

# IL PRINCIPIO DI LAICITÀ E LE RECENTI SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI AIUTO AL SUICIDIO E FAVOREGGIAMENTO DELLA PROSTITUZIONE (\*)

di Francesco Viganò

Laicità, diritto penale, giurisprudenza costituzionale: tre parole chiave impegnative, che mi sollecitano a formulare qualche riflessione dallo speciale angolo prospettico offertomi dalla mia attuale posizione di componente della Corte costituzionale, chiamata recentemente a valutare la legittimità costituzionale delle due norme incriminatrici dell'istigazione e aiuto al suicidio, da un lato, e di varie condotte accessorie della prostituzione, dall'altro.

A mo' di introduzione, cercherò di esplicitare la mia personale posizione sul significato del principio di laicità nell'ordinamento italiano (*infra*, 1). Mi soffermerò poi, con la sintesi imposta dalle dimensioni di questo intervento, sulle ripercussioni di tale principio nel diritto penale, e in particolare sulle relazioni tra diritto penale e morale (*infra*, 2) e su quelle tra diritto penale e religione (*infra*, 3). Infine, cercherò di non sottrarmi all'*occasione* che ha dato spunto a questa riflessione, chiedendomi se la Corte costituzionale abbia inteso offrire copertura costituzionale alla tutela di valori morali o religiosi, nella trama argomentativa della sentenza di parziale illegittimità dell'art. 580 c.p. (*infra*, 4) e nelle pronunce con cui ha, invece, rigettato le censure concernenti le disposizioni penali in tema di ausilio alla prostituzione (*infra*, 5).

## 1. Due letture della laicità.

Prendo le mosse da un acuto articolo di Domenico Pulitanò, pubblicato una quindicina di anni or sono e dedicato proprio al principio di laicità: un principio rientrante tra i «principi supremi dell'ordinamento costituzionali»<sup>1</sup>, e inteso dall'illustre autore come *equidistanza*, imparzialità dello Stato verso tutte le confessioni *religiose*, e – potremmo aggiungere – verso tutte le visioni *morali* proprie di una parte dei consociati<sup>2</sup>.

---

(\*) Questo saggio è stato pubblicato nel volume a cura di A. Cadoppi, P. Veneziani e F. Mazzacuva, *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale*, pubblicato da Bologna University Press (2022). L'autore ringrazia i curatori e l'editore per averne autorizzato la ripubblicazione in questa *Rivista*. Le opinioni espresse sono unicamente attribuibili all'autore, e non riflettono necessariamente la posizione dell'istituzione di cui è componente.

<sup>1</sup> C. cost., sentenza n. 203 del 1989.

<sup>2</sup> D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 56. Il saggio è stato pubblicato anche nel

Anche verso quelle della maggioranza, che hanno in quest'ottica dignità pari a quelle di tutte le minoranze, di qualunque consistenza numerica esse siano.

Questo principio è, come tutti sanno, il naturale portato della *secolarizzazione* dello Stato moderno, che nasce dal processo di separazione tra potere civile e potere religioso, e dalla progressiva affermazione di istituzioni secolari che fondano la propria legittimità non già sul volere di Dio, ma sul contratto sociale: e dunque – nel contesto contemporaneo – sulla volontà della maggioranza, che si esprime democraticamente attraverso libere elezioni. Ancor prima, il principio di laicità è legato a doppio filo al riconoscimento della *libertà di religione e di coscienza*, reclamata dalla riflessione filosofica del XVIII secolo e proclamata solennemente sin dalle prime dichiarazioni dei diritti americane e francesi, per assurgere oggi a tratto coesenziale dello Stato liberale e democratico-liberale.

Siamo dunque di fronte a un tratto identitario dello Stato costituzionale, che postula la necessità di una pacifica coesistenza, all'interno della stessa organizzazione statale, tra persone che si riconoscono in diverse fedi religiose e in diverse visioni del mondo. Non a caso, nella Costituzione italiana repubblicana, fondativi del principio di laicità sono – lo ricorda ancora Pulitanò – l'articolo 3 (il principio di uguaglianza) e l'art. 8 (l'eguale libertà di tutte le religioni di fronte allo Stato)<sup>3</sup>.

Proprio perché nello Stato costituzionale coesistono diversi gruppi che si riconoscono in diverse visioni del mondo, ognuna delle quali è libera di praticare la propria religione e di conformare la propria condotta ai propri dettami morali, lo Stato deve legittimarsi indipendentemente da ciascuna di quelle (particolari) visioni del mondo; il che comporta la necessaria separazione tra diritto, morale e religione. La legge dello Stato trova la sua unica legittimazione nel suo essere *utile* alla società nel suo complesso: non già nella sua corrispondenza ad un sistema di valori morali o religiosi, che sarebbero comunque propri soltanto di una parte della società.

Ma dovremmo da tutto ciò dedurre che lo Stato debba restare, oltre che equidistante e “neutrale”, anche programmaticamente *indifferente* di fronte alle visioni morali e religiose delle varie parti della società?<sup>4</sup> La separazione di campo tra diritto, morale e religione implica davvero una *reciproca impermeabilità* di queste sfere?

Personalmente non mi sono mai riconosciuto in questa versione radicale della laicità, come in essa non si riconosce Pulitanò. La democrazia liberale si fonda su un'idea di *pluralismo*, che è – ancor prima che sociale o politico – *valoriale*; e questo pluralismo presuppone, a mio modo di vedere, un'idea di *inclusività*<sup>5</sup>, di riconoscimento, di accoglienza delle diversità tra le persone e le singole formazioni sociali. Questa prospettiva, a sua volta, mira non solo a permettere una *coesistenza pacifica* tra persone

---

volume collettaneo A. Ceretti, L. Garlati (a cura di), *Laicità e stato di diritto*, 2007, p. 283 ss.

<sup>3</sup> D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., p. 55.

<sup>4</sup> La Corte costituzionale ha, peraltro, già dato una risposta negativa a tale quesito nella poc'anzi menzionata sentenza n. 203 del 1989: «Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale».

<sup>5</sup> Lo sottolinea ancora, benissimo, D. PULITANÒ, *Laicità*, cit., p. 60.

che si riconoscono in fedi e sistemi di valore differenti, fondata sull'idea della reciproca tolleranza; ma anche a stimolarne la *cooperazione* – la “partecipazione”, secondo la formula incastonata nell'art. 3 Cost. – al bene comune, ciascuno con il proprio bagaglio di energie fisiche e intellettuali, di doti naturali, di competenze acquisite, e – non da ultimo – di valori, anch'essi spendibili a servizio di quel bene comune.

Del resto, la fede religiosa o la visione del mondo nella quale ciascun membro della collettività si riconosce non si esaurisce nella vita privata, ma si proietta necessariamente all'esterno della persona, orientando la sua azione e le sue interazioni con le altre persone nel più vasto contesto di una società pluralista<sup>6</sup>: per la quale la vera sfida non è trovare accordi ignorando le differenze, ma valorizzare le visioni del mondo di ciascuno per individuare denominatori comuni in cui tutti possano riconoscersi<sup>7</sup>, “*etsi Deus non daretur*”<sup>8</sup>, pur non rinunciando a mostrare pubblicamente la propria identità religiosa, che non ha alcuna ragione di ritrarsi dalla sfera pubblica, allorché non sia utilizzata come strumento di contrapposizione, di scontro e di prevaricazione nei confronti di chi non condivide il proprio credo. Allorché, insomma, non pretenda di *imporsi* rispetto alla identità altrui, e rinunci così – con le parole di Silvio Ferrari – alla pretesa di «proclamare verità ultime», in coerenza con una concezione della laicità che si accontenti del «proprio ruolo – modesto ma fondamentale – di permettere all'uomo di ricercare e affermarle»<sup>9</sup>.

Come osserva ancora Ferrari, «[a]niché identificarsi con un complesso di valori universali», questa concezione di laicità

individua la strada e lo strumento che permette ai valori particolari di ciascuna comunità di fede e di convinzione di contribuire a comporre il quadro dei principi comuni a tutta la comunità statale. Si tratta dell'idea di laicità che anima i sostenitori dell'insegnamento di più religioni nella scuola (in luogo di nessuna religione o di una sola religione), della possibilità di regimi di alimentazione differenziata nelle mense delle istituzioni pubbliche, di reparti distinti per religione nei cimiteri; che, di fronte all'alternativa secca tra esposizione del crocifisso nell'aula scolastica o assenza di qualsiasi simbolo religioso, è incline ad esplorare la possibilità di esporre simboli di religioni e concezioni della vita diverse. [...] Essa muove da un atteggiamento simpatetico verso il pluralismo organizzativo e normativo emergente a livello sociale ed è disposta a fargli spazio finché non urta chiaramente contro i valori indisponibili su cui è basata la convivenza civile<sup>10</sup>.

Sono stato molto colpito dal discorso inaugurale di Joe Biden, pronunciato il 20 gennaio 2021 a pochi giorni da quell'attacco della folla a Capitol Hill che ha segnato – per ora almeno – il culmine delle divisioni che lacerano la società americana di questi ultimi anni. Dopo avere insistito sul valore della *diversità*, così consustanziale a quella

<sup>6</sup> M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 494 s.

<sup>7</sup> G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. Risicato, E. La Rosa (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, 2009, p. 39.

<sup>8</sup> Richiama la notissima formula groziana, in altro contributo dedicato al principio di laicità, ancora D. PULITANÒ, *Laicità, multiculturalismo, diritto penale*, in L. Risicato, E. La Rosa (cit.), *Laicità e multiculturalismo*, cit., p. 226.

<sup>9</sup> S. FERRARI, *La nozione di laicità tra identità e pluralismo*, in A. Ceretti, L. Garlati (a cura di), *Laicità e stato di diritto*, 2007, p. 127.

<sup>10</sup> S. FERRARI, *La nozione*, cit., p. 122.

società, Biden ha citato Sant'Agostino – «un santo della mia chiesa», lo ha definito –, concludendo il suo discorso con un salmo della *sua* tradizione biblica: rivendicando, assieme, il proprio ruolo di presidente di tutti gli americani e la propria identità di cristiano<sup>11</sup>. Biden ha così sottolineato come ciascuno possa legittimamente essere orgoglioso della propria fede anche nell'espletamento di funzioni nelle quali rappresenta l'intera nazione, ponendo a servizio di quella nazione il proprio bagaglio ideale e, eventualmente, religioso.

Una simile prospettiva è, a ben guardare, parecchio distante dalla versione “alla francese” della laicità, in cui la religione è e deve restare un fatto privato, da non portare con sé nell'arena pubblica.

Ho sempre pensato, in effetti, che la dimensione morale e religiosa della persona sia parte integrante della sua identità e della sua “pari dignità” – per utilizzare ancora il linguaggio dell'articolo 3 Cost. – rispetto a ogni altra persona; così come lo sono la lingua e la cultura, l'origine etnica, il colore della pelle, le convinzioni politiche, l'orientamento sessuale. E proprio da questa diversità nasce la necessità di trovare un *common ground* anche dal punto di vista valoriale, giacché – ed è questa volta Gustavo Zagrebelsky a sottolinearlo – la democrazia liberale non potrebbe vivere senza valori condivisi<sup>12</sup>. La società che avevano in mente i costituenti si fonda sul riconoscimento di valori di rispetto della persona e di reciproca solidarietà, senza i quali la democrazia si dimostrerebbe drammaticamente incapace di reggere agli attacchi della contemporaneità.

La laicità, insomma, non può essere intesa come indifferenza ai valori, ma come *equidistanza* rispetto a valori che sono, però, tutti assieme *parti costitutivi della identità di una nazione*. Un'identità che si fonda, dal canto suo, su tradizioni antiche – pensiamo al ruolo della civiltà greco-romana e della cultura giudaico-cristiana nel forgiare l'identità europea –, ma che continuamente si arricchisce di nuovi apporti derivanti dall'impatto, non sempre privo di traumi, con tradizioni assai diverse: le quali, tuttavia, non meno delle prime sono entrate a far parte di quella identità, al punto da condurre l'ex cancelliera tedesca Angela Merkel a dichiarare che l'Islam è parte della società tedesca (“*der Islam gehört zu Deutschland*”)<sup>13</sup> e il primo ministro neozelandese Jacinda Arden a scandire “*they are us*”, con riferimento alla comunità islamiche appena colpite dall'attentato terroristico di Christchurch del 2019<sup>14</sup>.

## 2. Laicità, diritto penale e morale.

Quale il rapporto fra una laicità così intesa e il diritto penale?

---

<sup>11</sup> Cfr. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/01/20/inaugural-address-by-president-joseph-r-biden-jr/>.

<sup>12</sup> G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, 2005, p. 25.

<sup>13</sup> Cfr. <https://www.reuters.com/article/deutschland-islam-merkel-idDEKCN1GS1RX>.

<sup>14</sup> Cfr. <https://www.ndtv.com/world-news/one-of-new-zealands-darkest-days-says-pm-jacinda-ardern-2007939>, nonché <https://twitter.com/jacindaardern/status/1106397870628847617>.

Dall'idea di neutralità ed equidistanza dello Stato dalle diverse convinzioni morali e religiose non può che discendere un principio base della tradizione penalistica di derivazione illuministica: il reato non si identifica con il peccato, né con una condotta semplicemente immorale. Una condotta – sia essa *anche* qualificabile come peccato o come azione immorale – può essere legittimamente incriminata soltanto laddove produca un *danno* alla società<sup>15</sup>.

Tuttavia, da queste affermazioni – ovvie per la quasi totalità dei penalisti contemporanei – non deriva, puramente e semplicemente, l'idea di una reciproca impermeabilità tra diritto e morale, né la totale estraneità della sfera religiosa all'area del penalmente rilevante.

Cominciamo con il rapporto tra diritto penale e *morale*.

Nessuno dubita, dicevo, non solo che il diritto penale non è legittimato – in uno Stato laico e pluralista – a tutelare penalmente *una* determinata morale, e dunque a reprimere condotte ritenute immorali da una parte della popolazione; ma anche che il diritto penale non è legittimato a reprimere condotte che – in ipotesi – tutti, o quanto meno la stragrande maggioranza dei consociati, considerano immorali, laddove non sia dimostrabile una loro dannosità sociale. Compito dello Stato – e pertanto del diritto penale, che è, assieme alle istituzioni militari preposte alla difesa contro le minacce esterne, uno dei suoi due grandi bracci armati – non è quello di promuovere il perfezionamento morale dei propri cittadini, bensì quello di difenderne i diritti contro le aggressioni da parte di altri cittadini o delle stesse autorità statali.

E tuttavia, proprio la considerazione che il diritto penale è il ramo dell'ordinamento nel quale si esplica, in massimo grado, il potere coercitivo statale verso i propri stessi cittadini, un problema di *legittimazione morale* – in termini di “giustizia” – di questa coercizione non può essere eluso<sup>16</sup>, affinché essa non resti espressione di una cieca violenza sopraffattrice. Il che è tanto più vero se si considera che il sistema penale nel suo complesso – a partire dalle indagini sino all'esecuzione della pena – incide drammaticamente sui diritti fondamentali della persona, e dunque abbisogna, anche sotto questo specifico profilo, di una specifica giustificazione in uno Stato costituzionale di diritto, che ha la sua ragion d'essere proprio nella tutela dei diritti fondamentali della persona.

In quest'ottica, l'idea della dannosità sociale della condotta contro cui lo Stato appresta la reazione penale non è sufficiente a garantire una legittimazione all'uso della coercizione, al metro appunto della tutela dei diritti fondamentali della persona. Ciò che è *utile* per la società – secondo l'apprezzamento della maggioranza politica del momento – non sempre e non necessariamente è compatibile con i diritti fondamentali della persona, i quali corrispondono a una sfera di interessi che lo Stato ha il dovere di garantire anche contro le scelte della maggioranza, e anche al di là – in certa misura almeno – di considerazioni di carattere utilitaristico.

---

<sup>15</sup> Per tutti, sul punto, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, p. 429.

<sup>16</sup> D. PULITANO, *Laicità, multiculturalismo, diritto penale*, cit., p. 239.

C'è, dunque, un problema di *giustizia* nell'uso della coercizione implicata nel diritto penale (nelle indagini, nelle misure cautelari, nel processo, nell'esecuzione della pena). Se è vero che non tutto ciò che è immorale può essere legittimamente essere elevato a reato, e che non tutto ciò che è reato ha per ciò stesso un'evidenza di immoralità, è difficile accettare che la legge possa qualificare come reato una condotta che appaia moralmente irreprensibile. In una simile situazione, la norma penale e l'impiego dello *ius puniendi* che ne deriverebbe sarebbero certamente percepiti come ingiusti dai consociati<sup>17</sup>.

In queste situazioni, sarebbe fatale il sorgere di sentimenti di solidarietà verso la persona colpita dalla spada dello *ius puniendi*, con un effetto di indebolimento dell'autorità morale delle istituzioni statali, se non addirittura di incentivazione alla ribellione all'ordine costituito. Il consociato medio non può accettare – ed è salutare che non accetti – l'idea che possa essere qualificata come reato una condotta che egli avverte come “giusta”, o quanto meno come non meritevole di essere sanzionata con la pena. Esperienza, questa, che io credo tutti i componenti della Corte costituzionale abbiano vissuto in occasione della discussione che precedette l'ordinanza n. 207 del 2018 e poi la sentenza n. 242 del 2019 sul delitto di aiuto al suicidio: ognuno di noi avvertiva la profonda ingiustizia che si sarebbe prodotta laddove Marco Cappato fosse stato condannato per una condotta che nessuno poteva ragionevolmente considerare come “ingiusta”, ancorché ne fosse indiscutibile la riconducibilità alla figura astratta di reato prevista dall'art. 580 c.p.

I consociati non possono, insomma, accettare una condanna palesemente ingiusta nei confronti del singolo: nemmeno in nome della *salus rei publicae*, invocata da Creonte contro gli *agrapta nomima* cui si appella Antigone. Il diritto ha, oggi, il dovere di trovare vie d'uscita per evitare un simile esito, che – a tacer d'altro – minerebbe gravemente la credibilità morale dell'intero sistema.

Ma non è tutto.

La valutazione morale della condotta non è affatto estranea alle categorie penalistiche consolidate, e in particolare alle regole sull'*imputazione soggettiva* della condotta. Queste regole corrispondono, anzi, fedelmente ai principi della valutazione della condotta sotto il profilo morale. I criteri di imputazione della condotta, in effetti, hanno un'origine filosofica antichissima, che risale almeno alla riflessione aristotelica nell'*Etica Nicomachea*, poi ripresa dalla teologia morale cattolica e da Pufendorf nell'ambito della riflessione sul diritto naturale<sup>18</sup>: ogni condanna presuppone un giudizio di *rimprovero* al soggetto, per aver commesso la condotta con coscienza e volontà, ed essendo in condizione di astenersi dal commetterla. Assenti tali condizioni, la condanna risulterebbe ingiusta anche a fronte di una condotta oggettivamente contraria agli interessi della società.

Ancora, non possiamo fare a meno di un giudizio morale – che si muove in un orizzonte di giustizia, e non solo di utilità sociale – quando parliamo di *quantum* della

---

<sup>17</sup> D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., p. 67.

<sup>18</sup> Per qualche considerazione in proposito, sia consentito il rinvio a F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, 2000, p. 50 ss. (e ivi puntuali riferimenti).

pena. Non solo l'ordinamento riconosce espressamente, attraverso l'art. 62 n. 1 c.p., la rilevanza attenuante dei "motivi di particolare valore morale e sociale" che hanno indotto l'autore a commettere il fatto; ma l'intero dibattito sulla proporzionalità della pena è, in fondo, ispirato all'esigenza di rifiutare l'ingiustizia insita in una pena percepita, per la sua entità, come evidentemente ingiusta, ancorché in ipotesi difendibile sotto il profilo della sua funzionalità a lanciare un messaggio di deterrenza particolarmente efficace nei confronti di potenziali reati, e a neutralizzare la pericolosità sociale dimostrata dal singolo reo. E lo stesso controllo di legittimità costituzionale circa la misura della pena, alla quale ho dedicato recentemente un piccolo studio monografico, riposa sull'idea che sia possibile da parte dei giudici, comuni e poi costituzionali, riconoscere una pena evidentemente, macroscopicamente sproporzionata perché eccessiva – e dunque manifestamente "ingiusta" – rispetto alla gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto di reato<sup>19</sup>.

Un diritto penale "sano" – più precisamente, un diritto penale in uno Stato costituzionale di diritto come quello italiano contemporaneo – non può, insomma, rinunciare alla presenza di molteplici connessioni tra diritto penale e morale. Il diritto penale non tutela, certo, i valori morali in sé considerati; ma altrettanto certamente non può porsi in contrasto con la morale, pretendendo di punire condotte che la società nel suo complesso considera moralmente lecite dal punto di vista, o condotte rispetto alle quali l'autore non "meriti" alcun rimprovero; né può permettersi di sanzionare l'autore medesimo in modo palesemente eccessivo, e pertanto ingiusto, senza perdere ogni credibilità e autorevolezza agli occhi dei consociati.

### 3. Laicità, diritto penale e religione.

Anche sul versante dei rapporti tra diritto penale e religione, nel quadro di un ordinamento che ha tra i suoi principi supremi la laicità, le cose non sono così semplici come potrebbero apparire a prima vista.

A ben guardare, persino l'affermazione, corrente nella dottrina penalistica italiana e che si è data sinora per scontata, secondo cui il reato non può consistere in un mero peccato, o comunque in un fatto semplicemente immorale, merita senz'altro di essere tenuta ferma, ma con alcune significative precisazioni.

L'immoralità del fatto – più precisamente, l'essere il fatto considerato contrario alle visioni morali o addirittura alla legge divina da una parte della popolazione – non può mai essere una condizione *sufficiente* per la sua criminalizzazione e punizione, per la cui legittimazione a ragione si richiede la dimostrazione della sua dannosità sociale. Ma il concetto di "danno sociale" rischia, a sua volta, di apparire generico e inafferrabile, se non lo si ancora a qualche realtà più concreta, che – in un ordinamento costituzionale – non può che essere rappresentato dai *diritti fondamentali della persona*. Diritti tra i quali

---

<sup>19</sup> F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, 2021, p. 152 ss. e 312 ss.

si collocano, in posizione eminente, quello alla *libertà religiosa* e quello – già poc’anzi menzionato – alla *pari dignità* di tutti i consociati, proclamato dall’art. 3 Cost.

Pensare al possibile oggetto di tutela dei reati in materia di religione non già in termini di tutela dei dogmi, dei riti o addirittura delle istituzioni di una determinata religione, e nemmeno in termini di protezione del “sentimento religioso” di singoli individui o collettività, bensì in termini di tutela dei *diritti fondamentali* dei singoli credenti conferisce, a mio avviso, immediata afferrabilità al *telos* delle pensabili incriminazioni, agevolando così la verifica della loro legittimità costituzionale.

Pochi dubbi parrebbero sussistere, anzitutto, sulla legittimità di incriminazioni funzionali alla tutela della stessa *libertà di religione*, che lo stesso concetto di laicità – rettamente inteso, come “equidistanza” e non come “disinteresse” rispetto alle religioni – presuppone. Una tale libertà comprende il diritto di professare, anche in pubblico, la propria fede, di praticarne i riti individuali e collettivi, e di conformare la propria condotta ai precetti della propria religione – sempre che, naturalmente, ciò non comporti la lesione di diritti altrui o uno sproporzionato pregiudizio a controinteressi collettivi. Dal che la plausibilità, almeno *prima facie*, di incriminazioni che colpiscano condotte che interferiscano indebitamente con tali sfere di libertà, offrendo così ad esse una tutela speciale – proprio in ragione della natura di diritto fondamentale della libertà che viene qui in gioco – rispetto a quella assicurata alla generica libertà di agire dall’art. 610 c.p.<sup>20</sup>

Del resto, la giurisprudenza costituzionale ha sì eliminato le disparità di trattamento tra le religioni nell’ambito della loro tutela penale, sulla base degli artt. 3 e 8 Cost.<sup>21</sup>; ma ha sempre tenuta ferma la legittimità in linea di principio della «protezione della libertà di religione»<sup>22</sup>.

Ma il diritto penale potrebbe non implausibilmente essere azionato anche a tutela del diritto al rispetto della *pari dignità* della persona di ogni credente: un concetto che, secondo quanto mi riesce di comprendere, implica una pretesa al *riconoscimento dell’identità* di ciascuna persona. L’identità è composta anche dall’appartenenza della persona a formazioni sociali, e comunque a comunità diverse dallo Stato, tra cui quelle religiose; ed è costituita anche dall’orizzonte valoriale in cui quella persona si riconosce. Di talché ogni condotta che misconosce, offende, vilipende l’identità della vittima – rivendicando così implicitamente la superiorità del suo autore – finisce per negare alla persona il rispetto della sua “pari dignità” nell’ambito della società: stagliandosi così come condotta produttiva di un *danno*, psicologicamente ben afferrabile, al diritto fondamentale di quella vittima concreta.

In effetti, non credo possa negarsi la realtà psicologica del *vulnus* alla propria identità sofferta dal credente in conseguenza di una condotta che offende i simboli, i riti, i ministri o anche solo i valori fondamentali della religione di appartenenza: un *vulnus*

---

<sup>20</sup> Sulla questione, connessa ma distinta, se una simile tutela “privilegiata” della libertà religiosa possa determinare una disparità di trattamento rispetto a chi non si riconosca in alcuna religione, cfr. ad es. G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in L. Risicato, E. La Rosa, *Laicità e multiculturalismo*, cit., p. 57.

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost., sentenze nn. 329 del 1997, 508 del 2000, 327 del 2002.

<sup>22</sup> In particolare, Corte cost., sent. n. 508 del 2000.

che si esprime, quanto meno, nella percezione della violazione del rispetto dovuto alla propria persona da parte dell'autore della condotta. Chi svillaneggia la Vergine, o il Profeta, ovvero i riti della tradizione ebraica provoca inevitabilmente una sofferenza (psicologica, ma non per questo meno reale) nei seguaci delle religioni che vedono per l'appunto in quelle figure, o in quei riti, una parte costitutiva della propria identità.

Non solo: quando l'offesa è arrecata all'identità religiosa di minoranze, essa può facilmente convogliare un messaggio di mancata accettazione o di aperta ostilità, che può altrettanto facilmente tradursi, nel soggetto passivo, in una sensazione di insicurezza e timore di aggressioni a proprio danno, che si riflette negativamente sulla qualità della vita della persona e sulla sua stessa libertà di azione, che sarà inevitabilmente condizionata da quelle sensazioni. Senza contare poi il rischio che una simile situazione fomenti a sua volta fomentare reazioni violente da parte alla stessa comunità *target*, con tutte le prevedibili conseguenze in punto di tutela della pacifica conseguenza tra i consociati<sup>23</sup>.

Ciò posto – conviene sottolinearlo, a scanso di equivoci – il riconoscimento dell'offensività di simili condotte, rispetto a primari diritti fondamentali della persona e a un bene collettivo quale l'ordine pubblico, costituisce soltanto il primo passo sulla strada di una possibile legittimazione della relativa criminalizzazione, sul piano del diritto costituzionale: legittimazione che richiede il superamento di tutti gli stadi del giudizio di proporzionalità, acutamente illustrato da una recente monografia sul tema di Nicola Recchia<sup>24</sup>, alla quale non posso qui che integralmente rinviare.

#### **4. Principio di laicità e disciplina penale dell'aiuto al suicidio.**

E vengo finalmente alle recenti decisioni della Corte costituzionale in discussione in questo convegno: decisioni nelle quali, secondo una parte della parte della dottrina, sarebbero affiorate concezioni di stampo moraleggiante, incompatibili con il principio di laicità.

La domanda di fondo che si agita è se, e in che misura, possa oggi essere considerata costituzionalmente legittima la *tutela della persona contro la sua volontà*, attraverso norme che criminalizzino la collaborazione di terzi nel perseguimento di scopi da essa liberamente scelti. Una tale domanda si pone non solo rispetto all'aiuto al suicidio, o al favoreggiamento e reclutamento della prostituzione, su cui la Corte si è espressa in quelle sentenze; ma anche, come ha sottolineato in questo stesso incontro Stefano Canestrari, rispetto alla maternità surrogata o all'incesto, o ancora alla clonazione, al *doping*, alla vendita di sostanze stupefacenti, e così via.

Norme siffatte potrebbero essere intese, e vengono in effetti frequentemente intese, come funzionali alla tutela di valori morali: e in particolare alla difesa di un'idea di dignità "oggettiva" della persona, della quale la persona stessa non potrebbe

---

<sup>23</sup> Su tali dinamiche, cfr. ora le stimolanti considerazioni di A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, 2020, p. 144 ss.

<sup>24</sup> N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, 2020, p. 121 ss.

liberamente disporre. Sì che la condotta sarebbe vietata, in definitiva, non in quanto socialmente dannosa, ma in quanto immorale. E, dato che queste norme risalgono in prevalenza a un'epoca – quella dell'emanazione del codice del 1930 – in cui non era in discussione la legittimità di una tutela penale di valori *anche* religiosi, il passo è breve a ritenere che si tratti di incriminazioni figlie di una concezione antropologica di matrice cristiana: quella, cioè, che considera la vita umana come dono di Dio, di cui l'uomo è mero depositario ma non proprietario, e che concepisce come un atto intrinsecamente contrario alla legge di Dio il mercimonio del proprio corpo.

Di qui il dubbio che la Corte, con l'ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 242/2019 in materia di aiuto al suicidio, e poi con la sentenza n. 141/2019 in materia di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, abbia inteso fornire il proprio avallo a simili prospettive, confermando la legittimità costituzionale della criminalizzazione di condotte valutate dal legislatore quali immorali, a prescindere dalla verifica della loro effettiva dannosità sociale.

Pur senza avere la pretesa di fornire, qui, alcuna interpretazione autentica di queste pronunce, devo dire che non condivido questa lettura.

Partiamo dalle pronunce in materia di fine vita: da nessuna parte della loro fitta trama argomentativa emerge l'idea dell'intrinseca immoralità delle condotte suicide, né la loro contrarietà alla legge divina, così come – peraltro – in nessun modo emerge l'argomento, caro ai compilatori del codice penale, del valore “comunitario” o “sociale” della vita umana, nella prospettiva di un interesse collettivo alla preservazione della vita medesima.

Piuttosto, la Corte si è mossa dichiaratamente nell'ottica della *tutela dello stesso titolare* dei beni giuridici protetti contro il pericolo di possibili abusi da parte di terzi, nonché contro il pericolo di danni irreparabili provocati da decisioni non sufficientemente meditate. La Corte si è collocata, dunque, in una prospettiva non dissimile da quella che Joel Feinberg, in un famoso saggio del 1986, ha definito *soft paternalism*, mirante ad assicurare che le decisioni della persona non siano indebitamente influenzate da fattori che, di fatto, restringono la sua libertà, costringendola o anche solo inducendola indebitamente a quella decisione<sup>25</sup>. Una prospettiva, questa, che si fa carico di considerare le *reali condizioni* nelle quali la persona esercita la propria autodeterminazione: esigenza tanto più importante, quanto più grave e irreparabile sia il danno cui la persona si espone mediante la propria decisione.

Particolarmente significative mi paiono, a questo proposito, le considerazioni spese dall'ordinanza n. 207 del 2018, cui la sentenza n. 242 del 2019 è ovviamente debitrice. Premesso che nell'attuale quadro costituzionale la persona umana – e dunque, la sua stessa vita – è tutelata come «un valore in sé, e non come [...] un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi», la Corte osserva che

l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è [...] funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta

---

<sup>25</sup> J. FEINBERG, *Harm to Self*, 1986, p. 12.

estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere.

E ancora:

[i]l divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto. Al legislatore penale non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.).

Tutto questo non ha nulla a che fare con il moralismo, ossia con una prospettiva di tutela della vita umana in quanto valore indisponibile da parte del suo titolare. All'opposto, la sentenza si preoccupa di garantire la persona contro *scelte solo formalmente libere*, perché maturate in una situazione di sofferenza, disagio, abbandono, o comunque carenza di sostegno da parte della società e della famiglia.

Il punto di vista centrale non è certo quello di un (inesistente) dovere di vivere da parte della persona; ma, semmai, quello del *dovere della società*, e delle istituzioni statali nel loro complesso, di tutelare la vita delle persone, specie di quelle più fragili e vulnerabili. Un dovere saldamente fondato sull'art. 2 Cedu («*the right to life shall be protected by law*»), nonché ricavabile agevolmente dall'art. 2 Cost., oltre che sull'art. 3, secondo comma, quest'ultimo citato espressamente dalla Corte.

Naturalmente, la presenza di una norma incriminatrice che vieta, in termini assoluti, l'aiuto all'altrui decisione di morire rischia di incorrere in quel vizio che la giurisprudenza costituzionale americana definisce *overbreadth*, o eccessiva ampiezza: vizio che si presenta allorché la norma comprende più casi di quanti sarebbero giustificati secondo la sua stessa *ratio*<sup>26</sup>. Il rischio è, insomma, che in nome della tutela delle persone vulnerabili contro decisioni dalle conseguenze fatali si impedisca anche l'attuazione di decisioni che non sono affatto condizionate da situazioni di abbandono, di depressione, di abuso da parte di terzi, ovvero – per quanto riguarda specificamente la situazione delle persone malate, specie se terminali – dall'assenza di disponibilità di cure palliative; ma che, all'opposto, appaiono lucidamente assunte da persone che non riescono più a convivere con le sofferenze legate alla patologia o agli stessi trattamenti necessari per sopravvivere.

---

<sup>26</sup> Cfr., ad es., *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973).

Rispetto a questa tipologia di situazioni, la Corte ha in effetti ritenuto che la disciplina penale italiana in materia di aiuto al suicidio fosse *overbroad*, limitando ingiustificatamente la libertà della persona.

La strada, d'altronde, era già stata tracciata dal legislatore con la legge n. 219 del 2017. Già sulla base di questa legge il paziente ha il diritto – discendente, del resto, dallo stesso art. 32, secondo comma, Cost., così come declinato dalla giurisprudenza comune nel decennio precedente, che la Corte fa propria – di rifiutare la somministrazione, o l'ulteriore somministrazione, di trattamenti di sostegno vitale, compresi l'idratazione e l'alimentazione artificiale, eventualmente previa sedazione palliativa profonda continua. E il legittimo rifiuto di tali trattamenti, ha sottolineato la Corte, «innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte».

A questo punto, è apparso irragionevole che

la legislazione oggi in vigore non consent[ia], invece, al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. In tal modo si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care.

Se il «cardinale rilievo» della tutela della vita umana nell'ordinamento non osta a che il paziente possa ottenere la sospensione delle cure che ne assicurano la sopravvivenza – anche quando tale sospensione possa essere attuata soltanto mediante un dispiego di energia fisica, come quella necessario per spegnere un ventilatore meccanico –,

non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale.

Vale la pena di notare incidentalmente il richiamo, reiterato, della Corte alla *dignità* della persona: una dignità che qui appare, senza equivoci, nella sua dimensione “soggettiva”, tutta legata alla “visione” del paziente relativa, appunto, a ciò che rende una vita degna (ancora) di essere vissuta.

Né potrebbe il mantenimento della punibilità dell'aiuto al suicidio risultare giustificato, in queste ipotesi, dalla considerazione della speciale vulnerabilità di un paziente in condizione di grave sofferenza, dal momento che questa condizione è comune anche alla situazione di un paziente che eserciti il proprio diritto di rifiutare un trattamento di sostegno vitale.

Il diritto all'*autodeterminazione terapeutica*, che si esprime nel diritto fondamentale a rifiutare le cure e che discende dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., si salda qui con il principio di *eguaglianza-ragionevolezza* di cui all'art. 3 Cost., e con esso converge verso il risultato della incompatibilità con la Costituzione di un divieto assoluto di aiuto al suicidio: un divieto che la Corte dapprima invita il

legislatore a rimuovere, con l'ordinanza n. 207 del 2018; e che poi, a fronte dell'inerzia del legislatore, rimuove essa stessa con la sentenza n. 242 del 2019, individuando un'area di liceità sottratta all'area di applicazione dell'art. 580 c.p., accuratamente definita attraverso quattro requisiti "sostanziali" e due "procedimentali" (verifica delle condizioni del paziente da parte del servizio sanitario pubblico e parere del comitato etico).

Il punto di equilibrio individuato dalla Corte in quest'ultima pronuncia è, probabilmente, soltanto provvisorio, come non poteva non essere in una decisione chiamata a fornire una risposta nei limiti del quesito posto dal giudice rimettente, in riferimento alla sola classe di situazioni che veniva in considerazione nel caso concreto. Una tale risposta non poteva strutturalmente farsi carico della complessa regolamentazione che sarebbe necessaria per dare piena attuazione ai diritti costituzionali in gioco, e al contempo ad assicurare la necessaria tutela alla vita umana contro i pericoli di abusi e di indebiti condizionamenti, oltre – ancora più in radice – contro il pericolo di abbandono e di difetto di cure palliative che dovrebbero, invece, essere garantite ad ogni paziente.

E la decisione è stata, certo, assai più cauta di quella assunta dal Tribunale costituzionale tedesco, che ha invece dichiarato integralmente illegittima la norma (recentemente introdotta nel codice penale) con cui era stato criminalizzato l'aiuto al suicidio in quell'ordinamento, ritenuta incompatibile con il diritto all'autodeterminazione della persona<sup>27</sup>.

Cionondimeno, l'accusa rivolta da taluno alla Corte italiana di essersi mossa in materia di aiuto al suicidio in una prospettiva moralistica, incompatibile con il principio di laicità, mi sembra scarsamente compatibile con il tessuto motivazionale di quelle pronunce: tutto teso, all'opposto, a valorizzare le esigenze di tutela della persona, nella sua concretezza esistenziale e nella consapevolezza delle sue fragilità, ma assieme nel riconoscimento della basilare libertà – anche quella di dire "basta" a una vita divenuta ormai insopportabile.

## 5. Principio di laicità e disciplina penale della prostituzione.

Ma so bene che le perplessità maggiori, presso la dottrina penalistica italiana e anche da parte dei colleghi che sono intervenuti oggi prima di me, sono state sollevate in relazione alle pronunce in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione, e in particolare dalla sentenza n. 141 del 2019; e non voglio sottrarmi alle stimolanti critiche sollevate dai miei interlocutori odierni.

I termini del problema sono stati lucidamente esposti da Alberto Cadoppi. Il bene di cui si ragiona, in questa sentenza, è la *libertà sessuale*, che si assume come

---

<sup>27</sup> Tribunale federale costituzionale tedesco, sentenza 26 febbraio 2020, 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16 (scaricabile *online* all'indirizzo [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2020/02/rs20200226\\_2bvr234715en.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2020/02/rs20200226_2bvr234715en.pdf?__blob=publicationFile&v=1)).

pacificamente disponibile da parte del suo titolare – o, quanto meno, come pacificamente “esercitabile” da parte del suo titolare. Comunque sia, è certo che il nostro ordinamento non pone limiti alla possibilità di disporre liberamente del proprio corpo nella sfera sessuale, sempre che naturalmente attraverso la propria condotta non si limiti l’altrui libertà sessuale. Ma se così è, osserva Cadoppi, perché mai dovrebbe essere considerata illecita una condotta di aiuto, o comunque di collaborazione, rivolta nei confronti di un terzo che stia, appunto, esercitando la propria libertà sessuale? In termini di diritto costituzionale: per quale ragione dovrebbe ritenersi legittima la criminalizzazione di simili condotte, quando l’effetto di tale criminalizzazione è una limitazione *de facto* della possibilità di una persona di esercitare la propria libertà sessuale, anche attraverso rapporti sessuali a pagamento?

Il dubbio che, anche in questo caso, si è affacciato è che la Corte abbia adottato una prospettiva moralistica, incompatibile anche con un principio di laicità ricostruito secondo le cadenze poc’anzi rammentate: ponendo, così, limiti alla libertà individuale – e in particolare alla libertà sessuale – in ragione della *immoralità* della condotta di prostituzione, così come percepita dal legislatore e dagli stessi giudici costituzionali, peraltro in conformità all’insegnamento tradizionale della teologia morale cattolica. Ciò che finirebbe per conculcare la stessa libertà di coscienza di chi in tale morale non si riconosca, e consideri invece la prostituzione come atto moralmente neutro, o addirittura come modalità di esercizio del proprio diritto fondamentale alla vita privata.

Per valutare serenamente se la Corte si sia posta all’interno di questa prospettiva, credo che si debba considerare anzitutto il peculiare angolo visuale dal quale la questione di legittimità costituzionale è stata posta.

In effetti, la questione era stata sollevata non già dalla prospettiva della persona che si prostituisce – nel caso oggetto del giudizio *a quo*, le persone indicate quale “reclutate” o “favorite” secondo la prospettiva dell’accusa non erano imputate, né erano state ammesse a costituirsi quali parti civili –; bensì da quella degli imputati, e cioè di coloro che, secondo il pubblico ministero, avevano *reclutato* quelle persone, ovvero ne avevano *favorito* in vario modo l’esercizio della prostituzione.

Da *quella* prospettiva, mi pare possa apparire comprensibile la riluttanza della Corte ad ammettere che la norma penale censurata incidesse in senso limitativo su un diritto fondamentale: «l’incidente di costituzionalità», osserva la Corte, mira «a salvaguardare, in prima battuta – e soprattutto – i terzi che si intromettono nell’attività di tale persona o che cooperano con essa». Rispetto ai terzi, il parametro costituzionale che entra in considerazione è stato del tutto naturalmente individuato nella libertà di iniziativa economica, riconosciuta dall’art. 41 Cost., col quale la sentenza si confronta, individuandone il limite – esplicitato, del resto, dalla stessa norma costituzionale – nel rispetto della dignità della persona.

La Corte utilizza qui, indubbiamente, una nozione “oggettiva” di dignità, non corrispondente a quella evocata, come si è appena visto, nelle sentenze in materia di aiuto al suicidio. Ma il parametro esaminato non poteva che condizionare lo sguardo della Corte: trattandosi di individuare limiti alla libertà di iniziativa economica, non riconducibile all’ambito dei diritti fondamentali nella sistematica della Costituzione

italiana, il legislatore ha le mani più libere nella previsione di possibili limitazioni del diritto. Sottolinea al proposito la Corte:

È incontestabile che, nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di "dignità" vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della "dignità soggettiva", quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore. È, dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente.

Raccolgo però volentieri la provocazione lanciata da molti colleghi, e da Alberto Cadoppi in particolare: che cosa sarebbe accaduto se la Corte avesse invece focalizzato la propria attenzione *sulla persona che si prostituisce*, e che si avvalga della collaborazione di terzi, per reperire clienti ovvero per svolgere in condizioni di maggiore tranquillità il proprio lavoro?

L'ordinanza di rimessione, e la gran parte della dottrina penalistica che si è occupata della questione, ravvisa qui, in effetti, un problema di tutela della libertà sessuale della persona: una libertà che parrebbe ricadere nella nozione di "vita privata" tutelata dall'art. 8 Cedu e, mediatamente, dallo stesso art. 2 Cost. Ben potrebbe sostenersi, infatti, che vietando a terzi di cooperare con un'attività che costituisce esercizio della libertà sessuale, lo Stato finisca per *limitare* quella libertà.

Si noti: nessuno, che io sappia, intende sostenere l'esistenza di un *diritto fondamentale "innominato" a esercitare la prostituzione*. Formulando la domanda in questo modo, si incorrerebbe infatti nello stesso errore che aveva condotto la Corte Suprema degli Stati Uniti, nella sentenza *Bowers vs Hardwick*<sup>28</sup> (poi *overruled*, come è noto, in *Lawrence v Texas*<sup>29</sup>), a escludere che dagli emendamenti alla Costituzione federale scaturisca un *diritto fondamentale a intrattenere rapporti omosessuali*. La domanda era, all'evidenza, mal posta: in quel caso, la domanda corretta sarebbe stata quella se il *diritto alla vita privata* (alla *privacy*, nella terminologia della giurisprudenza federale USA) si estenda anche alla libertà di autodeterminarsi nella sfera sessuale (come tale comprensiva della scelta di avere rapporti omosessuali).

Analogamente, nel caso che ha ora occupato la Corte italiana la domanda non è se l'art. 2 Cost. riconosce tra i diritti inviolabili dell'uomo anche il diritto a prostituirsi; ma è, piuttosto, se la libertà di *autodeterminazione nella sfera sessuale* – pacificamente riconducibile al diritto alla vita privata di cui all'art. 8 Cedu e, almeno per questa via, all'art. 2 Cost. – comprenda anche la scelta di svolgere attività sessuale dietro corrispettivo. E a tale domanda, in effetti, è difficile non rispondere affermativamente: dopo tutto, il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero copre certamente la condotta del giornalista, anche se l'attività giornalistica è retribuita.

Ma anche laddove si muovesse da questo presupposto, il discorso non si chiuderebbe certo qui.

---

<sup>28</sup> 478 U.S. 186 (1986).

<sup>29</sup> 539 U.S. 558 (2003).

Una volta che si assuma che una legge che vieti a terzi di cooperare, in qualsiasi modo, con l'esercizio di una libertà costituzionale si risolva ineluttabilmente in una *limitazione* di quella libertà costituzionale, resterà ancora da valutare se quella limitazione possa considerarsi *proporzionata* rispetto alle legittime finalità perseguite dalla norma. Nel linguaggio e nella logica dell'art. 8 Cedu e della pertinente giurisprudenza di Strasburgo: occorrerà ancora stabilire se la limitazione del diritto scaturente da quella legge possa essere considerata «necessaria in una società democratica» rispetto alle esigenze di tutela di uno o più dei controinteressi menzionati nel secondo paragrafo dell'art. 8 Cedu, che il legislatore abbia inteso tutelare attraverso la legge medesima. Nessun diritto è tiranno, insegna d'altronde la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 85 del 2013); e lo stesso diritto alla vita privata, comprensivo dell'autodeterminazione nella sfera sessuale, è soggetto a bilanciamenti con altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti, che possono renderne legittima la compressione.

Fermiamoci ancora qualche istante, prima di proseguire, su questo punto, che forse non è – o non è ancora – del tutto pacifico per molti giuristi italiani, i quali tendono immediatamente a pensare che, laddove si riconosca che se una legge *limita* un diritto fondamentale, essa sia per ciò stesso costituzionalmente illegittima. L'esperienza della pandemia recente ci ha mostrato, se mai ve ne fosse stato bisogno, che ciò non è affatto vero: ci sono misure disposte dalla legge che limitano in maniera anche drastica i diritti fondamentali della persona, le quali possono essere tuttavia essere perfettamente legittime dal punto del diritto costituzionale, laddove risultino proporzionate ai legittimi fini perseguiti.

A me pare, allora, che anche se la Corte avesse seguito questo schema concettuale, riconoscendo espressamente che le leggi penali che vietano a terzi di collaborare con l'esercizio della prostituzione *incidono sul diritto fondamentale alla vita privata* della persona che si prostituisce, il risultato di rigetto delle questioni non sarebbe mutato. Semplicemente, al medesimo risultato la Corte sarebbe verosimilmente pervenuta sulla base, più o meno, dei medesimi argomenti spesi dalla Corte per giustificare la limitazione del diritto alla libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.

A questo fine, invero, non sarebbe più stata decisiva l'evocazione della “dignità oggettiva” della persona, che ha una sua ragion d'essere nel contesto dell'art. 41 Cost., ma che difficilmente sarebbe apparsa appropriata nel diverso quadro di un'argomentazione fondata sugli artt. 2 Cost. e 8 Cedu. Pienamente pertinenti sarebbero state, però, le considerazioni svolte nel punto 6.1. del *Considerato in diritto* della sentenza, ove si sottolinea anzitutto come la legittima finalità perseguita dal legislatore mediante la normativa penale censurata sia la *tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*.

Anche qui troviamo il medesimo passaggio decisivo già incontrato nelle pronunce sull'aiuto al suicidio, autentico *fil rouge* che lega la sentenza n. 141 del 2019 all'ordinanza n. 297 del 2018 e alla sentenza n. 242 del 2019, nonostante l'esito apparentemente opposto.

Scriva la Corte:

è, in effetti, inconfutabile che anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di “vendere sesso” trova alla sua radice,

nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali.

Il passaggio evoca immediatamente quello, già rammentato, scolpito nell'ordinanza n. 207 del 2018, dove si affermava che «al legislatore penale non può ritenersi inibito [...] vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite».

Queste condizioni di disagio e di abbandono vengono meglio concretizzate, in relazione alla prostituzione, con le parole seguenti:

può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede.

Dai passi appena citati, non mi pare proprio sia possibile rimproverare alla Corte di avere ceduto al moralismo, lasciando intravedere la propria riprovazione per la scelta di vita dell'offrire prestazioni sessuali contro mercede. Piuttosto, mi pare traspaia un sentimento di preoccupazione, e di solidarietà, nei confronti delle situazioni di grave disagio nelle quali versa la stragrande maggioranza delle persone che si prostituiscono: disagio nel quale parlare di libertà appare probabilmente del tutto fuori luogo, tanti sono i condizionamenti psicologici, sociali, economici, relazionali che inducono la persona alla prostituzione.

Naturalmente, anche in questo caso v'è il rischio della eccessiva ampiezza, o *overbreadth*, dell'incriminazione, che finisce per coprire anche situazioni in cui la scelta di prostituirsi provenga da una persona immune da condizionamenti di alcun genere. Ma ecco l'articolata risposta a questa, prevedibile, obiezione:

[n]é giova obiettare che, in tale prospettiva, la disciplina censurata si paleserebbe – nella sua assolutezza – eccedente lo scopo, vietando ogni cooperazione anche con quelle persone che si prostituiscono per effetto di scelte pienamente libere e consapevoli: fenomenologia che, per quanto ridotta possa essere la sua incidenza percentuale, meriterebbe, comunque sia, un trattamento differenziato.

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

A ciò si affiancano, peraltro, anche preoccupazioni di tutela delle stesse persone che si prostituiscono – in ipotesi – per effetto di una scelta (almeno inizialmente) libera e consapevole. Ciò in considerazione dei pericoli cui esse si espongono nell'esercizio della loro attività: pericoli connessi al loro ingresso in un circuito dal quale sarà poi difficile uscire volontariamente, stante la facilità con la quale possono divenire oggetto di indebite pressioni e ricatti, nonché ai rischi per l'integrità fisica e la salute, cui esse inevitabilmente vanno incontro nel momento in cui si trovano isolate a contatto con il cliente (pericoli di violenza fisica, di coazioni a subire atti sessuali indesiderati, di contagio conseguente a rapporti sessuali non protetti e via dicendo).

Insomma: sarà pur vero che, in una prospettiva astratta, la scelta di “vendere” la propria attività sessuale potrebbe corrispondere a una decisione libera e consapevole, non condizionata da una situazione di preesistente disagio, bisogno o addirittura coazione della persona che tale decisione assume. Ma, da un lato, la linea di demarcazione tra decisioni libere e consapevoli e decisioni comunque condizionate dai molteplici fattori che – per riprendere il linguaggio solare dell’art. 3 Cost. – «limitano di fatto la libertà e l’eguaglianza» della persona è una linea tutt’altro che netta, e comunque mal di presta a una tipizzazione legislativa che demandi al giudice l’apprezzamento caso per caso della sussistenza dei suoi presupposti (o, all’inverso, dell’insussistenza dei presupposti considerati indicativi della mancanza di una piena libertà). Dall’altro lato, lo stesso contesto concreto nel quale la prostituzione si esercita, caratterizzato da un rapporto diretto con altra persona – di solito fisicamente più forte – espone ordinariamente la persona a pericoli per la propria stessa incolumità e salute, che il legislatore non irragionevolmente intende prevenire (considerazione, questa, che vale forse a spiegare il differente trattamento dell’agevolazione della prostituzione rispetto alla collaborazione alla produzione di pornografia tra adulti, la quale avviene di solito in contesti ove il rischio di abusi e violenze è schermato dalla presenza contestuale di numerose persone).

Su ciascun singolo passaggio di questa argomentazione è, naturalmente, lecito dissentire: tenendo però presente che il giudizio della Corte non è una valutazione sulla condivisibilità delle opzioni legislative sul piano politico-criminale, ma unicamente sulla sostenibilità di queste scelte al metro degli imperativi costituzionali (e, oggi, convenzionali) di tutela dei diritti fondamentali della persona. Un metro di giudizio, quest’ultimo, che programmaticamente riconosce al legislatore un certo *margin* di *apprezzamento* nell’individuare scopi di tutela e mezzi per raggiungerli, rispetto al quale la Corte può censurare la scelta non soltanto laddove ravvisi una *evidente sproporzione* nei mezzi impiegati rispetto allo scopo, in particolare laddove ritenga che la legge impinga sul contenuto essenziale (sul *Wesensgehalt*) del diritto fondamentale in gioco.

Prima di concludere, vorrei provare a rispondere anche all’interrogativo sollevato da Paolo Veneziani, il quale si è chiesto se non vi sia una contraddizione tra l’argomentazione centrale utilizzata dalla Corte per escludere l’illegittimità costituzionale della disciplina e l’affermazione, contenuta in chiusura del punto 7, circa il

potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva.

A me pare – ma, ancora una volta, sottolineo che si tratta di un’opinione strettamente personale, che non ha alcuna pretesa di interpretare autenticamente il pensiero della Corte – che questa apparente contraddizione possa essere sciolta ponendo in connessione tale affermazione con la sottolineatura, compiuta in precedenza e qui già rammentata, secondo cui la linea di confine tra libertà e non-libertà della scelta di prostituirsi «risulta non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule

astratte». Se ciò è vero dal punto di vista del legislatore, forse non è però escluso che il giudice, alla luce di tutte le circostanze apprezzabili nella concretezza del caso sottoposto al suo esame, possa ritenere radicalmente insussistenti le ragioni di tutela delle persone vulnerabili delle quali il legislatore si fa carico, e possa ad esempio concludere che una studentessa o uno studente universitario senza problemi finanziari, socialmente integrati e non versanti in alcuna situazione di specifico disagio, abbiano liberamente ritenuto di fare commercio delle proprie prestazioni sessuali nei confronti, magari, di specifici clienti, in condizioni di piena sicurezza. In una simile situazione, il fatto commesso dal terzo che abbia agevolato una tale attività risulterebbe in radice inoffensivo rispetto all'intero fascio di interessi tutelato dalla norma incriminatrice; sicché ben potrebbe immaginarsi una sentenza di assoluzione per difetto di dimensione lesiva della condotta, in forza del principio di offensività nella sua dimensione di canone ermeneutico<sup>30</sup>. Ma si tratterebbe, in tal caso, di un apprezzamento che il giudice potrebbe compiere utilizzando un criterio generale già presente e operante nell'ordinamento (si pensi alla tematica della coltivazione di cannabis ad uso personale<sup>31</sup>), senza necessità di una apposita pronuncia della Corte che intervenga a limitare la portata della norma incriminatrice.

## 6. In conclusione.

Le pronunce esaminate non mi paiono recare alcun *vulnus* al principio di laicità, e alla separazione tra diritto e morale (separazione essa pure da intendersi *cum grano salis*, come spero di essere riuscito a dimostrare poc'anzi); anche perché queste pronunce si guardano bene dall'affermare l'immoralità intrinseca della scelta di togliersi la vita, ovvero di prostituirsi. Su tale scelte, ciascuno consociato è libero di nutrire i propri convincimenti, senza poter avere la pretesa di imporli agli altri.

Da queste pronunce emerge piuttosto la ferma volontà della Corte – e riprendo qui le preziosissime osservazioni di Stefano Canestrari – di fare i conti con il principio di realtà.

La *realtà* di malati sofferenti senza adeguati sostegni familiari e sociali, che spesso non riescono ad ottenere le cure palliative cui hanno diritto secondo la legislazione vigente, per carenze imputabili ai servizi sanitari regionali; e la *realtà* di anziani abbandonati a se stessi, o di persone anche più giovani ma ferite dalla vita, che non riescono a trovare più ragioni per continuare a vivere. Persone, tutte, che potrebbero essere indotte a farsi da parte prematuramente, e che dovrebbero invece essere sostenute e aiutate per trovare un senso alla propria vita.

E, ancora, la *realtà* di una prostituzione maschile e femminile che nel nostro Paese, come ovunque nel mondo, è popolata di persone fragili, vulnerabili, in gran parte

---

<sup>30</sup> Tra le tante, C. cost., sentenze nn. 278 del 2019, 109 del 2016, 225 del 2008. Nella giurisprudenza comune, cfr. Cass, sez. un. pen., sentenze; 25 febbraio 2016, n. 13681; 18 luglio 2013, n. 40354.

<sup>31</sup> Su cui cfr. Cass., sez. un. pen., sentenza 19 dicembre 2019, n. 12348.

straniere e senza permesso di soggiorno, spesso minorenni; di persone, comunque, che *non* compiono in modo libero e responsabile le proprie scelte.

È a tutte queste persone che tutti noi all'interno della Corte abbiamo pensato quando abbiamo affrontato le questioni di cui abbiamo parlato oggi. In cui, certo, si discuteva di libertà e autodeterminazione; rischiando però di dimenticarsi che non vi è autentica libertà dove c'è disagio, abbandono, vulnerabilità. Situazioni delle quali è necessario che lo Stato si faccia carico venendo incontro ai bisogni reali delle persone che vi si trovino, anziché semplicemente attraverso il riconoscimento della loro libertà di suicidarsi, o della loro libertà di prostituirsi.