SILVIA BERNARDI,

SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEI DELITTI DI RECLUTAMENTO E FAVOREGGIAMENTO DELLA PROSTITUZIONE: IRRILEVANTE IL FATTO CHE L'ESERCIZIO DEL MERETRICIO SIA IL FRUTTO DI UNA LIBERA SCELTA?

CORTE COST., SENT. 6 MARZO 2019 (DEP. 7 GIUGNO 2019), N. 141, PRES. LATTANZI, RED. MODUGNO

1. Con la pronuncia indicata in epigrafe, la Corte costituzionale ha finalmente preso posizione su un tema da tempo al centro di intensi dibattiti nella dottrina penalistica e nell'opinione pubblica: quello della **legittimità costituzionale delle incriminazioni previste dalla legge n. 75 del 20 febbraio 1958**, nota come "**legge Merlin**", in relazione alle ipotesi in cui l'**esercizio della prostituzione** debba essere considerato *libero e volontario*.

La legge Merlin, come risaputo, non incrimina la prostituzione in sé, ma sottopone a sanzione penale esclusivamente le varie "**condotte satellite**" a essa correlate, finalizzate ad agevolare l'esercizio o a trarvi vantaggio. In questo modo, pur formalmente qualificando la prostituzione come attività lecita, le si fa "terra bruciata" intorno[1], rendendone sostanzialmente impossibile lo svolgimento in piene condizioni di legalità persino laddove ciò corrisponda alla reale e libera volontà della persona che scelga di intraprendere tale professione. Diverse voci in dottrina hanno dunque avanzato **dubbi di legittimità costituzionale** in relazione ad alcune delle ipotesi di reato prospettate dalla normativa in questione[2], auspicando che il problema giungesse davanti al giudice delle leggi: e da ultimo così è stato, per l'appunto.

Oggetto delle censure di legittimità nel caso di specie era, in particolare, l'**art. 3, numeri 4) e 8), della legge Merlin**, ritenuto dalla Corte d'appello di Bari – giudice *a quo* nella vicenda in esame[3] – in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 c. 2, 27 e 41 della Costituzione «**nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata**».

Nonostante le aspettative di molti, la decisione della Consulta è stata però netta: tutte le questioni di costituzionalità sollevate sono state valutate **infondate nel merito**.

2. Sembra qui utile ripercorrere brevemente le argomentazioni dell'**ordinanza di rimessione**, già oggetto di approfondito commento sulle pagine di questa *Rivista*[4].

2.1. La prima censura mossa dal giudice *a quo* concerne il presunto contrasto delle norme richiamate con il **principio della libertà di autodeterminazione in campo sessuale della persona umana**, riconducibile ai diritti inviolabili dell'uomo di cui all'**art. 2 Cost.** Tale libertà, a giudizio del rimettente, dovrebbe invero intendersi come comprensiva di un più specifico "**diritto a disporre della propria sessualità in termini contrattualistici**", in quanto la

sessualità – come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 561 del 1987 – rappresenta “uno degli essenziali modi di espressione della persona umana” e la libera disposizione della medesima va dunque considerata “un diritto soggettivo assoluto” [5].

Di più: nell’attuale contesto storico, l’emergere del fenomeno della prostituzione professionale delle c.d. *escort* o *sex workers* metterebbe in evidenza la possibilità che la scelta di prostituirsi costituisca una “**modalità autoaffermativa della persona umana**, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità”; per questo motivo, la generalizzata incriminazione tanto della condotta di reclutamento (che permette “il libero incontro sul mercato del sesso tra domanda e offerta”) quanto di quella di favoreggiamento della prostituzione (che concerne la fase di “concreta attuazione della scelta di prostituirsi”), precludendo la libera estrinsecazione della libertà sessuale dell’individuo, si porrebbe in contrasto con la carta costituzionale.

2.2. In secondo luogo, la Corte d’appello di Bari sostiene che le richiamate disposizioni incriminatrici violino altresì la **libertà di iniziativa economica privata sancita dall’art. 41 Cost.**, la quale dovrebbe essere “libera nella stessa misura in cui libera è la fonte primigenia di tale iniziativa”; l’incriminazione delle condotte che materialmente agevolino l’attività prostitutiva ancorché volontaria arrecherebbero dunque un grave *vulnus* a tale libertà, traducendosi in una “**ghettizzazione indebita** del libero esercizio di una peculiare forma di lavoro autonomo” priva di qualsiasi giustificazione.

2.3. Il terzo motivo di censura riguarda poi il contrasto tra le fattispecie delittuose in questione e il **principio di offensività**, desumibile dagli **artt. 13, 25 c. 1 e 27 Cost.**

Il tema qui controverso è quello della corretta individuazione dei **beni giuridici protetti** dalle norme incriminatrici in materia di prostituzione: beni che, secondo il giudice rimettente, ormai non potrebbero essere più riconnessi alla “tutela paternalistica della pubblica moralità”, ma dovrebbero essere necessariamente collegati alla **tutela della persona umana e della sua libertà di scelta in campo sessuale** [6]. Nello specifico, come correttamente rilevato da una parte della giurisprudenza di legittimità, l’interesse tutelato dalla legge n. 75 del 1958 andrebbe rintracciato nella **libertà di autodeterminazione della donna nel compimento di atti sessuali**, la quale impone che l’esercizio del meretricio non sia frutto di una “scelta condizionata da forme di coazione o di sfruttamento” [7]; le condotte di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione liberamente esercitata risulterebbero pertanto già in astratto inoffensive, in quanto esse “**non solo non recano alcuna offesa alla libertà di autodeterminazione della persona che si prostituisce, ma addirittura ne facilitano la piena attuazione**”.

Non è nemmeno condivisibile, sostiene la Corte territoriale, l’idea che il disvalore specifico di tal genere di condotte debba essere rintracciato nel fatto che queste possano rappresentare un “primo passo” verso lo sfruttamento economico del corpo della donna da parte di terzi (quasi come se si trattasse, in simili casi, di “reati ostacolo”): lo **sfruttamento della prostituzione**, difatti, integra un’**offesa autonoma**, non connessa con le fattispecie in esame.

2.4. Il quarto e ultimo motivo di censura attiene infine al **contrasto tra la sola fattispecie di favoreggiamento della prostituzione e il principio di legalità sancito dall’art. 25 Cost.**

L'indeterminatezza della fattispecie viene rintracciata nel fatto che si tratta di un reato a forma libera costruito sulla base di una **nozione** (quella di **favoreggiamento**) **priva di definizione legale**, peraltro affiancata dalla **generica espressione “in qualsiasi modo”**; tale genericità produrrebbe “la paradossale conseguenza di dover operare un’indebita selezione delle condotte di favoreggiamento penalmente rilevanti non in ragione della loro conformità alla generica fattispecie edittale, ma sul piano della loro concreta capacità di realizzare l’offesa al bene giuridico protetto”, il che dimostrerebbe, secondo il giudice *a quo*, l’incompatibilità della fattispecie astratta con i principi di determinatezza e tassatività.

Viene poi fatto notare come pure manchi nel “diritto vivente” un’adeguata “interpretazione tassativizzante” della condotta in questione, dovendosi riconoscere come “**fallace**” il **tentativo operato dalla giurisprudenza di distinguere tra “favoreggiamento della prostituzione”, tipico, e “favoreggiamento della prostituta”, atipico**; non sarebbe infatti concettualmente possibile sostenere che una qualsiasi forma di ausilio alla persona che si prostituisce, che si riverberi anche solo indirettamente sull’esercizio della sua attività, non si traduca altresì in una forma di favoreggiamento dell’attività di prostituzione in sé. Siffatto orientamento interpretativo, dunque, comporterebbe a sua volta una parimenti inaccettabile **violazione dell’art. 3 Cost.**, discriminando irragionevolmente tra condotte dotate di pari efficacia ausiliarie rispetto all’esercizio della prostituzione.

3. Due degli **imputati** nel procedimento penale innanzi alla Corte d’appello di Bari si sono costituiti nell’ambito del giudizio di legittimità costituzionale, a sostegno della fondatezza questioni prospettate.

Le parti private sottolineano in particolare come la stessa **Corte di Giustizia dell’Unione Europea** (sentenza del 20 novembre 2001, causa C-268/99, Jany e a.) abbia qualificato la **prostituzione** in termini di “**attività economica svolta in qualità di lavoro autonomo**”; persino la **giurisprudenza tributaria italiana** sarebbe giunta alla medesima conclusione, ammettendo che si tratti di una “prestazione di servizi” **sottoponibile a imposizione fiscale**^[8]. In questo senso, la prostituzione non dovrebbe ritenersi sostanzialmente differente da altre attività economiche che pur hanno a oggetto una commercializzazione della sfera sessuale della persona, come quelle svolte nel campo degli spettacoli erotici o della pornografia.

Sul piano della ricognizione dei beni giuridici tutelati, poi, viene rifiutata l’idea che la libertà di autodeterminazione della persona che esercita la prostituzione possa essere “oscurata” in nome di una presunta tutela penalistica della *dignità* umana: la **dignità tutelata dal diritto penale**, difatti, non potrebbe che essere **intesa in senso soggettivo**, come strettamente correlata alla *libertà* dell’individuo, **non in senso oggettivo** come concezione *paternalisticamente* e *moralisticamente* imposta dallo Stato^[9].

4. Intervenuto nel giudizio innanzi alla Consulta, il **Presidente del Consiglio dei Ministri**, rappresentato dall’Avvocatura dello Stato, ha invece sostenuto l’inammissibilità e comunque l’infondatezza delle questioni.

Con riferimento ai profili di **inammissibilità**, viene osservato come la Corte d'appello di Bari avrebbe omesso di esperire il **doveroso tentativo di interpretazione conforme** a Costituzione delle norme incriminatrici censurate, sostanzialmente ricercando un avvallo interpretativo da parte della Consulta; si oppone inoltre la **discrezionalità del legislatore** in materia di individuazione dei fatti da sottoporre a pena, non suscettibile di sindacato in sede di legittimità costituzionale salvo laddove essa trasmodi in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie.

Nel merito, la difesa dello Stato puntualizza che il bene giuridico protetto dalla legge n. 75 del 1958 deve essere effettivamente rintracciato nella **dignità delle persone che si prostituiscono**, che l'ordinamento vuole difendere contro lo sfruttamento e la strumentalizzazione da parte di terzi, ma che tale bene non può che essere inteso come "**valore oggettivo e inderogabile da preservare**", alla luce della posizione di preminenza che esso assume all'interno della Costituzione. Quest'asserzione basta, a suo giudizio, a dimostrare l'infondatezza delle diverse censure relative all'art. 2 Cost., all'art. 41 Cost. e al principio di offensività in astratto.

5. Nonostante le eccezioni sollevate dall'Avvocatura dello Stato, le questioni formulate dal giudice *a quo* superano il preliminare vaglio di ammissibilità.

In particolare, la Consulta reputa non necessario nel caso di specie il previo esperimento di un **tentativo di interpretazione conforme a Costituzione** – il quale verosimilmente avrebbe dovuto portare a ritenere non punibili già *de lege lata* le condotte di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione commesse nei confronti della persona autodeterminatasi a svolgere tale attività – considerato che esso si sarebbe posto in **frontale contrasto con il diritto vivente**. L'eccezione relativa alla riconduzione delle scelte incriminatrici in esame alla sfera di discrezionalità del legislatore viene invece considerata come inerente al merito del giudizio.

6. Il vaglio nel merito della fondatezza delle censure di legittimità sollevate dalla Corte d'appello di Bari viene preceduto da alcune osservazioni di carattere sistematico in tema di prostituzione, con le quali la Consulta mette anzitutto in luce come in materia di **prostituzione volontaria** sia pressoché **impossibile rintracciare costanti storico-comparatistiche** (mentre è generalmente indiscussa la necessità di un intervento punitivo dello Stato rispetto alle ipotesi di prostituzione forzata o di tratta di esseri umani a scopo di sfruttamento sessuale).

Due sono in particolare gli approcci legali possibili in questo campo: da un lato, l'ordinamento potrebbe considerare l'attività di prostituzione alla stregua di qualsiasi altra attività economica legale, salvo predisporre un'apposita disciplina per far fronte ai peculiari pericoli in essa insiti (**modello c.d. regolamentarista**, tuttora adottato da Paesi come l'Olanda, la Germania, l'Austria e la Svizzera); dall'altro, lo Stato potrebbe invece concepire la prostituzione quale fenomeno da contrastare, anche sul terreno del diritto penale, in ragione delle sue ricadute negative sul piano individuale e sociale. In questo secondo filone si inserirebbero tanto il **modello proibizionista**, che considera illegittimo in sé il mercimonio sessuale (punendo entrambe le parti che vi partecipano, ovvero, nell'ambito del modello **neo-proibizionista**, sottoponendo a pena solo il cliente e non chi eserciti la prostituzione: così avviene in Paesi come la Svezia, la Francia, il

Regno Unito); quanto il **modello abolizionista**, che incrimina le sole condotte parallele alla prostituzione, ossia quelle che interagiscono con l'esercizio di tale attività favorendola o traendone utili.

Come noto, mentre al tempo del codice Rocco in Italia vigeva un sistema di matrice regolamentarista – che affiancava alla rigida regolamentazione pubblica dell'esercizio delle “case chiuse” la previsione di alcune fattispecie incriminatrici specifiche, contenute nel titolo IX del codice penale, dedicato ai “delitti contro la moralità pubblica e il buon costume” – la **legge Merlin** del 1958 ha compiuto una scelta in senso **radicalmente abolizionista**.

Il legislatore italiano del tempo, in questo modo, si allineò a una tendenza che a metà del XX secolo si era fatta strada in ambito europeo e internazionale e che concepiva la **prostituzione** come un'**attività in sé lesiva della dignità delle persone** che la esercitavano, da reputarsi “vittime” del sistema sociale; di qui l'esigenza per lo Stato di astenersi dal rendersi complice dell’“industria del sesso” e di servirsi dello strumento penale per combattere questo fenomeno, rivolgendolo non verso i soggetti direttamente protagonisti dello scambio sessuale, bensì verso coloro che, da terzi, alimentassero tale mercato e ne traessero giovamento. Questa medesima concezione, del resto, era stata fatta propria dalle stesse Nazioni Unite, le quali sin dal 1949 avevano adottato una specifica **Convenzione internazionale per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione**, cui l'Italia ha formalmente aderito il 18 gennaio 1980.

Sempre in un'ottica di carattere sistematico-comparatistica, la Consulta si sofferma espressamente sul fatto che anche in altri ordinamenti di ispirazione propriamente abolizionista o neo-proibizionista siano state mosse, in tempi recenti, censure inerenti alla disciplina penalistica della prostituzione in larga parte assimilabili a quelle sollevate dal giudice *a quo* nel caso in esame; nondimeno, le legislazioni straniere hanno passato indenni il vaglio costituzionale: così è stato nel caso del **Portogallo**, il cui Tribunale costituzionale nel novembre 2016 ha considerato costituzionalmente legittima l'incriminazione del c.d. lenocinio semplice, paragonabile al nostro favoreggiamento della prostituzione; ovvero nel caso della **Francia**, il cui Consiglio costituzionale ha nel febbraio di quest'anno escluso l'illegittimità della sottoposizione a pena (pecuniaria) di chi usufruisca di servizi prostitutivi, anche laddove questi siano prestati in maniera libera e volontaria.

7. Passando al merito delle questioni prospettate dalla Corte d'appello di Bari, i giudici costituzionali si dimostrano consapevoli del fatto che le medesime, laddove accolte, avrebbero in realtà rivestito una **portata espansiva capace di investire anche tutte le altre previsioni incriminatrici contemplate dall'art. 3 della legge Merlin**, sostanzialmente scardinando l'impianto normativo predisposto dall'ordinamento italiano in tema di prostituzione: persino la fattispecie di induzione alla prostituzione, infatti, sarebbe stata colpita dalle medesime censure di illegittimità, laddove in concreto scevra da violenza, minaccia o inganno e pertanto incapace di intaccare la libertà di autodeterminazione della persona indotta a prostituirsi.

La Consulta, come anticipato, sceglie però di porsi sulla scia dei precedenti europei appena citati e di escludere integralmente l'esistenza di un contrasto tra le fattispecie delittuose previste dalla legge Merlin e i diversi parametri costituzionali invocati dal giudice *a quo*.

7.1. Il parametro di cui all'**art. 2 Cost.**, in primo luogo, viene dalla Corte reputato *inconferente* rispetto al tema in esame. Se è certamente vero, infatti, che la libertà sessuale deve essere inclusa nel catalogo dei diritti inviolabili richiamato da tale norma, lo stesso non può dirsi, a giudizio della Consulta, per l'esercizio dell'attività di prostituzione; ciò in quanto l'**offerta di prestazioni sessuali dietro corrispettivo** “non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma costituisce – molto più semplicemente – una **particolare forma di attività economica**”. Ragionare in senso contrario, sostiene la Corte, porterebbe al paradosso di dover ricondurre all'art. 2 Cost. e ai diritti inviolabili della persona umana qualsiasi attività imprenditoriale o di lavoro autonomo il cui esercizio risulti collegato a una qualche libertà costituzionalmente garantita.

Nel formulare tali rilievi, il giudice delle leggi valorizza inoltre il fatto che la questione in esame riguardasse solo indirettamente la tutela della libertà sessuale della persona che si prostituisce, venendo in rilievo in prima battuta gli interessi di soggetti terzi, intromessisi nell'esercizio dell'attività di prostituzione: interessi a maggior ragione estranei alle garanzie di cui all'art. 2 Cost.

7.2. Pertinente, ma non fondato, è invece il riferimento all'**art. 41 Cost.** in tema di libertà dell'iniziativa economica privata. Pur riconoscendo che, per l'appunto, l'attività di prostituzione costituisce di per sé un'attività economica, la Corte costituzionale ricorda che la libertà in questione è dalla stessa Costituzione sottoposta a **limitazioni**, in quanto essa non può svolgersi “in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. Limitazioni che, a suo giudizio, ricorrono nel caso della prostituzione, considerato 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**”, fattori che per la Corte possono essere tanto di carattere economico, quanto psichico, relazionale o familiare.

A fronte di tale considerazione, l'inibizione “generalizzata” della libertà di esercizio dell'attività prostitutiva troverebbe giustificazione nella **difficoltà di distinguere in concreto** tra le ipotesi in cui essa è effettivamente frutto di una scelta libera e volontaria dell'individuo e quelle in cui, invece, tale scelta non debba considerarsi pienamente libera. A ciò si aggiungono **preoccupazioni inerenti alla salute e alla sicurezza delle persone che si prostituiscono**, seppur volontariamente, derivanti dalla natura stessa dell'attività (che, per esempio, espone chi si prostituisce al rischio di subire condotte lesive della propria integrità fisica).

È inoltre incontestabile, secondo la Consulta, che il **concetto di dignità** richiamato dall'art. 41 Cost. debba essere inteso in senso **oggettivo**: rilievo assorbente acquisisce dunque il fatto che lo stesso legislatore abbia individuato nell'esercizio della prostituzione in sé, anche se volontario,

“una **attività che degrada e svisciva l’individuo**, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente”.

La scelta del legislatore di **incriminare delle condotte di supporto a un’attività in sé considerata lecita**, poi, non cela a giudizio della Corte **alcuna contraddizione**; si tratta, invero, di un modello affine a quello già conosciuto dal sistema penale italiano in materia di stupefacenti, che parimenti discrimina il trattamento riservato al consumatore e a colui che gli fornisce la sostanza. L’esonero da sanzione penale peraltro non è in alcun modo espressiva di una scelta dell’ordinamento italiano di tutelare l’esercizio dell’attività di prostituzione, che difatti non è assistito da garanzie legali sul piano civilistico – dovendosi considerare il patto avente a oggetto lo scambio di prestazioni sessuali e corrispettivo economico quale **contratto nullo** per illiceità della causa per contrarietà al buon costume – al di fuori della c.d. *soluti retentio* di cui all’art. 2035 c.c.

Nessun indicatore di carattere contrario potrebbe poi desumersi né dalla giurisprudenza tributaria, che ha ritenuto assoggettabili a imposizione fiscale i proventi dell’attività di prostituzione, né dalla sentenza della Corte di Giustizia *Jany e a.*: con riguardo alla prima, è noto come l’ordinamento tributario sottoponga a imposizione anche i proventi derivati da fatti o atti illeciti sul piano civile, penale o amministrativo (laddove non oggetto di confisca: così art. 14 c. 4 l. 24 dicembre 1993, n. 537); la pronuncia della Corte di Giustizia, invece, nel qualificare la prostituzione in termini di attività economica, non ha comunque in alcun modo affermato una generalizzata libertà di prostituirsi^[10].

7.3. Infondata è per la Corte anche la terza questione, relativa al **principio di offensività**. Come sottolineato anche dalla difesa dello Stato, invero, la discrezionalità del legislatore nella selezione dei fatti penalmente rilevanti non è sindacabile in sede di controllo di costituzionalità, salvo che essa si traduca in **scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie** (ovvero ancora con riguardo al trattamento sanzionatorio).

Peraltro, la stessa giurisprudenza di legittimità non ha chiarito quale debba considerarsi il bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici previste dalla legge Merlin: l’originario orientamento, che riconosceva l’oggetto della tutela penale nella **morale pubblica** e nel **buon costume**, conformemente all’impostazione del codice Rocco, sembra essere stato in effetti abbandonato in favore di un indirizzo volto ad attribuire rilievo ai beni della **dignità e libertà della persona che si prostituisce**^[11]; un’impostazione ancora più recente, nondimeno, ha rintracciato quale unico interesse di tutela il **solo bene della dignità** della persona, intesa peraltro **in senso oggettivo**^[12].

Senza prendere un’espressa posizione in relazione a tale dibattito, la Consulta considera “dirimente il rilievo che le incriminazioni oggetto dell’odierno scrutinio si rivelano, comunque sia, **conciliabili con il principio di offensività ‘in astratto’** ove riguardate **nell’ottica della protezione dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta**”.

Ciò basta, a suo giudizio, a escludere la fondatezza di ogni profilo di censura con riferimento al principio costituzionale invocato. Con però due precisazioni: la prima, è che quanto finora

affermato **non** significa che l'incriminazione delle "condotte satellite" rispetto all'attività di prostituzione debba ritenersi una "**soluzione costituzionalmente imposta**" nel nostro ordinamento, potendo il legislatore decidere di "fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno della prostituzione con una strategia diversa"; la seconda è che le considerazioni svolte in merito al principio di offensività "in astratto" non precludono la **piena operatività del principio di offensività "in concreto"**, e dunque il conseguente "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".

7.4. Da ultimo, il giudice delle leggi rigetta anche la questione inerente al presunto difetto di **precisione e tassatività** della condotta di favoreggiamento, confermando la conclusione già espressa in due suoi precedenti, la sentenza n. 44 del 1964 e l'ordinanza n. 98 del 1964. La normazione per "clausole generali" o concetti "elastici" non è difatti incompatibile con l'art. 25 c. 2 Cost. quando risulti comunque possibile per il giudice procedere a una ricognizione del significato di tali elementi mediante l'ordinaria attività interpretativa, come nel caso del concetto di **favoreggiamento**, del resto "**di ampio e sperimentato uso nel diritto penale**"[\[13\]](#).

Nessun argomento a sostegno della censura di indeterminatezza può poi desumersi dalla criticata impostazione giurisprudenziale relativa alla distinzione tra favoreggiamento "della prostituzione" e della "prostituta", considerato che si tratta di affermazione "sintonica" al testo della norma incriminatrice e che in ogni caso l'esistenza di contrasti interpretativi rientra nella "fisiologia dell'ermeneutica giudiziale".

* * *

8. Gli argomenti utilizzati dai giudici costituzionali per sostenere l'infondatezza delle questioni in esame, in parte anticipati dalla dottrina[\[14\]](#), hanno già destato alcune critiche tra i primi commentatori[\[15\]](#).

Certamente la Consulta ha voluto approcciarsi in maniera *cauta* ai problemi messi in luce dalla Corte d'appello di Bari, che pure sembrano assolutamente meritevoli di attenta considerazione, in uno **Stato di diritto laico e liberale** come è l'Italia. Il giudice delle leggi ha però preferito non sconfessare l'impianto normativo predisposto dal legislatore del 1958 (e da allora rimasto sostanzialmente immodificato), valorizzandone anzi gli elementi di persistente ragionevolezza; la consapevolezza delle **significative ripercussioni che una pronuncia di accoglimento avrebbe comportato** – riverberandosi sulla legittimità dell'intero apparato sanzionatorio predisposto dalla legge Merlin e sostanzialmente aprendo la strada a una **non regolamentata liberalizzazione del settore prostitutivo** – ha probabilmente giocato un ruolo fondamentale nel guidare le scelte della Corte costituzionale, anche alla luce delle controverse implicazioni morali e politiche della tematica affrontata, su cui il sentire sociale è profondamente diviso.

9. Tra i vari profili giuridici emersi nella vicenda esaminata, ci sembra ancora bisognoso di ulteriori elaborazioni quello attinente alla **garanzia del principio di offensività**, probabilmente il vero “banco di prova” della tenuta delle norme incriminatrici sottoposte al vaglio della Consulta; la pronuncia della Corte non pare infatti aver risolto tutte le perplessità avanzate dal giudice rimettente (oltre che dalla dottrina) sul punto, che verosimilmente anche in futuro imporranno al penalista delle approfondite riflessioni.

Occorre evidenziare come il richiamo alla discrezionalità del legislatore, che circoscriverebbe il controllo di costituzionalità alla sola *ragionevolezza e non arbitrarietà* delle scelte incriminatrici, sembri in generale apportare forti limitazioni alla portata costituzionale del principio di offensività “in astratto”. Lo stesso giudice delle leggi – forse proprio per questo motivo – si astiene da una specifica riflessione finalizzata alla ricognizione del bene giuridico tutelato dalle fattispecie di reato della legge Merlin: a prescindere da una chiara identificazione dell’interesse protetto, difatti, la **ratio della tutela penale**, oltre che la sua intrinseca **ragionevolezza**, vengono ricondotte alle **esigenze di tutela dei soggetti vulnerabili** che possano essere per varie ragioni indotti o costretti a prostituirsi, da un lato, e **della sicurezza e salute di tutti i soggetti esercenti l’attività di prostituzione**, dall’altro.

10. A tal proposito, ci sembra opportuno esprimere due ordini di considerazioni.

In primo luogo, la Consulta attribuisce un ruolo determinante (nel vagliare la compatibilità costituzionale dei delitti in questione tanto con il principio di offensività, quanto con la libertà di iniziativa economica privata di cui all’art. 41 Cost.) al **concetto di vulnerabilità**, che solo in tempi recenti ha iniziato a sollecitare l’attenzione del penalista; in particolare, la nozione di **abuso/approfitamento di una condizione di vulnerabilità**, inizialmente contenuta nella normativa internazionale ed europea in tema di *trafficking in human beings*^[16], è ora espressamente accolta anche all’interno del codice penale, quale possibile elemento tanto del delitto di servitù di cui all’art. 600 c.p., quanto del delitto di tratta di esseri umani di cui all’art. 601 c.p.

Nel collegare la legittimità dell’intervento penale nel settore della prostituzione alle **esigenze di protezione dei “diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili”**, la Corte costituzionale non chiarisce espressamente che cosa debba intendersi per vulnerabilità; la nozione viene però ricondotta all’esistenza di una **pluralità di fattori che possono condizionare e limitare la libertà di autodeterminazione dell’individuo**, limitando anche drasticamente le sue possibilità di scelta in ordine alle sue alternative esistenziali, specificando che 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**”.

Pare difficile non leggere in queste righe l’**idea (moralisticamente connotata) che la prostituzione non possa essere considerata “un mestiere come gli altri”**, anche a prescindere dalle cause che possono condurre una persona a prostituirsi. La **concezione di vulnerabilità** adottata dal giudice delle leggi sembra inoltre essere **potenzialmente amplissima**, andando

persino a ricomprendere quei reconditi processi psichici che possono spingere un individuo, a partire da un proprio non meglio precisato vissuto negativo, a concepire l'esercizio dell'attività di prostituzione come una valida alternativa esistenziale.

Certo, la Consulta affronta (seppure, a nostro umile giudizio, in maniera particolarmente tranciante) un problema reale: la **distinzione** spesso richiamata in dottrina **tra prostituzione “libera”, “necessitata” e “forzata”**^[17] è in verità **estremamente difficile da tracciare nella realtà concreta**, oltre che **di ardua teorizzazione sul piano concettuale**. Quello che i giudici costituzionali sembrano dirci, allora, è che il legislatore può legittimamente intervenire con gli strumenti del diritto penale non solo per contrastare la prostituzione forzata, ma anche per scongiurare il diffondersi della prostituzione “per necessità”, e che tale obiettivo giustifica persino pesanti limitazioni – quantomeno sul piano astratto – dell'esercizio della prostituzione effettivamente “libera”.

In secondo luogo, non si può fare a meno di notare come tanto il richiamo alla vulnerabilità, quanto soprattutto quello riguardante la protezione della tutela della sicurezza della persona che si prostituisce dai possibili “rischi del mestiere” (legati soprattutto a pericoli per la sua salute e incolumità fisica) celino l'**idea che chi si prostituisce debba essere “difeso da se stesso”**, schiudendo così la strada al **paternalismo penale**.

Considerato che il tema è stato ampiamente sviscerato nella letteratura giuridica anche con specifico riguardo alla disciplina della prostituzione, probabilmente ci si sarebbe attesi dalla Consulta delle considerazioni più incisive rispetto ai **motivi per cui il libero consenso dell'individuo all'esercizio dell'attività di prostituzione non debba essere considerato rilevante**, in un ordinamento liberale, ai fini di determinare la legittimità di un intervento repressivo dell'ordinamento (rivolto, in questo caso, non nei confronti dell'individuo interessato, bensì dei terzi che cooperino con lui nello svolgimento dell'attività in questione)^[18].

11. Al netto di queste osservazioni, occorre comunque chiedersi quale rilievo debba essere attribuito all'affermazione della Corte costituzionale secondo cui “resta d'altra parte ferma, in ogni caso, l'**operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta**” rispetto alla disciplina vigente.

Tale dichiarazione potrebbe essere da un lato interpretata come una sorta di “clausola di stile”, volta semplicemente a rammentare al giudice l'esigenza di accertare l'offensività della condotta oggetto di imputazione sul piano concreto, per esempio lasciando esenti da pena quelle condotte (di reclutamento o induzione) materialmente prive di efficacia causale rispetto all'esercizio dell'attività di prostituzione nel caso di specie; dall'altro lato, però, in essa potrebbe altresì leggersi il tentativo di ricercare una **soluzione compromissoria con le istanze sollevate dal giudice a quo**, aprendo a scenari nuovi e potenzialmente dirompenti.

Considerato infatti che, come già messo in luce, la Corte costituzionale non ha chiarito quale sia lo specifico bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici in questione, il richiamo al principio di offensività in concreto potrebbe essere inteso come un lasciare **“carta bianca” al giudice** nel giungere a una propria conclusione sul punto; laddove, pertanto, il giudice ritenga

(come fatto dalla Corte d'appello di Bari) che le fattispecie delittuose in questione tutelino esclusivamente la libertà di autodeterminazione sessuale della persona e la sua dignità soggettivamente intesa, potrebbe **non escludersi** che, in un caso di **prostituzione esercitata liberamente e consapevolmente** dall'interessato, il **fatto** possa essere ritenuto in **concreto inoffensivo** e dunque non sottoponibile a sanzione penale.

Nel fare ciò, nondimeno, l'organo giudicante non potrebbe non tenere in considerazione le ragioni che la stessa Corte costituzionale ha posto a fondamento della legittimazione delle norme incriminatrici in questione: sicché, per escludere l'offensività del fatto nel caso concreto, dovrebbe opportunamente accertare che il soggetto in questione **non sia stato indotto a esercitare tale attività da (seppur vaghi) fattori di vulnerabilità**, e che parimenti la prostituzione sia stata esercitata in modo tale da **non recare offesa nemmeno ai beni della sicurezza e salute della persona** a essa dedita.

Non si nasconde che un approccio di tal genere, per quanto probabilmente più soddisfacente sul piano della tutela delle garanzie del diritto penale liberale, desta comunque profonde perplessità. Procedere per questa seconda strada potrebbe rivelarsi, invero, una scelta impervia. Fornire alla pronuncia della Consulta una lettura in questi termini, inoltre, lascerebbe **campo aperto all'insorgere di pericolosi contrasti interpretativi in giurisprudenza**, che potrebbero agevolmente creare un insostenibile clima di incertezza in ordine a tematiche tanto complesse e delicate.

[1] L'espressione è di F. Giunta, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in A. Cadoppi (a cura di) *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014, p. 306.

[2] Si veda, di recente, oltre all'Autore citato nella nota precedente: V. Bonfanti – P. Di Nicola, *I reati in materia di prostituzione*, Milano, 2015; L. Bontempi, sub *Art. 3 legge 20 febbraio 1958, n. 75*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., vol. III, Milano, 2015, p. 1985 ss.; A. Cadoppi, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in A. Cadoppi (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 282 ss.; A. Manna, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in A. Cadoppi (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 315 ss.; F. Mazzacuva, *La disciplina penale della prostituzione e i delitti collegati*, in A. Cadoppi – P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Reati contro la persona*, vol. II, tomo I, Padova, 2014, p. 141 ss.; F. Parisi, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018.

[3] Si ricorda che il giudizio di legittimità costituzionale si inserisce nell'ambito del procedimento penale – ormai salito agli onori delle cronache – a carico di Giampaolo Tarantini e altri, che ha visto la condanna in primo grado degli imputati, a titolo di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, per aver organizzato diversi incontri sessuali a pagamento tra alcune *escort* di lusso e l'ex premier Silvio Berlusconi.

[4] Cfr. in particolare A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in questa *Rivista*, 26 marzo 2018. Il testo dell'ordinanza di rimessione è sempre disponibile in questa *Rivista*, a questo [link](#).

[5] Cfr. Corte cost., sentenza 10 dicembre 1987 (dep. 18 dicembre 1987), n. 561, § 2, in tema di violenza sessuale.

[6] In questo senso deporrebbe chiaramente il progressivo “depauperamento” del Titolo IX del codice penale, dedicato ai “delitti contro la moralità pubblica e il buon costume”, in cui nell'impostazione del codice Rocco erano contenuti i reati in materia di prostituzione, oltre che i delitti contro la libertà sessuale.

[7] In questo senso, vengono citate Cass. pen., Sez. III, sentenza 8 giugno 2004 (dep. 2 settembre 2004), n. 35776; Cass. pen., SS.UU., sentenza 19 dicembre 2013 (dep. 14 aprile 2014), n. 16207; Cass. pen., Sez. III, sentenza 22 settembre 2015 (dep. 17 dicembre 2015), n. 49643. Viene poi fatto riferimento alla pronuncia della Corte eur. dir. uomo, 11 settembre 2007, ric. n. 37194/02, Tremblay c. Francia, la quale ha apertamente affermato che la prostituzione deve essere considerata incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo quando costituisca oggetto di costrizione (cfr. in particolare § 25).

[8] Cfr. in particolare Cass. civ., Sez. V, sentenza 13 maggio 2011, n. 10578.

[9] Sulla distinzione tra concezione oggettiva e soggettiva della dignità si può rimandare ad A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., p. 181 ss.

[10] In quel caso, infatti, la Corte di Giustizia si era limitata a escludere che l'esercizio dell'attività di prostituzione potesse essere considerato un comportamento abbastanza grave da legittimare restrizioni all'accesso o al soggiorno del cittadino di uno Stato membro nel territorio di uno Stato membro, laddove quest'ultimo (nella specie l'Olanda) non avesse adottato misure repressive in relazione alla commissione del medesimo comportamento da parte di un proprio cittadino.

[11] Così Cass. pen., Sez. III, sentenza 8 giugno 2004 (dep. 2 settembre 2004), n. 35776; Cass. pen., Sez. III, sentenza 9 novembre 2004 (dep. 21 gennaio 2005), n. 1716, la quale peraltro considera tali beni come addizionali e non sostitutivi rispetto a quelli della pubblica moralità e buon costume.

[12] In particolare, Cass. pen., Sez. III, sentenze 17 novembre 2017 (dep. 30 marzo 2018), n. 14593, e 19 luglio 2017 (dep. 7 febbraio 2018), n. 5768.

[13] Interessante è poi l'osservazione della Corte secondo cui “la disposizione incriminatrice non è affatto più indeterminata di quanto lo sia la generale disposizione sul concorso di persone nel reato (...). Il favoreggiamento, del resto, non è altro che una forma di concorso materiale nella prostituzione altrui (pur con la particolarità che, per le ragioni già poste in evidenza, nell'occasione è punito solo il compartecipe e non l'autore del fatto)”; cfr. in proposito §8 della sentenza in commento.

[14] In questo senso cfr. A. Bonomi, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 1/2018, p. 123 ss.

[15] Così A. De Lia, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).

[16] Il riferimento è al Protocollo di Palermo allegato alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata transnazionale del 2000, alla Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa del 2005, alla direttiva dell'Unione Europea 2011/36/UE. Per una sintetica panoramica sul punto si può rimandare ai contributi, pubblicati su *questa Rivista*, di L. Goisis, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in *questa Rivista*, 18 novembre 2016, e di M. Montanari, *L'attuazione italiana della direttiva 2011/36/UE: una nuova mini-riforma dei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta di persone*, in *questa Rivista*, 20 marzo 2014.

[17] Così ad esempio A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., p. 157.

[18] Principio fondamentale del liberalismo penale è infatti che l'unica legittima giustificazione dell'intervento punitivo dello Stato è la violazione del divieto di arrecare "danno ad altri", dovendo invece l'ordinamento astenersi dall'intervenire in relazione alla causazione del "danno a se stessi": sul punto si rimanda alla fondamentale opera di J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, vol. III, Oxford, 1986; numerose le riflessioni nella dottrina italiana: per brevità qui ci si limita a rimandare ai contributi pubblicati nelle opere A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, Milano, 2010; S. Canestrari - L. Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009; G. Fiandaca - G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008.