

Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*

di Andrea De Lia**
(20 giugno 2019)

Sommario: 1. Premesse. - 2. La posizione assunta dalla Corte rispetto alle questioni di legittimità e le motivazioni del rigetto. - 3. Segue. Il germe del paternalismo penale e la spinta moraleggiante. - 4. Una pronuncia deludente nella prospettiva del paradigma dell'offensività. - 5. La figura del favoreggiamento della prostituzione ed il principio di legalità. L'accoglimento del modello del *judge made law*. - 6. Conclusioni.

1. Premesse.

Con la sentenza n. 141 del 6 marzo 2019¹ la Corte costituzionale ha rigettato per infondatezza le questioni di illegittimità sollevate dalla Corte d'appello di Bari in ordine all'art. 3 comma 1 nn. 4) e 8) della l. 20 febbraio 1958, n. 75²: la c.d. "legge Merlin".

Tale decisione prende le mosse da una vicenda ben nota alle cronache, e cioè dalle contestazioni sviluppate nei confronti di alcuni soggetti per condotte di reclutamento³ e favoreggiamento di alcune "escort"⁴, realizzate attraverso l'organizzazione di incontri sessuali che sarebbero intervenuti, secondo la prospettazione accusatoria, con un personaggio politico italiano di primo piano.

Più precisamente, la Corte territoriale, investita del gravame degli imputati all'esito della pronuncia di sentenza di condanna in primo grado, anche sulla base di eccezioni assai articolate formulate dalle difese, aveva sottoposto al vaglio della Consulta⁵ le sopra citate disposizioni rimarcando che la scelta (libera e consapevole) di prostituirsi costituisse una declinazione della libertà sessuale; sicché essa avrebbe dovuto essere intesa come una forma di estrinsecazione della libertà individuale, e quindi meritevole di tutela ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 Cost., e nel contempo foriera di un obbligo in capo allo Stato di rimozione di ogni ostacolo al suo esercizio.

Si sarebbe trattato, dunque, di un elemento niente affatto trascurabile nello scrutinio di legittimità poiché – sempre ad avviso della Corte territoriale – anche a voler individuare

1* Scritto sottoposto a *referee*.

Depositata il 7 giugno 2019.

2 Recante norme di "abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui".

3 Il "reclutamento", che è vocabolo generalmente riferito al contesto militare, per la Cassazione si integra «quando si ingaggia una persona allo scopo di farle esercitare la prostituzione, si tratti di persona già dedita al mestiere o fino a quel momento estranea a tale attività. La condotta deve sfociare nell'instaurazione di un rapporto tra il soggetto reclutante e la persona reclutata in base al quale quest'ultima si rende disponibile nei confronti del reclutante, per un tempo non brevissimo, allo scopo di ricevere segnalazione di persone che intendano richiedere le sue prestazioni, essendo indifferente che l'attività di meretricio sia esercitata in una casa di prostituzione vera e propria o altrove. Il reato pertanto è di pericolo, per cui è sufficiente ad integrarlo la costituzione del vincolo tra il soggetto attivo e la persona reclutata, non essendo necessario che segua una concreta attività di meretricio» (così Cass., Sez. VII, 11 maggio 2017, n. 37553, in *Dejure*).

4 Termine inglese che può essere tradotto come "accompagnatrici".

5 L'ordinanza è stata pubblicata ed è consultabile per intero sul sito www.penalecontemporaneo.it.

nella moralità pubblica o nel buon costume l'oggetto della tutela delle norme di riferimento, si sarebbe dovuti approdare alla conclusione che si fosse al cospetto di valori "recessivi" rispetto a quello della libertà dell'opzione di far mercimonio della propria sessualità, producendo un insanabile contrasto tra il parametro costituzionale della ragionevolezza (art. 3) e le previsioni incriminatrici in esame.

Quest'ultime, nel contempo, sarebbero risultate in conflitto con il principio della libertà dell'iniziativa economica, sancito a livello costituzionale dall'art. 41 Cost.; il tutto in ragione del fatto che il divieto di prestare ausilio a titolo gratuito in favore del soggetto che si prostituisce ostacolerebbe tale forma di attività economica, o comunque sfiducerebbe l'opzione del singolo di avviarla *ex novo*.

La scelta del legislatore, secondo la Corte di appello, si sarebbe rivelata peraltro anche in tensione con il principio di offensività, sancito dagli artt. 13, 25 comma 2 e 27 Cost. poiché, dovendosi invero rifiutare la visione paternalistica della disciplina foriera del legame assiologico tra l'impianto della "legge Merlin" *da un lato* e la morale pubblica ed il buon costume *dall'altro*, ed una volta correttamente individuato il bene giuridico di riferimento nella libertà di autodeterminazione dell'individuo, le norme in disamina sarebbero risultate inidonee a disciplinare condotte realmente lesive del predetto valore, già in astratto.

La Corte pugliese, inoltre, aveva soggiunto che l'incertezza applicativa in ordine alla figura del favoreggiamento della prostituzione, caratterizzata dall'impalpabile distinzione accolta dalla giurisprudenza tra la condotta di ausilio alla prostituta⁶ (penalmente irrilevante) e quella di aiuto all'attività di meretricio (punibile), sarebbe dipesa da un grave difetto di precisione della norma, con conseguente violazione del principio di legalità sancito dall'art. 25 comma 2 Cost.

La Corte costituzionale, ripercorsi i rilievi del Giudice *a quo*, ha quindi tracciato un breve quadro generale degli approcci operabili dal legislatore al fenomeno dell'attività di meretricio, anche attraverso una disamina comparatistica; il tutto delineando i caratteri del modello "regolamentarista" (per il quale anche l'ausilio alla prostituzione, seppur disciplinato, è lecito), di quello "proibizionista" (secondo il quale anche l'attività del soggetto che si prostituisce deve essere contrastata e sanzionata), di quello "neo-proibizionista" (secondo cui deve essere punito solo il "cliente" della prostituta, fruitore delle prestazioni sessuali), ed infine di quello "abolizionista", accolto con la già citata "legge Merlin".

In particolare, la scelta operata dal legislatore italiano, ha proseguito la Consulta, sarebbe dipesa da una visione dell'individuo che opera mercimonio del proprio corpo in termini di vittima della società, di soggetto oltremodo vulnerabile, che avrebbe determinato il ricorso allo strumentario penale al fine di disincentivare il fenomeno della prostituzione, mediante il contrasto delle più varie condotte ad esso "parallele".

Proprio questa sarebbe dunque la *ratio* dell'incriminazione della condotta di reclutamento (finalizzata a porre un soggetto – già dedito o meno, secondo la Corte costituzionale, all'attività di prostituzione – a disposizione di un terzo che intenda trarre vantaggio dall'attività di meretricio), nonché di favoreggiamento, che reprime «le più svariate condotte che valgono a rendere più facile, comodo, sicuro o lucroso l'esercizio della prostituzione altrui».

Alla luce di quanto sopra esposto, la Corte (seppur attraverso un passaggio alquanto criptico) ha rilevato – prima di affrontare analiticamente le censure sviluppate dal Giudice *a quo* di cui si dirà nel prossimo paragrafo – che l'eventuale accoglimento delle questioni

⁶ Talora verrà utilizzato da qui in poi il termine "prostituta"; si tratta però di una scelta ovviamente impropria linguisticamente, perché con tale vocabolo si indica generalmente, e viene indicato anche nel presente contributo, il soggetto che presta attività sessuali dietro pagamento di un corrispettivo, indipendentemente dal genere di appartenenza di detto soggetto.

sollevate avrebbe importato una sorta di “effetto domino” su gran parte dell’impianto della disciplina penale della prostituzione, ed in particolare su quelle ulteriori fattispecie previste dalla “legge Merlin” che sanzionano condotte comunque “correlate” all’attività di prostituzione e pur sempre scevre da violenza, minaccia ed inganno, determinandone l’illegittimità (per quanto desumibile, per effetto dell’applicazione del principio di ragionevolezza).

2. La posizione assunta dalla Corte rispetto alle questioni di legittimità e le motivazioni del rigetto.

La Consulta, come preannunciato, ha allora statuito l’infondatezza delle questioni di legittimità sollevate dalla Corte d’appello di Bari; e ciò rimarcando in primo luogo che il richiamo operato dal Giudice *a quo* all’art. 2 Cost. avrebbe dovuto ritenersi inconferente.

Pur a fronte della pacifica riconducibilità della libertà sessuale nell’alveo dei diritti fondamentali dell’uomo di cui all’art. 2 Cost., quale forma di libertà individuale (con ogni consequenziale effetto promanante dall’art. 3 Cost., che obbliga lo Stato alla rimozione di ostacoli al pieno sviluppo della persona umana), come peraltro già statuito dalla Consulta in passato⁷, tale assunto non avrebbe potuto essere condotto all’estrema conseguenza che l’esercizio della prostituzione dovesse essere inteso, esso stesso, come un diritto inviolabile dell’individuo, tanto da imporre addirittura allo Stato di agevolarne l’esercizio.

L’attività di prostituzione, di contro, ha proseguito la Corte, dovrebbe essere valutata soltanto come una «particolare forma di attività economica», conformemente alla qualificazione resane dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di cassazione che, attraverso diversi arresti, l’ha peraltro ritenuta assoggettabile a imposizione fiscale; il tutto pur dovendosi escludere che l’esercizio del meretricio abbia crisma di diritto costituzionalmente garantito.

Per l’effetto – ha proseguito la Consulta – dovendosi individuare come parametro esclusivo nel giudizio di legittimità l’art. 41 Cost., si sarebbe dovuto tener conto proprio del valore assegnato da tale ultima disposizione alla tutela della libertà e della dignità umana, quali limiti espressi ed invalicabili all’iniziativa economica.

Gioco forza, proprio al cospetto di tali valori, si sarebbe dovuti giungere ad escludere il contrasto tra il predetto parametro costituzionale e le fattispecie incriminatrici di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, dovendosi far leva sulla particolare vulnerabilità dei soggetti che, anche volontariamente, decidono di dedicarsi alla “vendita del proprio corpo”, tanto nella fase in cui viene assunta la decisione di iniziare detta attività, quanto in quella successiva, trattandosi di circuiti dai quali, per l’effetto di pressioni esterne, il *sex worker* difficilmente potrebbe sganciarsi.

Si sarebbe di fronte allora – per la Corte – ad un contesto in cui solo in limitatissimi casi potrebbe parlarsi di una scelta effettivamente “libera” di prostituirsi; nel contempo l’attività di prostituzione, ancor oggi, rappresenterebbe una opzione che «degrada e svilisce l’individuo», tanto da determinare la legittimità delle previsioni incriminatrici oggetto dell’incidente anche nella prospettiva della tutela della *dignità umana*, richiamata come detto dall’art. 41 Cost.

Del resto per la Corte costituzionale si sarebbe al cospetto di una opzione legislativa immune da censure sotto il profilo della ragionevolezza anche perché si tratterebbe di un rapporto sinallagmatico assimilabile – e qui il passaggio argomentativo è particolarmente *naïf* – allo schema della cessione delle sostanze stupefacenti, in base al quale è punita soltanto una delle parti del “negozio” (il cedente e non l’acquirente-assuntore della

⁷ Cfr. Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 561.

sostanza vietata); talché la disciplina penale del reclutamento e del favoreggiamento (per la quale la prostituta non è sanzionabile penalmente) non costituirebbe in questo senso neppure un *unicum* nell'ordinamento.

Per quanto concerne invece la censura sviluppata nell'ottica del principio di offensività, la Consulta ha premesso che, secondo la posizione tradizionalmente assunta dalla medesima Corte, le scelte del legislatore nell'individuazione delle condotte punibili sarebbero sottratte al sindacato di legittimità costituzionale laddove non trasmodanti nella manifesta irragionevolezza e nell'arbitrio.

Nella prospettiva delle fattispecie indubbiamente, dunque, si è rilevato che le stesse – indipendentemente dal bene giuridico tutelato (moralità pubblica e buon costume, libertà individuale, dignità umana) – non avrebbero potuto esser giudicate in contrasto con il «principio di offensività in astratto» elaborato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, sebbene «l'incriminazione delle condotte parallele alla prostituzione rappresenti una soluzione *non* costituzionalmente imposta» e potendo in ipotesi il legislatore «decidere di fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno della prostituzione con una strategia diversa».

Nel medesimo tempo la Corte ha rimarcato, anche in questo caso però in maniera assai sibillina, il potere-dovere del giudice di verificare la c.d. "offensività in concreto" delle singole condotte, dovendosi escludere la configurabilità del reato in presenza di comportamenti rivelatisi privi di effettiva portata lesiva.

Quanto alla denunciata violazione del principio di legalità e dei suoi corollari, questione sviluppata come accennato rispetto alla sola figura di favoreggiamento, la Corte ha rilevato infine che anche questa meritasse il rigetto in considerazione del fatto che la norma di riferimento, nonostante le incertezze che gravitano in sede ermeneutica circa l'individuazione delle condotte rilevanti, non sarebbe tutto sommato foriera di dubbi interpretativi maggiori rispetto ad altre disposizioni disseminate nel sistema, quali ad esempio l'art. 110 c.p. che disciplina il concorso di persone nel reato.

3. Segue. Il germe del paternalismo penale e la spinta moraleggiante.

La decisione della Corte costituzionale, della quale sono stati dianzi tratteggiati i capisaldi, se *da un lato* ha esposto dei principi tutto sommato condivisibili, *dall'altro lato* mostra molti, troppi elementi di criticità, tanto da rendere opportuno in questa sede un primo, veloce commento.

Nella prima prospettiva, dunque, opportunamente la Corte ha smorzato i toni, che sono sembrati un po' troppo enfatici, attraverso i quali il Giudice *a quo* aveva qualificato l'attività di prostituzione (libera e consapevole), ed in particolare quella delle *escort*, come una modalità di estrinsecazione della personalità umana e della libertà individuale, tanto da costituire in quest'ottica addirittura una forma di espressione della libertà sessuale e giustificare un ipotetico intervento dello Stato al fine di agevolarla.

In quella opposta, tuttavia, non sembra neppure potersi giungere, come invece ha fatto la Corte costituzionale, definendo anche in questo caso in maniera unitaria il fenomeno della prostituzione, a dipingerne i caratteri con tinte esclusivamente fosche.

Se del resto alcune recenti statistiche mostrano un incremento del numero dei soggetti dediti a dette attività proprio nel periodo della crisi economica generale (a partire dall'anno 2007) e che la maggior parte dei *sex worker* operanti in Italia sono stranieri (circa il 55%) – elementi questi che potrebbero essere indicativi in qualche misura della leva della povertà sulla scelta attuata dal singolo – si deve infatti pur rimarcare la progressiva diminuzione della prostituzione "da strada", che è quella generalmente più esposta al controllo della criminalità, che gradualmente sta lasciando il passo a quella *indoor*, e soprattutto a quella

praticata a mezzo *web* (con circa 20.000 operatrici/operatori, che rappresentano più o meno il 20% dei soggetti dediti all'attività di prostituzione)⁸; il tutto senza contare la nuova e patinata figura della *escort*, che talora, attraverso i più disparati canali, e un'accurata selezione della "clientela", consegue guadagni da capogiro.

Insomma, non esiste in effetti una figura prototipica di prostituta, ed il *sex worker* non è soltanto la *Pretty Woman* che si aggira in pelliccia negli eleganti salotti dei grandi *hotel*, ma neppure esclusivamente la lucciola sfruttata che si scalda dinnanzi ad un falò di notte, al margine della strada statale, come per certi versi ha affermato la Corte costituzionale⁹; sicché appare chiaro, già da queste prime battute e fermo quanto si dirà da qui a breve, che la soluzione sposata dalla Consulta rispetto alle questioni sottoposte sia stata incisivamente condizionata da un certo paternalismo, e da quelle spinte moralizzanti latenti che da tempo accompagnano l'approccio a questa disciplina.

L'elezione dell'art. 41 Cost. a principale parametro dello scrutinio di legittimità delle fattispecie oggetto del giudizio, *tanto* ad opera della Consulta *quanto* per il vero da parte dello stesso Giudice remittente, che ha finito col catalizzare l'attenzione della Corte costituzionale, non è apparso poi particolarmente condivisibile.

E ciò sol che si consideri – al di là dell'opinabilità del richiamo generalizzato ai limiti della libertà e della dignità umana, nel contesto di attività di prostituzione volontarie e consapevoli che possono dipendere dai più vari fattori – che il "cuore" del giudizio non era affatto costituito a ben vedere dalla legittimità dei divieti all'esercizio di un'attività economica in forma più o meno organizzata (che avrebbe rappresentato argomento certamente più rilevante rispetto ad altre figure criminose, quali lo sfruttamento, e l'esercizio della casa di prostituzione), bensì – come subito appresso si dirà – dalle questioni di conformità delle fattispecie incriminatrici in disamina rispetto ai principi costituzionali di offensività e legalità.

Si era infatti al cospetto di alcuni dei pilastri sui quali si era fondata l'ordinanza di rimessione, dei più convincenti motivi di doglianza in essa compendiate, mentre invece la Corte costituzionale ha affrontato detti temi soltanto attraverso fugaci passaggi, lasciandoli a ben vedere sullo sfondo.

4. Una pronuncia deludente nella prospettiva del paradigma dell'offensività.

Quanto alla questione di legittimità delle fattispecie di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione rispetto al principio di offensività, occorre rimarcare che, come ben noto, il concetto di "offensività" oggi è comunemente accolto in un'accezione "relazionale", poiché ogni tentativo di sua definizione implica il collegamento con un'altra entità, rappresentata dal bene giuridico¹⁰; ed in questa prospettiva, allora, non può che sorprendere la posizione assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza annotata nella parte in cui si è deciso di non prendere affatto posizione sull'argomento.

8 Vd. la ricerca Codacons del 23 gennaio 2018, reperibile sul sito www.codacons.it. Il tutto nel contesto di un mercato particolarmente "fiorente", poiché è stato stimato che nel nostro Paese è in progressivo aumento la spesa per questo tipo di "servizi", che nel 2015 è giunta peraltro ad un totale complessivo di circa 4 miliardi di euro annui. Il tutto secondo dati ISTAT raccolti in ordine all'economia non osservata nel periodo 2012-2015, pubblicati in data 11 ottobre 2017 e consultabili sul sito *internet* dell'ente.

9 Del resto è proprio il cinema che evidenzia come molto diverse possano essere, in ogni epoca, le ragioni che determinano la scelta di prostituirsi: la miseria nella pellicola *Mamma Roma* di Pier Paolo Pasolini, del 1962, o ancora nella *Filumena Marturano* del film di De Sica del 1964 intitolato *Matrimonio all'italiana* (trasposizione dell'opera teatrale di Eduardo De Filippo); la vulnerabilità dipendente dall'immaturità per la *Iris* nel *cult movie* di Scorsese *Taxi driver*, del 1976; la perversione sessuale per *Séverine* nella pellicola francese *Belle de jour*, del 1967, o ancora l'innata "vocazione" in *Irma la dolce* di Billy Wilder (1963).

10 MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

La Consulta, infatti, pur evidenziando le incertezze giurisprudenziali in ordine a tale elemento, con l'emersione di alcuni orientamenti per i quali il bene giuridico tutelato sarebbe costituito dalla dignità umana, si è disimpegnata rilevando che le fattispecie indubiate sarebbero risultate in ogni caso «conciliabili con il principio di offensività in astratto», secondo i canoni elaborati dalla Corte costituzionale medesima.

Si tratta allora di una lacuna motivazionale che ha condotto ad una soluzione oltremodo apodittica, essendo chiaro che la preliminare individuazione delle caratteristiche assiologiche delle norme in disamina non avrebbe rappresentato elemento indifferente nell'economica del giudizio, consentendo invece un più approfondito approccio alla questione sottoposta¹¹.

Non si vuole affatto negare in questa sede, allora, che la dignità dell'individuo rappresenti un valore universale¹², di rango costituzionale (anche per l'effetto del richiamo operato dall'art. 41 Cost.), e che esso sia meritevole di tutela, ma si vuole semplicemente rimarcare che la figura di favoreggiamento della prostituzione, così come disegnata dal legislatore, ed anche quella di reclutamento laddove operato coinvolgendo soggetti già dediti all'attività di meretricio – esclusa qualsivoglia funzionalità rispetto alla preservazione della libertà individuale – finiscano col colpire condotte inidonee ad arrecare alcuna effettiva e tangibile compromissione della dignità umana, celando invece, attraverso una vera e propria “truffa delle etichette”, la sanzione per la violazione di precetti di morale pubblica e buon costume.

Si è dunque al cospetto di fattispecie inidonee a descrivere fatti realmente lesivi della sfera individuale, che mostrano una chiara matrice pubblico-eticizzante, e che finiscono col rappresentare presidio per valori dal contenuto “inafferrabile”, perché evidentemente frutto di valutazioni a carattere niente affatto universale.

Ma al di là del tema del complesso rapporto tra il principio di laicità e diritto penale che il caso involge¹³, vi è che, ancora una volta, è apparso evidente il problema della scarsa capacità selettiva del concetto di bene giuridico, e la limitatissima operatività del principio di offensività nell'ambito dello scrutinio della legge penale affidato alla Consulta, specie in considerazione del fatto che negli stilemi della Corte detto principio non assume una funzionalità autonoma; è ben noto, difatti, che nel *test* condotto dalla Corte il principio di offensività abbia spiegato sinora effetto, determinando l'incostituzionalità di talune fattispecie incriminatrici, solo in un limitatissimo numero di casi, ed esclusivamente in combinato disposto con quello di ragionevolezza¹⁴.

Sicché, proiettando nuovamente l'obiettivo dell'indagine alla sentenza in commento, appare chiaro che la soluzione alla quale è giunta la Corte sia stata sul punto determinata proprio dall'inidoneità dell'elemento eletto a *tertium comparationis*, e cioè dalla figura di cessione di sostanze stupefacenti (art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), che nulla ha in comune con le fattispecie indubiate, se non la plurisoggettività in senso naturalistico.

11 Su questi temi, nell'ampissima letteratura, vd. tra i più recenti contributi CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, 16 gennaio 2019, in www.archiviopenale.it; LASALVIA, “Liberò sì, ma non a pagamento. Legge Merlin, sesso e diritto penale”, 11 marzo 2019, *ibidem*; volendo, vd. anche DE LIA, “Nessun aiuto a Bocca di Rosa!”: il monito della Cassazione ed il punto sulla rilevanza penale degli annunci pubblicitari “A.A.A.” agli effetti della “legge Merlin”, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 326 ss; MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in Cadoppi (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014, pp. 313 ss.

12 Il concetto di dignità umana è richiamato, tra l'altro, nel Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

13 Sul tema del rapporto tra principio di laicità dello Stato e diritto penale vd. PALIERO, *Laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, pp. 1154 ss; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale, ibidem*, 2006, pp. 55 ss.

14 Vd. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in Insolera – N. Mazzacova – Pavarini – Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2006, pp. 313 ss.

A ben altra soluzione, allora, si sarebbe probabilmente approdati laddove la Corte, ben s'intende dopo aver individuato il bene giuridico di riferimento, avesse valutato le fattispecie in "rapporto diretto" con esso¹⁵, poiché il confronto avrebbe potuto disvelare, anche in ragione del progressivo mutamento del comune sentire¹⁶, "l'irragionevolezza sopravvenuta" delle norme (favoreggiamento ma anche reclutamento laddove correlato a soggetto già dedito all'attività di prostituzione) a motivo dell'inoffensività delle condotte da esse descritte rispetto agli unici beni potenzialmente tutelabili dalle disposizioni in disamina, e cioè come detto la moralità pubblica ed il buon costume.

5. La figura del favoreggiamento della prostituzione ed il principio di legalità. L'accoglimento del modello del *judge made law*.

Per quanto concerne poi lo scrutinio di legittimità della fattispecie di favoreggiamento operato dalla Corte costituzionale rispetto al paradigma del principio di legalità, occorre rimarcare la singolarità della motivazione esplicita; come rammentato, difatti, la Consulta ha affermato sul punto che la questione non avrebbe potuto trovare accoglimento in ragione del fatto che la figura astratta in disamina non presenterebbe problemi interpretativi maggiori di altre disseminate nell'ordinamento.

Questo allora il messaggio latente della Corte: la legalità in materia penale implicherebbe la fusione tra il dato formale-letterale della norma e l'interpretazione della giurisprudenza, e quindi di una "giurisprudenza-fonte", suppletiva rispetto alle deficienze descrittive di fattispecie, che avrebbe l'onere tanto di creare il precetto quanto di applicarlo, e rendersene custode. Una giurisprudenza "giuscreativa", né più né meno.

Si è al cospetto di problematiche ben note, e già ampiamente analizzate dalla dottrina, che ha messo in luce le tensioni di tali orientamenti con i principi fondamentali della materia, l'invasione di campo dell'autorità giudiziaria rispetto ad un'area riservata al legislatore, ed il progressivo avvicinamento del sistema interno al modello del *common law* ed a quello eurounitario¹⁷.

È questo infatti uno dei frutti della formazione di un sistema penale "multilivello", e della progressiva influenza esercitata dalla giurisprudenza europea su quella interna, che segna evidentemente la crisi del giuspositivismo nell'era contemporanea.

L'integrazione produce alcuni progressi, ma nel contempo avalla principi che si pongono in antitesi con la tradizione giuridica nostrana, e più in genere con l'illuminismo penale, come dimostra emblematicamente la sentenza della Corte EDU sul "caso Contrada"¹⁸, che infatti ha posto in rilievo la necessità del rispetto del *foreseeability principle*¹⁹, ma ha anche

¹⁵ Come è avvenuto ad esempio con la sentenza Corte cost., 17 ottobre 1996, n. 370 con la quale è stata dichiarata l'legittimità costituzionale dell'art. 708 c.p.

¹⁶ Infatti, i sondaggi recentemente condotti sul tema hanno mostrato che la maggioranza degli italiani oggi sarebbe favorevole ad una revisione della "legge Merlin" e all'abrogazione di alcune figure criminose, quali l'esercizio della casa di prostituzione.

¹⁷ Cfr. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2017, p. 8.

¹⁸ Corte EDU, Sezione Quarta, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

¹⁹ Ricavato dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il principio rappresenta a ben vedere una fusione tra principio di legalità, o meglio dei suoi corollari di determinatezza e irretroattività, e di colpevolezza, intesa nella declinazione di comprensibilità del precetto e della sanzione comminata in caso di sua violazione, come richiamata dalla sentenza Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364. La Corte EDU ha in più occasioni rammentato infatti che il principio di legalità di cui all'art. 7 della Convenzione, pur dovendosi intendere riferito al «diritto d'origine sia legislativa sia giurisprudenziale», implicherebbe che l'individuo debba poter adeguatamente prevedere in anticipo le conseguenze giuridiche della propria condotta (vd. Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia; Corte EDU, Seconda Sezione, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia; Corte EDU, Terza Sezione, 10 luglio 2012, Rio Prada c.

spalancato le porte ad un intruso, e cioè all'idea di una giurisprudenza creatrice (e non fruitrice ed attuatrice) del diritto penale²⁰.

La Corte costituzionale si trova dunque oggi ad affrontare questioni antiche (quelle legate per l'appunto al principio di legalità, e ai suoi corollari, anche in termini di obbligo di "precisione" della norma incriminatrice) attraverso prospettive moderne, che stanno generando disorientamento nella giurisprudenza della Consulta, come dimostra la diversa posizione da questa assunta nella pronuncia 24 gennaio – 27 febbraio 2019, n. 24 sul tema delle misure di prevenzione e del sistema della pericolosità "generica" di cui all'art. 1 comma 1 lettera a) del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. "Codice antimafia")²¹.

In quest'ultima occasione, difatti, la Corte ha affermato la violazione del principio di legalità rilevando che, in ragione di orientamenti particolarmente ondivaghi, l'interpretazione giurisprudenziale non avrebbe potuto colmare il vuoto provocato dalla radicale "imprecisione" della norma, e dalla vaghezza del concetto di "traffici delittuosi" che essa evocava.

A ben vedere si trattava allora di un contesto del tutto analogo a quello della fattispecie di favoreggiamento della prostituzione, poiché a fronte di alcuni tentativi definitori operati dalla giurisprudenza a più riprese, anche in questo caso – ammesso e non concesso che il precetto possa essere legittimamente elaborato in sede giurisprudenziale – non si era giunti a soluzioni interpretative univoche, nonostante l'emersione nella prassi del criterio rappresentato dalla distinzione tra "aiuto alla prostituta" e "aiuto alla prostituzione".

Detto criterio, per il vero, è stato elaborato a fini selettivi del fatto penalmente rilevante ed è stato accolto anche da una parte della dottrina, secondo la quale sarebbero da ritenersi prive di tipicità condotte di ausilio in favore di terzi che costituiscano prestazioni che «potrebbero essere rese nello stesso modo, a prescindere dal fatto che esse si risolvano in un aiuto alla prostituzione» (rappresentando queste, dunque, ipotesi di "aiuto alla prostituta")²².

Fatto è che si tratta di una costruzione che (pur movendo dalla commendevole esigenza di restringere l'area di intervento del diritto penale, particolarmente estesa anche alla luce della natura di reato eventualmente abituale assegnata alla figura²³) oltre ad essere priva di base normativa, e a non fornire criteri di facile fruizione (stante la particolare incertezza della linea di confine tra le due ipotesi descritte), non appare neppure immune da aporie sul piano logico: detta impostazione, infatti, implica ad esempio l'irrelevanza penale per la condotta del domestico, dipendente della prostituta, che riassetta quotidianamente la stanza ove si consumano le prestazioni sessuali, ma nel contempo la responsabilità per quell'addetto alla casa che in una sola occasione riscuota alla porta il compenso dovuto da un cliente.

Vi è poi da aggiungere, nella prospettiva che più interessa in questa sede, che tale tesi non risulta universalmente accolta dalla giurisprudenza, che infatti, ad esempio, ha affermato la responsabilità per favoreggiamento del proprietario di un immobile che aveva locato il bene ad un *sex worker* poiché, nell'occasione, è stato ritenuto costituisce condotta

Spagna; Corte EDU, Sezione Seconda, 10 maggio 2012, Sud Fondi c. Italia).

²⁰ Sul tema vd. DONINI, *Il caso Contrata e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, pp. 333 ss; PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, 2016, pp. 2695.

²¹ Originata peraltro da altra pronuncia della Corte di Strasburgo, e cioè da Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia.

²² PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, Pisa, 2015, pp. 305 ss.

²³ Vd. COCCO, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. Questioni controverse di unità e pluralità*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, pp. 374 ss. In giurisprudenza, vd. da ultimo Cass., Sez. III, 3 aprile 2019, n. 21375, in *Dejure*.

agevolatrice la previa ristrutturazione dell'appartamento²⁴.

La Corte, dunque, non ha fatto altro che ribadire tralattivamente la posizione già assunta con la sentenza del 4 giugno 1964, n. 44, con la quale era stata per l'appunto dichiarata infondata la questione di legittimità della fattispecie rispetto al principio di legalità; in quel precedente, in particolare, la Consulta aveva affermato che il concetto di favoreggiamento non avesse generato, all'epoca, alcun contrasto giurisprudenziale, trattandosi di una nozione dal «preciso e inconfondibile significato».

Insomma, pur mutando uno dei fattori (perché l'esperienza ha dimostrato che il concetto di favoreggiamento della prostituzione si sarebbe poi prestato a letture giurisprudenziali di senso tutt'altro che univoco) il risultato non è mutato.

6. Conclusioni.

Volendo ora trarre delle conclusioni in ordine alla pronuncia della Consulta, non vi è dubbio che essa abbia finito col disattendere ampiamente le aspettative del garantismo.

Da un lato la Corte ha mostrato un chiaro *self restraint*, mosso anche dalla preoccupazione per il (presunto) vuoto di tutela che si sarebbe generato per l'effetto di una pronuncia caducatoria; *dall'altro lato* è altrettanto evidente però che la sentenza non potrà in alcun modo consentire il superamento dei dubbi che gravitano da sempre in ordine a tali fattispecie, *tanto* in ordine al profilo dell'offensività, *quanto* alla linea di demarcazione tra lecito ed illecito (che in larga parte dipende proprio dalle problematiche che attengono alla teleologia delle norme incriminatrici).

Non solo: la chiosa con la quale la Consulta ha sollecitato una verifica in concreto da parte del giudice ordinario dell'offensività delle condotte di reclutamento e favoreggiamento potrebbe addirittura finire con l'alimentare maggiormente, in questo particolare contesto, una giurisprudenza *case to case*, orientamenti particolarmente ondivaghi e, in definitiva, l'incertezza del diritto.

Infatti la verifica di offensività "in concreto", intesa come parametro esegetico-applicativo, può essere condotta esclusivamente attraverso una determinazione "a monte" *sia* della condotta tipica *sia* del bene giuridico tutelato, che pur costituendo delle "pre-condizioni" del giudizio (che, in difetto, non può che rivelarsi puro arbitrio), e risultando al centro di un annoso dibattito, non sono state oggetto di un tentativo di chiarificazione da parte della Consulta.

Sul fronte del legislatore continuano per altro verso ad avvicinarsi in Parlamento numerosi progetti di legge per la riforma della disciplina della prostituzione, tra i quali quello presentato dalla Lega il 7 febbraio 2019, su iniziativa del Senatore Gianfranco Rufa, che tuttavia non contiene previsioni relative alle fattispecie di reclutamento e favoreggiamento se non, a tale ultimo riguardo, per l'ipotesi di ausilio reciproco tra soggetti esercenti la prostituzione, per la quale si intenderebbe introdurre una (parziale) *abolitio criminis*.

Del resto l'attuale maggioranza ha già dimostrato di non essere interessata alla riduzione e razionalizzazione del sistema penale, o ad una sua "attualizzazione", e di voler di contro decisamente puntare sulla *matière pénale* e sul valore simbolico promanante dalla minaccia panpenalistica come mezzo di acquisizione di consenso politico, attraverso gli *slogan* diffusi dai *media* che costantemente accompagnano gli *iter* legislativi, e le formule stereotipate "tolleranza zero", "giro di vite", etc., dietro alle quali si celano tuttavia opzioni di politica criminale di dubbia legittimità ed opportunità, coltivate talora attraverso un utilizzo atecnico dell'arnese penale.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 21 settembre 2016, n. 7373, in *Dejure*.

Si tratta di un modo di legiferare che si snoda talora anche attraverso alcune bizzarrie, come attesta il combinato disposto degli artt. 2, comma 7, e 7 comma 3 dell'articolo, che intenderebbe sanzionare con le pene previste dagli artt. 582-583 c.p. in tema di lesioni personali la prostituta che abbia continuato ad esercitare il "mestiere" dopo essere venuta a conoscenza di essere affetta da «patologie a trasmissione sessuale». Con buona pace, verrebbe da dire, ancora una volta dei principi di ragionevolezza ed offensività.

Accanto a questi elementi si colloca poi la percezione del fenomeno della prostituzione in termini, si potrebbe dire, "antoliseiani"²⁵, come dimostra la relazione di accompagnamento alla proposta di legge, alla quale si contrappongono tuttavia le statistiche giudiziarie che evidenziano dall'anno 2012 un progressivo calo delle denunce per violazione delle principali fattispecie incriminatrici previste dalla "legge Merlin"²⁶.

Si è dunque ben lontani dai presupposti che potrebbero agevolare una modifica della disciplina nell'ottica della riduzione dell'intervento del diritto penale, ispirata all'idea della *extrema ratio* e di un apparato sanzionatorio "minimo", che potrebbe essere coltivata ad esempio con la trasformazione delle figure di favoreggiamento e reclutamento (nei casi di soggetti già dediti al meretricio) in illeciti a carattere amministrativo.

È chiaro in definitiva che si stia vivendo una fase storica in cui vi è incomunicabilità tra dottrina, che generalmente sostiene le ragioni del garantismo e del buon uso della tecnica normativa, e legislatore, che tenta di attrarre l'attenzione delle folle attraverso un diritto penale "*social*"²⁷. Perlomeno due gli effetti: l'abbandono del dialogo tra regole e principi, e la progressiva dilatazione del potere della magistratura, che trova sempre più ampi spazi liberi a causa di un sistema penale ormai per lunghi tratti anche anacronistico, del difetto di incisività della dottrina rispetto alle scelte del Parlamento, ma anche a questo punto di talune soluzioni non ineccepibili sposate dalla Consulta.

** Avvocato del Foro di Roma e Dottore di ricerca in Diritto e Processo penale

25 L'Autore infatti definiva il meretricio come «triste fenomeno sociale, non solo per la degradazione morale che determina nelle persone che vi cadono, ma anche perché costituisce uno dei maggiori vivai di ogni specie di delinquenza». Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Milano, 1999, pp. 533-534.

26 Vd. i dati raccolti nell'annuario statistico italiano 2018, nella parte 6, *Giustizia, criminalità e sicurezza*, pp. 177 ss, reperibile sul sito *web* dell'ISTAT.

27 Vd. BRUNELLI, *Introduzione ad un Confronto di idee su: «Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrelevanza»*, 5 febbraio 2019, in *www.archiviopenale.it*.