

ANTICIPAZIONI

ALBERTO CADOPPI

Il “bicchiere mezzo pieno” Un tentativo di lettura costruttiva delle Sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione¹

Le recenti Sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione lasciano aperto lo spiraglio dell'applicazione del criterio di (in)offensività in concreto. Il contributo mira ad individuare dei parametri per guidare il giudice all'applicazione di questo criterio. In particolare, nelle ipotesi in cui la prostituzione è libera e volontaria, non sussisterebbe offensività in concreto.

The “Glass-Half-Full”. An attempt of Constructive Reading of the Decisions of the Constitutional Court Regarding Aiding of Prostitution.

The recent decisions of the Italian Constitutional Court on aiding prostitution empower judges to acquit in cases where there is no violation of the legal interest. This article aims to find guidelines for the employment of this criterion. In particular, there shouldn't be violation of the legal interest in cases of free and voluntary prostitution

SOMMARIO: 1. Laicità, prostituzione e diritto penale. – 2. Le sentenze della Corte costituzionale in tema di prostituzione e le aperture al legislatore e al giudice. – 3. La strada aperta ad una legislazione “regolamentarista”. – 4. Le Sentenze della Corte e gli interessi protetti in materia. – 5. Vulnerabilità e libertà. – 6. La sicurezza. – 7. La dignità oggettiva. – 8. Conclusioni.

1. *Laicità, prostituzione e diritto penale.* – Quello della laicità non è solo un “carattere” del diritto penale, ma giustamente viene considerato un vero e proprio principio di rilevanza costituzionale².

Uno dei terreni di scontro fra laici e non-laici, liberal e non-liberal, è da sempre quello della prostituzione (ovviamente mi riferisco ai casi in cui non vi sia né abuso né sopraffazione, e dunque ai casi di prostituzione c.d. “libera e volontaria”). Tendenzialmente, il laico, che sostanzialmente coincide col *liberal*, vorrebbe un approccio “regolamentarista” alla prostituzione. La ritiene, in quanto tale, un paradigmatico *victimless crime*, e dunque un'ipotesi in cui manca un danno. *L'harm principle* – il cui campione, sulle orme di J. S. Mill, è stato sicuramente Joel Feinberg – non giustificherebbe la repressione penale della prostituzione o di condotte ad essa parallele. Simili ipotesi troverebbero giustificazione tutt'al più nel *paternalismo penale*, che in questo caso, fra l'altro, si risolverebbe in un *paternalismo morale (moral paternalism)*. E se per il *liberal* il solo paternalismo non è mai una buona ragione per punire

¹ Questo lavoro è stato destinato al *Liber amicorum* in onore del prof. Adelmo Manna, in corso di pubblicazione. Viene qui riproposto con alcune lievi modifiche.

² MANNA, *Corso di diritto penale*, PG, IV ed., Milano, 2017, 85 ss.

penalmente, lo è ancora meno il *paternalismo morale*. Quest'ultimo lede sicuramente lo stesso *principio di laicità*, che non va inteso solo come distanza dal confessionarismo, ma anche come rispetto degli stili di vita non confacenti con la morale apprezzata dai più o con la stessa "morale ufficiale" dello Stato.

2. *Le sentenze della Corte costituzionale in tema di prostituzione e le aperture al legislatore e al giudice.* – In questo breve contributo darò per scontato il dibattito degli ultimi anni sul tema del favoreggiamento della prostituzione e della sua incostituzionalità, che anch'io in vari contributi ho sostenuto a spada tratta³.

Partirò direttamente dalla Sentenza della Corte Costituzionale n. 141 del 2019 (con ciò implicitamente considererò anche la successiva Sentenza n. 278 del 2019, che non fa altro che ribadire quanto esplicitato dalla pronuncia precedente, su altra questione sollevata dal Tribunale di Reggio Emilia).

Come ben sappiamo, la Corte si è pronunciata sulla questione di costituzionalità del favoreggiamento e del reclutamento della prostituzione sollevata dalla Corte d'Appello di Bari. La Consulta ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità.

Non è il caso di analizzare in dettaglio, in questa sede, la Sentenza della Corte, e a tal fine rinvio ad un mio più articolato commento già uscito su rivista⁴.

³ Fra gli altri lavori, ricordo: *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, a cura di Cadoppi, Roma, 2014, 281 ss.; Id., *Liberalismo e prostituzione*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di Mantovani, Curi, Tordini Cagli, Torre, Caianiello, Bologna, 2016, 3 ss.; Id., *Moralismo penale e prostituzione*, in *Represión penal y estado de derecho*. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares, Madrid, 787 ss.; Id., *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in www.penalecontemporaneo.it; Id., *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in *questa Rivista*, n. 1, 2019. Nel vasto panorama bibliografico, per la tesi dell'incostituzionalità, menziono per tutti MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, a cura di Cadoppi, Roma, 2014, 315 ss., nonché PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018, *passim*.

⁴ A tal fine rinvio ad un mio più articolato commento già uscito su rivista: *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione: verso una legittimazione del moralismo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2019, 1653 ss. Fra i vari commenti critici alle sentenze della Corte segnalo PADOVANI, *Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all'esame di costituzionalità*, in *GenIUS*, 2019, 2, 1 ss.; PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della Legge Merlin? Sulla Sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in *Leg. pen.*, 2019, 1-50; BACCO, *La disciplina penale della prostituzione al doppio vaglio della Consulta, tra giudizi di fatto, moralismo penale e ragionevolezza giudiziale*, in www.sistemapenale.it, 2020, 5-24. Concordo quasi *in toto* con quanto questi autori sostengono nei loro commenti. Per un raffronto fra il caso Cappato e il caso Tarantini, rinvio a MANNA, GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costitu-*

In tale sede, ho mostrato la mia delusione per una Sentenza che – seppur finemente articolata – pare accedere di fatto ad una concezione paternalistico-moralistica del *ius criminale* e a relegare in secondo piano sia il principio di laicità che quello di offensività.

Piuttosto, nelle poche pagine concessemi, cercherò di analizzare un aspetto interessante – forse l’aspetto più interessante – della Sentenza. Mi riferisco in particolare alla parte conclusiva della stessa, dove l’estensore afferma: “*Quanto precede non significa, peraltro – come appare evidente – che l’incriminazione delle “condotte parallele” alla prostituzione rappresenti una soluzione costituzionalmente imposta e che il legislatore non possa, nella sua discrezionalità, decidere di fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno della prostituzione con una strategia diversa. Quella in esame rientra, semplicemente, nel ventaglio delle possibili opzioni di politica criminale, non contrastanti con la Costituzione.*

In rapporto alla disciplina vigente, resta d’altra parte ferma, in ogni caso, l’operatività del principio di offensività nella sua proiezione concreta e, dunque, 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”.

Queste ultime due conclusioni non erano per nulla scontate a seguito delle precedenti considerazioni della Corte, che – per la loro perentorietà – sembravano quasi preludere ad un atteggiamento meno aperto rispetto a possibili interventi del legislatore di tipo “regolamentarista”, o a temperamenti giurisprudenziali dell’asperità delle norme, attuabili attraverso letture interpretative “offensivizzanti”.

In sostanza, la Sentenza la si può leggere secondo l’ottica del “bicchiere mezzo vuoto”, nei passaggi in cui rinviene una legittimazione costituzionale delle norme sospettate; ma anche secondo la prospettiva più ottimistica del “bicchiere mezzo pieno”, laddove, nella parte conclusiva, lancia due importanti messaggi sia al legislatore che al giudice, aprendo interessantissimi spiragli per il futuro.

3. *La strada aperta ad una legislazione “regolamentarista”.* – Il primo punto riguarda la possibilità che rimane aperta al legislatore di modificare la legge Merlin, utilizzando una “strategia diversa” per “fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno” prostituzione.

zionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini, in www.parolealladifesa.it (a commento delle ordinanze di rimessione di Milano e di Bari).

La Corte si mostra molto rispettosa della discrezionalità del legislatore, che dunque non ha affatto le mani legate dalle statuizioni della Sentenza a favore della costituzionalità delle norme considerate.

Su questo punto occorre solo fare i conti con alcune osservazioni della Corte relative alla “dignità oggettiva”, che secondo l’estensore sarebbe tutelata dalle norme in materia. In particolare, sul tema così si esprime la Sentenza: “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”. Il legislatore potrebbe dunque intervenire con una legislazione più *liberal*, magari sulla falsariga di normative regolamentariste come quelle in vigore in Germania, Austria e Svizzera, ma pur sempre rispettando il “comune sentimento sociale”. Se nel comune sentimento sociale - sembra di capire - il legislatore riscontrasse una opinione dell’attività di prostituzione come contrastante con la “dignità oggettiva” perché irrimediabilmente degradante per chi la pratica, allora probabilmente non potrebbe optare per soluzioni più *liberal*. Sul punto ci sarebbe molto da dire, anche perché la Sentenza sembrerebbe richiamare la teoria delle *Kulturnormen* - che proprio chi scrive ha in varie occasioni sostenuto - ma per finalità repressive. Ossia, sembrerebbe derivare dalle “norme di cultura” una sorta di *obbligo di tutela penale*. Nei vari miei scritti in cui - sulle orme di Max Ernst Meyer - ho sostenuto questa tesi⁵, ho sempre chiarito che le norme di cultura sono fondamentali per il legislatore, ma non per imporgli la repressione penale in caso di “norme di cultura” punitive; al contrario, per vietargli di criminalizzare condotte che dalle *Kulturnormen* sono reputate indegne di sanzione penale (funzione *negativa* delle *Kulturnormen* nella legittimazione della criminalizzazione).

Da questo punto di vista, il messaggio della Corte potrebbe apparire piuttosto inquietante, laddove sembrerebbe voler far dipendere la decisione del legislatore dai sentimenti di “riluttanza morale” nei confronti della prostituzione⁶.

Ma si può forse cercare di dare una lettura meno fosca alle parole della Corte. Si può ritenere che la Corte abbia in sostanza “fotografato” il sistema attuale, e abbia rilevato che il legislatore, nel predisporre le norme della legge Merlin, abbia individuato nella considerazione sociale dell’attività prostitutiva un qualcosa di inevitabilmente degradante, il che si tradurrebbe nella violazione della “dignità oggettiva” della persona che si prostituisce. Benché anche que-

⁵ Richiamo *in primis* *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, 2 voll., *passim*.

⁶ Alcuni interessanti spunti sul tema in BACCO, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., 13 ss.

sta lettura si presti a utilizzi impropri, si potrebbe dire che da quando, nel 1958, la legge Merlin è stata introdotta, molte cose sono cambiate. E ben può essere che la considerazione sociale dell'attività prostitutiva, passati oltre sessant'anni da allora, sia mutata, essendo profondamente mutata anche la società, e le opinioni della gente comune su varie forme di "trasgressioni sessuali". Sul punto, in ogni caso, va fatta un'importante precisazione. Come già più volte ho rilevato, sulla scorta del più recente pensiero criminologico, oggi non si può parlare di "prostituzione" come se si trattasse di un fenomeno unitario. Vi sono molte "prostituzioni" diverse fra loro, e si va dalla prostituzione delle immigrate schiave del sesso che si prostituiscono per strada, vittime di continue minacce, violenze e vessazioni; e, attraverso vari fenomeni intermedi, si arriva alle *escort* "di lusso" che scelgono questo mestiere per arricchirsi, e magari per cambiar vita una volta ottenuto lo scopo; persone queste che si dedicano alla prostituzione "per scelta", e senza costrizioni o abusi di sorta da parte di terzi. In ogni caso, una distinzione fondamentale - a parte il fenomeno delle "escort - va fatta, ed è quella probabilmente più rilevante: fra chi si prostituisce volontariamente e per scelta, e esercita la prostituzione come attività "lavorativa" autonoma, e chi invece lo fa perché costretta e sfruttata, e lavora sostanzialmente alle dipendenze di altri.

Ebbene, le stesse "norme di cultura", oggi, guardano presumibilmente alle prostitute per scelta e autonome, e alla loro attività, con minore "ripulsione". Più difficilmente si può dire, rispetto a queste persone, che violino una "dignità oggettiva" del tipo di quella individuata dalla Corte.

Resta il fatto che, a mio giudizio, in materia penale - e in ciò sono confortato da autorevolissime opinioni⁷ - non si può utilizzare questo concetto di "dignità oggettiva", legato, come abbiamo visto, a pericolosi sentimenti popolari, per farlo assurgere al rango di bene giuridico. E, da questo punto di vista, credo che il legislatore debba ritenersi svincolato dal "farsi interprete" di simili "sentimenti sociali".

Detto questo, è chiaro che proprio la legge potrebbe - se ben costruita - avere l'effetto di far uscire l'attività del meretricio da quell'alone di "degrado" che parrebbe portarsi dietro. Una regolamentazione ben fatta dell'esercizio della prostituzione, volta a proteggere adeguatamente le vittime dello sfruttamento, e a riconoscere come legale solo la prostituzione di persone libere e autonome, avrebbe come effetto quasi automatico di dar "dignità" alla prostituzione legale, quella svolta nel rispetto delle regole approvate.

⁷ Potrei citare Fiandaca, Hassemer, e Adelmo Manna, fra i tanti; e su questo terreno specifico vari miei lavori, oltre ai citati contributi di Padovani, Parisi e Bacco.

Si auspica dunque che ciò avvenga, anche al fine di riconoscere “libertà” costituzionalmente garantite (come la libertà sessuale) a persone a cui oggi vengono negate; e al fine di dar maggiore “sicurezza” a quelle stesse persone nell’esercizio della loro legittima attività.

4. *Le Sentenze della Corte e gli interessi protetti in materia.* – Non a caso ho richiamato, oltre al concetto di *dignità oggettiva*, i diritti della *libertà* e della *sicurezza* delle persone.

In effetti, una lettura attenta della Sentenza della Corte porta a riconoscere proprio in questi tre poli gli obiettivi della tutela apprestata – a giudizio della Consulta – in materia di prostituzione attraverso la legge del 1958.

Invero, un passaggio della pronuncia appare sul punto fondamentale. L’estensore sposta il baricentro dell’attività prostitutiva dalla libertà sessuale (che viene in qualche modo messa in secondo piano) alla finalità di lucro che la connota: “*in base all’art. 41, secondo comma, Cost. la libertà di iniziativa economica è tutelata a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti: essa non può, infatti, svolgersi ‘in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana’.*”

A giudizio della Corte, le norme che reprimono le condotte parallele alla prostituzione perseguono “*obiettivi che involgono i valori ora indicati. Tali obiettivi si identificano segnatamente, anche alla luce delle ricordate indicazioni dei lavori preparatori della legge n. 75 del 1958, nella tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana’.*”

La Corte indica chiaramente questi obiettivi quando vuole confutare l’illegittimità costituzionale del favoreggiamento e del reclutamento sotto il profilo della lesione della libertà di autodeterminazione sessuale, e sotto il profilo della violazione dell’art. 41, comma secondo, Cost. (libertà di iniziativa economica), su cui pure si incentrava l’ordinanza barese.

Tuttavia, nel momento in cui la Corte più direttamente affronta il problema dell’[in]offensività dei reati stessi, sembra quasi voler glissare sulla tematica. Riferisce degli sviluppi della giurisprudenza di legittimità, che col passare del tempo è transitata dalla prospettiva della tutela della moralità pubblica e del buon costume a quella della libertà di autodeterminazione sessuale; e anche delle recentissime sentenze della Cassazione che sono ricorse al c.d. “*asso pigliatutto*” della “*dignità oggettiva*”, per “*ri pescare*” l’offensività ormai perduta nelle fattispecie in esame.

La Corte prende atto delle critiche sollevate dalla dottrina penalistica sul ri-

corso a questa “dignità oggettiva” come bene giuridico, che maschererebbe sotto mentite spoglie una repressione penale dell’immoralità, attraverso l’impiego di un inaccettabile paternalismo morale. Tuttavia non si sofferma su questo aspetto, e passa a concludere – si potrebbe dire sbrigativamente – nel modo seguente: “*Al riguardo, è peraltro 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, nei termini già illustrati*”. In sostanza, anche sotto al profilo della offensività, tornano in gioco quei diritti fondamentali di libertà, sicurezza e dignità oggettiva già discussi precedentemente nella pronuncia.

Ora, l’inquadramento dato dalla Corte al tema dell’offensività pare di grande importanza, nel momento in cui si voglia – guardando al “bicchiere mezzo pieno” – cercare di dar attuazione alle prospettive di applicazione del parametro dell’[in]offensività in concreto da parte dei giudici. E’ chiaro infatti che, a questo fine, se si vuole rimanere nel solco della prospettiva della Corte, occorre cercare di chiarire bene i parametri da essa individuati relativamente al tema “offensività”. Solo attraverso questo procedimento, possiamo, *a contrario*, cercare di individuare categorie di ipotesi che la stessa Corte potrebbe (pur non essendo suo compito farlo) ritenere inoffensive in concreto.

5. Vulnerabilità e libertà. – Vediamo dunque di analizzare – pur brevemente – i punti di riferimento su cui la Corte ha imperniato le prospettive di tutela da parte delle norme da essa considerate.

Il primo profilo è quello della *vulnerabilità*⁸. Si parla infatti di diritti di soggetti vulnerabili. Per la Corte – nell’ambito dell’attività prostitutiva – la vulnerabilità sarebbe sostanzialmente *in re ipsa*, nel senso che pressoché tutte le persone che si dedicano a questo “mestiere” sarebbero in qualche modo “vulnerabili”. In realtà, il profilo della vulnerabilità è strettamente legato, per non dire inscindibile, per la Consulta, con quello della *libertà* delle persone che si prostituiscono. Scrive infatti 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*

⁸ Sul tema si vedano le considerazioni di BACCO, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., 16 ss.; nonché di PARISI, *Il bene della dignità umana*, cit., 38 ss., che giustamente critica il ricorso della Corte a un concetto di “vulnerabilità oggettiva”.

limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. 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: in queste particolari condizioni, a ben vedere, si sostanzierebbe la stessa "vulnerabilità" dei soggetti che si prostituiscono.

E a chi obietasse (come la Corte barese e quella reggiana) che esistono comunque casi di prostituzione davvero libera e volontaria, la Corte replica: "*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*".

In sostanza, la Corte trova praticamente impossibile che una persona si prostituisca per scelta, e comunque ritiene che una tale libertà (o il suo contrario) sia difficilmente cristallizzabile in una norma, e difficilmente accertabile in giudizio.

Qui, però, occorre precisare che questa "difficoltà" non si trasforma - neppure per la Corte - in "impossibilità". Se infatti così fosse, la Corte non darebbe spazio al potere-dovere del giudice di assolvere in casi di inoffensività in concreto. Se l'offensività *in astratto* si collega alla tutela della vulnerabilità in quanto mancanza di vera libertà, allora *in concreto* questa offensività potrebbe rivelarsi carente, e ciò dovrebbe condurre il giudice ad assolvere.

Dunque, potremmo cominciare a trovare un primo nucleo di ipotesi di "inoffensività in concreto" in quei casi - magari anche rari - relativamente ai quali il giudice rilevi chiaramente che la persona ha scelto volontariamente di dedicarsi alla prostituzione (non necessariamente in modo continuo o professionale), e dunque accerti che, in concreto, la libertà di quella persona non è stata messa a repentaglio. In questi casi, se si trattasse di scelta davvero libera, non vi sarebbe neppure "vulnerabilità".

Se pensiamo al caso da cui è scaturita l'Ordinanza barese, ci troviamo chiaramente in una situazione di quel genere: lo stesso giudice di primo grado (che pure aveva condannato) aveva "certificato" in sentenza che le persone che si erano prostitute, in quel caso, lo avevano fatto liberamente, e per scelta indiscutibilmente volontaria.

Che poi la scelta derivi da una serie di fattori ambientali, psicologici, o magari biologici è sicuramente vero, ma ciò vale per ogni scelta umana. Il giudice

non dovrà quindi trasformarsi in uno psicoanalista, ma semplicemente accertare che l'attività non sia stata determinata da abusi o pressioni o minacce da parte di terzi, o da situazioni di indigenza o di pressante bisogno: in proposito, formule quali quella dell'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-*bis* c.p. potrebbero venire in soccorso al giudice per orientarsi in questo accertamento.

6. *La sicurezza.* - Il secondo parametro che la Corte prende a riferimento in tema di offesa è la "sicurezza" della persona.

Anche in questo caso, è possibile derivarne delle conseguenze relativamente alla individuazione di gruppi di casi di inoffensività in concreto. Sicuramente saranno offensive quelle ipotesi in cui il favoreggiamento (o il reclutamento) vanno a compromettere o a mettere a rischio la sicurezza della persona che si prostituisce. In realtà i casi tipici in cui una condotta "parallela" alla prostituzione mette in pericolo o lede la sicurezza della persona coincidono normalmente con i casi di costrizione, laddove la prostituta è sicuramente una vittima, e il più delle volte la sua stessa incolumità, o la sua salute vengono messe a rischio sia per le condotte violente degli sfruttatori, sia per le possibili condotte violente o pericolose di "clienti" non certo "selezionati". Nei casi di favoreggiamento semplice (non aggravato) è più difficile che la condotta del terzo metta a repentaglio la sicurezza della persona che si prostituisce, se non, tutt'al più, nelle ipotesi in cui in qualche modo la prostituta viene "spinta" dal favoreggiatore a operare in contesti di per sé pericolosi.

La realtà è che il parametro della sicurezza - su cui punta la Corte - non è il più delle volte calzante. Anzi, è proprio il diniego di qualsiasi possibilità per la prostituta di servirsi di terze persone a sua protezione che può portare a conseguenze nefaste sul piano della sicurezza. Lo dimostra molto efficacemente la Sentenza *Bedford* della Supreme Court del Canada⁹, che pochi anni fa dichiarò incostituzionali varie fattispecie di reato molto simili alle nostre, proprio sulla base del rilievo che negare alle prostitute la possibilità di ricorrere a terze persone a tutela della loro attività, e incriminare tutte le condotte parallele, significava abbandonare a sé stesse le *sex workers*, ed anzi costringerle sostanzialmente alla clandestinità, favorendo la loro contiguità al mondo criminale, e creando rischi alla loro salute per la assoluta mancanza di controlli sulla loro clientela.

Utilizzando il parametro della sicurezza, dunque, probabilmente molte ipote-

⁹ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, del 20 dicembre 2013.

si di favoreggiamento (e reati simili) potrebbero condurre il giudice ad applicare l'inoffensività in concreto. Sicuramente – tornando al caso di cui alla Ordinanza barese – in quelle ipotesi la sicurezza delle escort non fu né compromessa né messa a repentaglio. Ma si pensi ancora, volendo esemplificare, ai casi di locazione di appartamenti a prostitute. In questi casi, il locatore favorisce indubbiamente l'attività prostitutiva, ma la sicurezza della persona che esercita tale attività ne riceve sicuramente un giovamento. Se infatti la prostituta non trovasse appartamenti in affitto – a causa della paura dei locatori di incorrere nella commissione di un reato quale il favoreggiamento – sarebbe costretta ad esercitare la sua attività per strada, con rischi ben maggiori per la sua sicurezza.

7. *La dignità oggettiva.* – Resta l'ultimo parametro, quello più complicato, ovvero quello della “dignità”, che dalla Corte, relativamente all'art. 41 secondo comma Cost., viene letta in termini di *dignità oggettiva*.

In realtà, la dignità di cui all'art. 41 è una cosa, e tutt'altra cosa è considerare la dignità come possibile bene giuridico. E qui, sul piano dell'offensività, stiamo proprio parlando della *dignità come bene giuridico*. Sul punto, va detto che la più autorevole dottrina penalistica si è chiaramente schierata contro l'impiego di questo topos – pur suadente e all'apparenza invincibile – atto a giustificare qualsiasi ipotesi criminosa, ma capace di nascondere repressioni della mera immoralità, o di altre devianze espressioni, in realtà, di diritti di libertà dei cittadini. In questo caso, in particolare, siamo di fronte a scelte di vita (o stili di vita) che magari ai più non piacciono; la Corte ha parlato addirittura di una “*naturale riluttanza verso una 'scelta di vita' quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede*”. Si tratta di un vocabolario spesso usato, anche in passato, dagli alfieri della repressione penale della mera immoralità. Vi sono notevoli assonanze, ad esempio, con le parole spese da un “bacchettono” come Lord Devlin, negli anni 60 del Novecento, per giustificare la punizione dell'omosessualità. Allora, il grande filosofo del diritto H.L.A. Hart si era opposto fieramente a questo “paternalismo morale”, e forse varrebbe la pena oggi di rileggersi attentamente le pagine di quel fecondo dibattito, una specie di ABC del pensiero penale *liberal*.

Comunque sia, una cosa è certa. La Corte dapprima indica la dignità oggettiva come uno degli oggetti della protezione delle norme in materia. Poi, pur sbrigativamente, richiama quel “diritto fondamentale” nel momento in cui parla dell'offensività, e dunque, del bene giuridico protetto. E precisa che tali diritti vanno protetti anche nei confronti delle persone che esercitano la prostitu-

zione per scelta. Infine - lo ribadiamo volutamente - dà espressamente spazio al *“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”*.

Dunque, se non vogliamo ritenere che il Giudice delle Leggi si sia addirittura contraddetto nell’ambito di una Sentenza su temi così importanti, dobbiamo capire come sia possibile indicare dapprima come oggetto della tutela la dignità oggettiva, e poi lasciare questa via d’uscita, addirittura “doverosa” se del caso, al giudice. Invero, se l’oggetto della tutela (a questo punto, quello principale) fosse veramente la dignità oggettiva, ebbene, non sarebbe possibile rinvenire ipotesi di favoreggiamento della prostituzione in cui una tale dignità non sia lesa o messa in pericolo. Infatti, leggendo la Sentenza, pare di capire che ogni tipologia di attività prostitutiva (persino quella “per scelta”) venga ritenuta dalla Corte contraria alla dignità oggettiva, per la natura irrimediabilmente degradante di una tale attività. Se così fosse non vi sarebbe spazio alcuno per un’applicazione del principio di offensività in concreto, con correlativa esclusione della configurabilità del reato nei casi di ipotesi prive di ogni potenzialità lesiva; insomma, non sarebbero per nulla ravvisabili ipotesi *“prive di ogni potenzialità lesiva”*. Allora, se non vogliamo che questa esortazione finale della Consulta si risolva in una mera “clausola di stile” destinata a cadere nel nulla, dobbiamo ritenere che almeno in certi casi, magari infrequenti, l’attività prostitutiva non debba considerarsi contrastante con la dignità oggettiva così come concepita dalla Corte.

Se è così, le uniche “prostituzioni” in cui questo “degrado” pare assottigliarsi fino a spegnersi, se vogliamo dare un qualche pur minimo spazio d’azione alla libertà di autodeterminazione delle persone, sono ancora una volta quelle in cui la persona stessa ha scelto liberamente di svolgere questa attività. Invero, in queste ipotesi, anche guardando all’attività prostitutiva “dall’esterno”, è difficile percepire una lesione di quella dignità oggettiva di cui pur parla la Corte, che del resto la Corte stessa ricollega ad una “vulnerabilità”, che in questi pur sporadici casi non è ravvisabile in concreto. E che ipotesi di prostituzione per libera scelta siano possibili lo ammette la stessa Corte, quando afferma (mi scuso per la citazione reiterata) che *“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”*. Ebbene, que-

sta affermazione della Corte, e questo utilizzo dell'aggettivo "inconfutabile", appare molto criticabile, anche perché per arrivare ad una affermazione del genere occorrerebbero studi socio-psicologici empirici molto difficoltosi ma di maggiore affidabilità scientifica, e la pur inconfutabile "saggezza" dei componenti della Corte Costituzionale non è da sola capace di rendere scientificamente affidabili quei "dati", dati in Sentenza quasi per scontati¹⁰. Ma in ogni caso, anche a voler prendere "per oro colato" le parole della Corte, va sottolineato che essa stessa riconosce che solo "*nella larghissima maggioranza dei casi*" la scelta di prostituirsi sarebbe in qualche modo condizionata da fattori che ne minerebbero la reale volontarietà. Dunque, se il giudice di merito, di fronte al singolo caso concreto, ritenesse di trovarsi al cospetto di una di quelle pur rare ipotesi in cui la persona che si è prostituita lo ha fatto in base ad una scelta volontaria, "potrebbe e dovrebbe" al medesimo tempo non veder violata la "dignità oggettiva" di quella persona, e di conseguenza escludere la configurabilità del reato.

Per concludere, cercando di restare nei binari delle linee portanti del discorso della Corte, i casi in cui il giudice dovrebbe dare applicazione al principio di offensività del reato, assolvendo per mancanza di potenzialità lesiva del fatto, sarebbero quelli in cui la persona che si prostituisce lo fa in base ad una libera scelta, non mettendo a repentaglio la sua sicurezza, e neppure compromettendo la propria dignità oggettiva.

In questi casi - come scrive la Corte - il giudice avrebbe non solo il potere, ma anche il dovere, di assolvere, almeno di fronte all'imputazione di reati già piuttosto innocui *ex se* come il mero favoreggiamento.

8. *Conclusioni.* - Quanto ho detto finora presuppone che un giudice "comune" voglia attenersi *in toto* ai dettami della Corte, ma sappiamo che in realtà il compito di interpretare le leggi spetta proprio ai giudici "comuni", e non alla Consulta.

Per questo motivo, in realtà, gli spazi di azione del giudice - nell'applicare il principio di offensività in concreto - sono ben più ampi. Il singolo giudice può aderire, ad esempio, all'orientamento che ancor oggi pare dominante in giurisprudenza, ovvero ritenere che il bene giuridico in materia sia la libertà di

¹⁰ Sul punto si vedano le osservazioni di BACCO, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., 11 ss.; si veda anche LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole. Interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1676.

autodeterminazione sessuale della persona che si prostituisce¹¹.

In questo caso, più semplicemente, non condannerà per favoreggiamento (o reclutamento) nei casi in cui tale libertà di autodeterminazione non risulti violata nel caso concreto.

In fin dei conti, tuttavia, si torna sempre al solito punto. La prostituzione “per scelta”, volontaria e autonoma, non dovrebbe essere oggetto di repressione penale, neppure indiretta, attraverso il divieto delle c.d. “condotte parallele”, beninteso, quelle che non vanno a comprimere tali libertà. In fondo, vi sarà pure qualche motivo per cui la Corte di Giustizia, nel caso *Jany e altri* del 2001, ha ritenuto del tutto lecita l’attività di prostituzione se svolta in maniera autonoma¹².

E allora, piuttosto che cercare di ricorrere al “jolly” della “dignità oggettiva”, che ammantata di un’aura “dignitosa” atteggiamenti moralistici se non autoritari, è meglio tornare al bene giuridico, ben consolidato in materia penale, della *libertà sessuale*, e in questi termini pensare a riforme legislative della materia, e ad applicazioni in via giudiziale del principio di offensività in concreto.

¹¹ Per una approfondita ricognizione dell’evoluzione giurisprudenziale dell’inquadramento della tutela relativamente al reato di favoreggiamento della prostituzione rinvio soprattutto al mio *Dignità, prostituzione e diritto penale, passim*. Sulle interpretazioni giurisprudenziali in materia è molto utile anche l’indagine di GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *Prostituzione e diritto penale*, cit., 302 ss.

Sul tema occorrerebbe approfondire. Ad esempio, la giurisprudenza ha distinto, in tema di favoreggiamento, fra favoreggiamento della prostituta (non punibile) e della prostituzione (punibile). Ma, a parte il fatto che questa distinzione porta a risultati contraddittori e nebulosi nella prassi, va detto che non è certo in questo modo che si può dare rilievo al principio di offensività in concreto. Questa distinzione nasce in realtà dal rispetto delle parole della legge e della tipicità della fattispecie, e non ha nulla a che fare con la offensività in concreto che presuppone la commissione di un fatto inoffensivo ma conforme al tipo.

Neppure potrebbe risultare utile, al fine di distinguere le ipotesi offensive da quelle inoffensive, utilizzare il parametro della causalità del favoreggiamento rispetto all’attività prostitutiva: sul punto si vedano le considerazioni di MAZZACUVA, *Favoreggiamento e induzione alla prostituzione: limiti e contraddizioni dei paradigmi causali*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2018, 1328 ss.

¹² Sulla pronuncia, da ultimo, PADOVANI, *op. cit.*, 6-7, che relativamente alla Sentenza della Corte costituzionale italiana, rileva che ha perso una buona occasione per sancire “in termini incontrovertibili l’esigenza di escludere dal favoreggiamento tutte le ipotesi che, rivolgendosi ad un libero esercizio della prostituzione (se si trattasse di una prostituzione soggetta a sfruttamento, il favoreggiamento riguarderebbe in realtà prima di tutto questo delitto), non possa rapportarsi in alcun modo ad un pericolo di sfruttamento” (10).