ Così, condivisibilmente, Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, cit., 13.

²² In tal senso, cfr. PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2018, *passim*, il quale, con peculiare riferimento alla legge 219/2017, argomenta come la novella legislativa «non chiama in causa il diritto di morire, ma la libertà (di fatto) di morire come conseguenza negativa del non sottoporsi a trattamenti terapeutici»; nonché, con accezione terminologica afferente al diritto al suicidio, OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, cit., 151 ss. L'A. sottolinea che: «Lo stato dell'arte della nostra legislazione, infatti, riletta alla luce della lente di cui all'art. 32 Cost., non permette di desumere dal diritto a non subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà un problematico diritto al suicidio; [...] Pur quindi risultando coerenti con l'ordinamento le condotte di disponibilità indiretta del bene vita, per il tramite della facoltà di rifiutare qualsiasi trattamento medico, non può dalle stesse logicamente desumersi la rilevanza di diritto delle condotte di disponibilità diretta del medesimo bene, dovendosi concludere infine per l'impossibilità di fondare un vero e proprio diritto al suicidio sul diritto al rifiuto di cure», approdando, altresì, alla considerazione in base alla quale «si potrebbe qualificare l'atto autolesionista alla stregua di una mera libertà, ossia di una posizione di liceità giuridica non sorretta, tuttavia, da corrispondenti pretese di non-impedimento [...]».

²³ In questi termini, MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione od aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 202 ss.; nonché VIGANO, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1601 ss. Ancora, in senso conforme, prezioso il rinvio a DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 14. L'A., con riferimento ai celebri casi Welby ed Englaro, rileva: «Per quanto in Italia non sia stato adeguatamente rilevato, il caso Welby e il caso Englaro non sono due esempi del diritto a un aiuto nel morire, ma del diritto di morire. Se è consentito rifiutare trattamenti salvavita in corso di esecuzione (caso Welby), e ciò senza alcun obbligo di motivare il rifiuto, si possiede già il diritto di morire grazie all'aiuto di un medico. Non consiste ciò nel *right to die*, nel diritto alla morte?». In chiave decisamente antitetica, cfr. AMATO, *Eutanasie: il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, 2015, 107 ss.



aiuto al suicidio. Assoluta centralità, negli sforzi ricostruttivi dei giudici milanesi, viene riservata alla corretta individuazione del bene giuridico tutelato dalla disposizione codicistica, rimarcando vigorosamente la trasmutazione da una concezione spiccatamente “clerico-fascista”, imperniata su di un’immutabile dimensione di sacralità ed indisponibilità della vita umana in relazione ai preminenti obblighi di ciascun individuo, verso una dimensione “costituzionalmente orientata” del medesimo diritto alla vita, principalmente desumibile dal combinato disposto degli artt. 2 e 13 della Carta costituzionale. La cardinale rilevanza dell’affermazione del principio personalistico, attraverso la quale si perfeziona la prioritaria considerazione delle libere opzioni autodeterminative, si propone quale manifesto di una differente concezione della vita, diametralmente svincolata rispetto ad incisioni provenienti da fini eteronomi rispetto al suo titolare, cui deve ulteriormente assommarsi l’inviolabile garanzia della libertà personale nei riguardi di indebite ingerenze dello Stato.

Poste tali solide fondamenta, diviene impellente un mutamento prospettico nella ricostruzione del bene giuridico tutelato dall’art. 580 c.p., che possa incentrare il fuoco protettivo sulla libertà di autodeterminazione²⁴ del singolo. Il condivisibile percorso espositivo conduce, quale sua naturale destinazione, alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale in rapporto a quelle condotte di agevolazione meramente materiale, che in alcun modo abbiano alterato il tragitto psichico prefigurato dal soggetto passivo, ponendosi in chiave eminentemente strumentale rispetto ad una deliberazione intrisa di crisi di autoresponsabilità²⁵.

Questione di chiusura, ma non per questo di minore importanza, è quella relativa alla radicale differenziazione che contraddistingue le condotte di aiuto rispetto a quelle istigatrici al suicidio, non corroborata da un’eguale divaricazione di carattere sanzionatorio²⁶: in merito, l’ordinanza in commento, riconosce la violazione degli artt. 3, 13, 25, comma 2 e 27, comma 3, Cost. sul precipuo presupposto in base al quale la mancata distinzione fra le condotte, nonostante l’inccontrovertibile maggiore incisività dell’istigazione rispetto a meri contegni agevolatori, configuri un sicuro *vulnus* ai canoni di ragionevolezza, offensività e proporzione della pena.

²⁴In senso critico, cfr. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, cit., 18, la quale evidenzia come: «Le argomentazioni portate al riguardo dalla Corte di Assise di Milano propongono di spostare integralmente il fuoco di tutela dell’art. 580 c.p. sulla libertà di autodeterminazione del soggetto. L’impressione, tuttavia, è quella per cui in questo modo la Corte costituzionale invaderebbe il campo di azione riservato al legislatore, a fortiori dopo la scelta effettuata con la legge del 2017. A ciò si aggiunga che un intervento sull’art. 580 c.p., che, [...] non distingue tra le “cause” del suicidio, determinerebbe una riscrittura della fattispecie ben oltre l’ambito applicativo delle pratiche di fine vita».

²⁵ In tema di autoresponsabilità, con particolare riferimento alle ipotesi di eutanasia attiva consensuale, pregevoli argomentazioni sono rinvenibili in FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, 227, il quale rileva come l’ordinamento «escludendo che la volontà del singolo interessato possa valere a rendere lecita la condotta del terzo che determina o agevola la morte su richiesta, muove dal presupposto che la salvaguardia della vita sia appunto un valore meritevole di essere affermato in ogni caso, anche a dispetto del punto di vista contrario di chi non vorrebbe più continuare a vivere», venendosi così inevitabilmente a configurare «una posizione paternalistica [...] perché sceglie d’autorità ciò che è bene, o comunque preferibile per la società e per gli individui, prescindendo del tutto da dare rilievo alla prospettiva dell’autodeterminazione personale dei singoli».

²⁶ In argomento, cfr. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, cit., 28, il quale sottolinea che: «Ad ogni buon conto, l’auspicata riforma dell’art. 580 c.p. nella fattispecie agevolativa appare indispensabile per il superamento dell’evidente irragionevolezza di equiparazione sanzionatoria con le condotte di determinazione e rafforzamento dell’intento suicidario [...]».



Traendo riassuntivamente le fila della nostra esposizione, non può mancare di constatare il ruolo di attore principale giocato dal principio di autoresponsabilità²⁷. Il medesimo principio, si pone quale ideale ponte di collegamento rispetto alla pronuncia della Corte d'Appello di Bari in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione.

5. La proposizione, mutatis mutandis, di affini percorsi argomentativi ad opera dei giudici di Bari.

Nell'approcciare alla trattazione delle argomentazioni confluite nell'ordinanza di rimessione della Corte d'Appello di Bari, non può omettersi l'accentuazione delle molteplici affinità argomentative registrabili rispetto all'ordinanza Cappato, seppur inevitabilmente paramtrate al contesto materiale del libero esercizio della prostituzione. In *primis*, l'*iter* ricostruttivo dei giudici baresi muove dalla preliminare considerazione afferente al contesto storico-sociale di emersione della legge 75/1958 (c.d. Legge Merlin), contrassegnato da un accostamento al fenomeno prostituivo intriso di maggiore unitarietà²⁸, dal quale però inevitabilmente esulavano determinati comportamenti ancora sconosciuti e, probabilmente, del tutto inconcepibili. Difatti, risulta lapalissiano come la *voluntas legislatoris* fosse allora radicata sulla necessità di affermare una libertà della prostituzione nei confronti di modalità di asservimento ricomprese nell'altrui dimensione organizzativa di sfruttamento, esulando dalla complessità²⁹ disgregativa assunta dal medesimo fenomeno in tempi posteriori. Rientra indubitabilmente in contesti più evoluti della nozione di "prostituzione" l'emersione della figura della "escort", concettualmente identificata come l'accompagnatrice o, comunque, come la persona che riceve una retribuzione per accompagnare taluno e che risulti, altresì, disponibile a prestazioni sessuali, eludendo di tal guisa – come ritiene il giudice *a quo* – qualsivoglia punto di tangenza con le divergenti forme di prostituzione, giustificate queste ultime da una volontà coartata, piuttosto che da evidenti e necessarie ragioni di bisogno³⁰. È appunto la prefigurazione di moderne declinazioni del

²⁷ In argomento, efficacemente, SERENI A., *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000.

²⁸ Sul punto, cfr. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, cit., 168, il quale rileva come la prostituzione, ai tempi della legge Merlin, si configurasse come «un fenomeno ben più "unitario" di oggi. La prostituzione maschile era quasi assente, cosicché nella quasi totalità dei casi la prostituta era una donna. [...] Si è visto che le donne dedite a questo mestiere lo svolgevano in modo continuativo, passando di "casino" in "casino", al servizio costante dei tenutari delle case chiuse. Non avevano libertà di rifiutare i clienti, e spesso erano costrette a ricevere numerosi clienti nel corso di una sola notte. Di qui, vari caratteri tipici della prostituzione. Essa richiedeva l'offerta indiscriminata e abituale del proprio corpo a fini sessuali da parte di una donna in cambio di un corrispettivo economico da parte dei clienti».

²⁹ In argomento, cfr. MERZAGORA - TRAVAINI, *Prostituzioni*, in Cadoppi (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014, 38 ss; nonché ID., *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, 635 ss. Gli A. pervengono alla individuazione di differenti categorie di prostitute, tanto da discorrere complessivamente non più di "prostituzione", bensì di "prostituzioni": le predette categorie attengono alla prostituzione coattiva, inclusiva delle ragazze di colore o extracomunitarie che vengono trasportate in Italia mediante un pretesto lavorativo per essere poi inserite nel mercato del sesso, piuttosto che alla prostituzione necessitata, tipica espressione di giovani donne costrette a prostituirsi in presenza di un estremo stato di bisogno, o, ancora, alla prostituzione libera o volontaria, nella quale si collocano indubitabilmente le "escort", ragazze che accompagnano ricche persone bisognose di compagnia, prostituendosi occasionalmente, individuando il cliente con la possibilità di rifiutarlo attraverso, appunto, libere scelte.

³⁰ Cfr. App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, in www.penalecontemporaneo.it, 2018,



fenomeno proiettivo a rendere impellente una verifica di costituzionalità della legge Merlin, che possa integralmente dirigersi in direzione di una focalizzazione sulle individuali prerogative autoresponsabilizzanti. In *medias res*, assunta l'incontrovertibilità della proiezione autodeterminativa caratterizzante la condotta di donne le quali, nel caso di specie, hanno liberamente orientato la propria volontà in senso favorevole ad uno "scambio contrattualistico"³¹, consistente nella cessione della propria sessualità finalizzata all'acquisizione di vantaggi economicamente apprezzabili, risulta alquanto lampante come le riserve di costituzionalità, pronunciate dalla Corte barese in relazione alle condotte di reclutamento (art. 3, co. 1, n. 4, L. 75/58) e di favoreggiamento (art. 3, co. 1, n. 8, L. 75/58) della prostituzione, abbiano ancora una volta quale referente principe il riconoscimento del principio di autoresponsabilità *ex art. 2 Cost.* Ampliando gli orizzonti analitici, appare inevitabile la critica concentrazione inerente alla possibilità che contegni di intermediazione agevolativa, radicalmente ininfluenti sui processi decisionali delle "escort" rispetto all'esercizio della prostituzione, possano in qualche maniera comportare incisioni al diritto ad una libera sessualità autodeterminata³².

Tali indispensabili premesse, assumono connotazioni di ancor maggiore pregnanza, disvelandosi qui ulteriori limpide connessioni nei confronti della tematica dell'aiuto al suicidio, per quanto attiene alla puntuale identificazione del bene giuridico protetto, tra le altre, dalle fattispecie di reclutamento e di favoreggiamento; in argomento, autentico *punctum dolens* della legge Merlin attiene al concetto di dignità della prostituta, ivi declinato in chiave esclusivamente *oggettiva*³³, in quanto intimamente riconnesso a ciò che beni superiori, quali la pubblica moralità o il buon costume, in quanto concepiti in un'ottica di incontrastato predominio statale, potessero qualificare come contegni consoni per una ragazza, sacrificando in *toto* la valenza di una possibile emersione di personali determinazioni. L'anacronistica ricostruzione dianzi richiamata, deve inesorabilmente cedere il passo nei confronti di una tutela il cui fuoco debba incardinarsi sulla libertà di autodeterminazione³⁴ di ciascun individuo in materia sessuale, che si pone in assoluta linea di

10.

³¹ Così, letteralmente, App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, cit., 11.

³² In argomento, imprescindibile il richiamo, opportunamente operato anche dalla Corte d'Appello di Bari, a Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Foro it.*, 1989, fasc. 7-8, 2113 ss., con nota di MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale - Nota a C. Cost. 18 dicembre 1987*, in cui la Consulta, riconosciuta la sessualità come uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, statuisce che «il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire».

³³ La distinzione tra dignità oggettiva e soggettiva viene ricostruita da CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, cit., 181 ss., il quale, acutamente, rileva che: «La dignità oggettiva (o "impersonale") è un qualcosa di esterno alla volontà del soggetto da proteggere, e derivante da parametri di tipo sociale o morale di riferimento derivabili dalla opinione collettiva, o se vogliamo, dalle norme di cultura di una certa società. [...] La dignità soggettiva (o "personale") è quella che consegue alle libere scelte di un soggetto capace di autodeterminarsi. In questa prospettiva, ciascuno ha una propria dignità e un proprio tipo di dignità, e ogni dignità è diversa da soggetto a soggetto. In materia sessuale, ad esempio, ciò che è dignitoso per qualcuno può essere ripugnante per qualcun altro. E se si riconosce libertà di autodeterminazione in materia sessuale, occorre anche riconoscere che ciascuno si autodefinisce il proprio concetto di dignità anche in materia sessuale».

³⁴ In questo senso si esprime, condivisibilmente, App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, cit., 18. L'ordinanza, difatti, evidenzia sul punto che: «La connotazione storicistica dell'identificazione del bene giuridicamente protetto dalle norme affette da significativa dubbiozza di costituzionalità pare fornire in tal senso



compatibilità con una prioritaria rilevanza della dignità *soggettiva* della prostituta. Conseguentemente, non può che sostenersi la necessità di un sovvertimento delle prospettive di carattere superindividuale, in luogo di un'ormai integrale focalizzazione sull'autoresponsabilità individuale, preservando valenza tale approdo concettuale tanto con riguardo alle ipotesi di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, che qui direttamente ci impegnano, quanto in relazione ai conegni di aiuto al suicidio³⁵. In questo complessivo affresco, le fattispecie di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione, sembrano presentare contorni di assai dubbia costituzionalità³⁶, e ciò non solo per quanto concerne il *vulnus* all'art. 2 Cost., ma, altresì, sul piano di una evidente torsione del principio di laicità³⁷. Difatti, l'atto del prostituirsi, in seguito ad una libera scelta ed attraverso la selezione dei clienti e l'occasionalità delle prestazioni, come nel caso delle "escort", configura senza dubbio un'opzione morale per molti non condivisibile, ma che, allo stesso tempo, per la medesima prostituta non comporta alcuna lesione alla propria dignità soggettiva, e soprattutto, non inficia la tutela del bene giuridico, essendo valorizzata la libertà di autodeterminazione personale: da ciò, *a fortiori*, deve inesorabilmente concludersi nel senso che conegni di mera intermediazione agevolatrice, a fronte, lo si ribadisce ancora una volta, di una precedente determinazione libera e volontaria alla prostituzione, finiscano per collocarsi al di qua della linea di rilevanza penale. Ne discende, ulteriormente, che la conservazione delle predette ipotesi delittuose non può che collocarsi nell'ambito delle forme più classiche di "paternalismo penale" il quale, nel caso specifico della prostituta, assume i contorni tipologici di un *paternalismo morale*³⁸.

utile conforto ricostruttivo: invero il dilemma di appartenenza delle suddette norme al piano della tutela della libertà sessuale autodeterminata ovvero (ed anche) a quello della pubblica moralità e buon costume, appare ormai risolto nel senso del definitivo abbandono delle ragioni che vedono nella Legge Merlin il presidio e garanzia della tutela paternalistica della pubblica moralità, per essere il dettato normativo ormai attualizzato sotto l'egida della tutela della persona umana e della sua libertà di scelta in campo sessuale.

³⁵ Su tale intima relazione, cfr. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, cit., 24 ss., secondo la quale: «La premessa è quella di una ridefinizione del bene giuridico tutelato, che, affrancato da ogni interesse superindividuale (rilevanza "statale" della vita umana, moralità pubblica, buon costume), risulta integralmente focalizzato sulla libertà di autodeterminazione del singolo. la conseguenza è la pretesa illegittimità di fattispecie che puniscono condotte di agevolazione rivolte a chi si sia liberamente determinato rispetto al suicidio o all'esercizio della prostituzione».

³⁶ In tema, con peculiare riferimento alle ipotesi di favoreggiamento, cfr. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, cit., 6, il quale evidenzia che: «La condotta di favoreggiamento può assurgere a rilevanza penale solo in un'accezione "oggettiva" della dignità, ma se, invece, ci si riferisce alla dignità declinata in chiave soggettiva, cioè come libertà di autodeterminazione della prostituta, c'è seriamente da domandarsi se abbia ancora un senso e, soprattutto, se sia legittimo costituzionalmente continuare ad incriminare il favoreggiamento della prostituzione».

³⁷ Sul punto, cfr. MANNA, *ibid.*, 16, il quale pregevolmente rileva che «In questa visione di paternalismo *soft*, vale a dire di forme attenuate di tutela della morale da parte dello Stato, le condotte di favoreggiamento presenti nella legge Merlin risulterebbero legittime, dal momento che, nella società postsecolare, la prostituzione viene ritenuta contraria alla morale (o ad "una" morale). Senonché, simili conclusioni devono essere respinte, dal momento che rischiano di continuare a legittimare condotte offensive soltanto di sentimenti e, soprattutto, di beni giuridici di scarsa consistenza e, comunque, del tutto "inafferrabili"».

³⁸ Cfr. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, cit., 185. Con peculiare riguardo all'ambito della prostituzione, l'A. sottolinea come «in questo caso, si tratterebbe di paternalismo morale. E il paternalismo morale è - fra i vari paternalismi giuridici - quello che più unanimemente viene condannato dagli studiosi. Invero, ammettendo un intervento paternalistico di tipo morale nell'ambito del diritto penale, si finirebbe a tutelare col più terribile dei diritti la pura morale, cosa che



Le articolazioni fin qui proposte si pongono, nelle argomentazioni dei giudici baresi, quale naturale aggancio per l'affermazione della deficitaria configurazione delle condotte propriamente reclutative, nel senso dell'intermediazione nell'incontro tra domanda ed offerta di libero esercizio prostitutivo, e di quelle di favoreggiamento, quali incidenti sulla fase esecutiva del medesimo esercizio, altresì in punto di rispetto del principio di offensività³⁹. L'ordinanza di rimessione, contrariamente ma, altrettanto, dovremmo aggiungere, condivisibilmente, evidenzia come le ipotesi appena ricostruite, lungi dall'arrecare un danno ad alcun bene giuridico meritevole di tutela, configurino un vantaggio per il medesimo bene giuridico, qualificandosi, nei confronti della "escort", quali "agenti facilitatori" nell'espletamento della propria libera volontà autodeterminatasi.

In assoluta conformità a quanto finora analizzato, si pone l'indispensabile esplicitazione concernente la concreta individuazione delle condotte di reclutamento e di favoreggiamento difettose sul versante dell'offensività: dovranno ricomprendersi il complesso dei contegni che non interferiscano minimamente sulla libertà di autodeterminazione all'esercizio della prostituzione, sconfinandosi, in caso contrario, nelle divergenti figure dell'induzione o, a seconda delle peculiarità delle differenti ipotesi, dello sfruttamento, queste sì meritevoli di una risposta di carattere repressivo, appunto perché foriere di una manipolazione della libera volontà della prostituta.

6. Reclutamento e favoreggiamento "all'esame" del principio di legalità.

Questione di notevole importanza, all'interno della proliferazione espositiva della Corte barese, è quella attinente alla presunta incostituzionalità delle fattispecie di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione sotto il profilo della violazione del principio di legalità, ex art 25, comma 2, Cost., con particolare riguardo al sottoprincipio di determinatezza-tassatività. In argomento, pienamente condivisibili gli orientamenti ideologici desumibili da autorevole dottrina⁴⁰, tesi alla dimostrazione della congenita indeterminazione caratterizzante entrambe le disposizioni, così come elaborate nell'ambito della legge Merlin. In primo luogo, con puntuale richiamo alla nozione di reclutamento, non può mancare la sottolineatura circa i condizionamenti storico-sociali, di indiscutibile impatto sulla *voluntas legislatoris*, che incisero profondamente nel solido legame costituitosi tra la stessa nozione ed il versante organizzativo del fenomeno prostitutivo, laddove si riscontri pianamente l'origine "militaresca" dell'espressione terminologica reclutamento. L'abbandono della predetta configurazione, ormai totalmente superata, non ha incontrato un opportuno avvicendamento da parte di un'univoca prospettiva ermeneutica, capace di racchiudere al proprio interno le divergenti forme di "prostituzioni" ormai riscontrabili, determinando, viceversa, un eccessivo ampliamento della cornice di riferibilità alla fattispecie di reclutamento, in aperto iato con le esigenze di determinatezza⁴¹ normativa. Senza dubbio alcuno,

configgerebbe addirittura con il principio di laicità dello Stato e con altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Si punirebbe il "modo di essere" delle persone, e nel caso di specie addirittura un esercizio di una libertà di autodeterminazione in materia sessuale».

³⁹ In argomento, cfr. CADOPPI, *ibid.*, 188, il quale rileva che: «Si può pensare che alcune delle fattispecie della legge del '58, sotto questo profilo, possano mantenere profili di offensività anche di fronte a "libere scelte": si può pensare allo sfruttamento (almeno a certe condizioni) o alla induzione (o almeno a certe forme di essa). Ma nell'ambito del reclutamento o del favoreggiamento, [...] non vi sarà mai alcuna lesione del bene giuridico tutelato se il bene è la libertà di autodeterminazione della donna in materia sessuale e se la scelta è stata libera».

⁴⁰ In argomento, imprescindibile il riferimento, ancora una volta, a CADOPPI, *ibid.*, 172 ss.

⁴¹ In senso contrario, App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, cit., 24. L'ordinanza dei



però, la formulazione legislativa maggiormente contrastante con il principio di legalità, sul piano della determinatezza, è quella relativa al favoreggiamento della prostituzione, come può chiaramente evincersi dalle sterminate possibilità ricomprendibili nel novero delle condotte che “*in qualsiasi modo*” agevolino l’esecuzione dell’attività prostituitiva. Una porzione della giurisprudenza di legittimità⁴², aveva finito con l’assumere posizioni alquanto discutibili in argomento, ritenendo sussistenti gli estremi del favoreggiamento addirittura nella condotta del cliente che, dopo aver consumato il rapporto sessuale con la prostituta, si limitasse a riaccompagnarla nel medesimo luogo in cui si era verificato l’incontro iniziale, per consentirle di attendere il prossimo cliente: ciò rileva, nella nostra analisi, al solo fine di testimoniare l’estensibilità potenzialmente sprigionantesi da una nozione così lata di favoreggiamento. Egualmente, non sembra incontrare alcun impatto risolutivo, la distinzione operata dalla Suprema Corte⁴³ tra “favoreggiamento della prostituzione” e “favoreggiamento della prostituta”, sulla base del restringimento delle condotte penalmente rilevanti alla prima eventualità: la presente articolazione, in realtà, finisce con il preservare i medesimi caratteri di indeterminatezza, laddove risulta nondimeno manipolabile, a seconda del punto di osservazione oggettivo, piuttosto che soggettivo, di uno stesso contegno⁴⁴.

In definitiva, deve ritenersi che, soprattutto, la fattispecie di favoreggiamento presenti indubitabili estremi di indeterminatezza e/o carenza di precisione che, assieme agli altri *vulnus* ai principi costituzionali, ci consentono di esprimere un, seppur moderato, ottimismo, in ordine all’accoglimento delle due ordinanze di rimessione, a meno che non prevalga, in seno alla Corte costituzionale, un atteggiamento “paternalistico” e quindi contrario al principio di laicità, magari celato sotto l’usbergo dell’“*horror vacui*”.

giudici baresi, sul punto, evidenzia come: «Il problema non si intende porre in relazione alle fattispecie di reclutamento ai fini di esercizio della prostituzione poiché la formulazione della fattispecie normativa [...] esige soltanto una forma di attualizzazione interpretativa della nozione di reclutamento; nozione evidentemente connessa al momento storico di approvazione della normativa suddetta, finalizzata alla rimozione dello sfruttamento della prostituzione siccome esercitata nelle cosiddette case chiuse».

⁴² Cfr. Cass., Sez. VI, 9 novembre 2012, P.A., n. 45250, in *Mass. Uff.*, n. 254003; nonché Trib. Perugia, 21 novembre 2000, Lotti, in *Riv. pen.*, 2000, 1042.

⁴³ Cfr. Cass., Sez. III, 9 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 454 ss.

⁴⁴ Così, App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, cit., 23 ss., nella quale si legge: «Invero la cennata distinzione si traduce in una vera e propria forzatura concettuale ove si consideri che le due condotte sono naturalmente avvinte da un legame di reciprocità in ragione del quale la condotta favoreggiante ha il duplice risvolto di essere riguardabile sia dal punto di vista soggettivo, come aiuto alla prostituta, sia da quello oggettivo, come aiuto alla prostituzione».