

## Osservazioni eterodosse sulla “situazione normativa” sottesa al caso giudiziario concernente le escort di un ex Presidente del Consiglio

Daniela Bifulco \*

UNORTHODOX REMARKS ON THE “NORMATIVE SITUATION” UNDERLYING THE JUDICIAL CASE OF A FORMER PRIME MINISTER

ABSTRACT: This work aims at describing the normative background underlying the issue of constitutionality of the statute n. 58/1958, art. 3, which foresees some behaviours, such as recruitment and aiding and abetting of prostitution, as a crime. The first part will be devoted to an exploration of the divergent perspectives of the Italian constitutional court decision (n. 141/2019) and the Bari Court of Appeal on self-determination and the so called “harm principle”, requiring an offense to have been committed against a given legal asset. The article then critically inquires the decision made by the Bari Court and, consequently, by the constitutional Court, of restricting the flaw of facts that have been considered relevant in the legal reasoning. On this basis, the article addresses the issue of which other constitutional values could have been taken into account in the occasion of the “incidental” constitutional review here discussed.

KEYWORDS: harm principle; voluntary prostitution; dignity; duty of constitutional loyalty; constitutional review

SOMMARIO: 1. Dignità... di chi? – 2. Il principio di offensività e l’idea di sviluppo della persona umana- 3. Un incidente di costituzionalità che avrebbe potuto non essere sollevato o esser, sì, sollevato, ma sulla base di una più intensa congruenza tra fatto/situazione normativa e diritto- 4. I beni costituzionali violati nel caso di specie. Per una rilettura del principio di offensività alla luce di questo caso e di questa “situazione normativa”.

### 1. Dignità... di chi?

L’oggetto del sindacato della Corte costituzionale è stato qualificato, da un’autorevole dottrina, nei termini di «situazione normativa». Con tale espressione, si è inteso indicare quel «complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni e idonei a variamente comporre la “questione” e a confluire nel giudizio di costituzionalità. Ogni norma, insomma, se si vuol seguitare a dire così [...], costituisce sempre l’esito finale di un processo i cui sviluppi e il cui complessivo orientamento sono determinati, oltre che da elementi risultanti dalla disposizione

\* Professoressa di Diritto pubblico comparato; Università degli studi della Campania “Luigi Vanvitelli”. Mail: [danielabifulco19@gmail.com](mailto:danielabifulco19@gmail.com). Nel presente scritto si è rielaborato un intervento svolto in occasione del seminario “Libertà sessuale e prostituzione in una recente sentenza della Corte costituzionale”, organizzato dai Professori Michela Manetti e Massimo Siclari presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università di Roma Tre nell’ottobre 2019. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

specificamente portata al giudizio della Corte, anche dalla considerazione dei *dati positivi circostanti, nonché – e particolarmente – dai “fatti”, nella loro obiettiva consistenza e capacità di significazione»<sup>1</sup>.*

Alla luce di tale suggestione, vorremmo qui proporre alcune riflessioni relative a un singolo aspetto che emerge dalla questione di legittimità costituzionale (d’ora in poi: QLC<sup>2</sup>) sottoposta alla Corte costituzionale con l’ordinanza del 6 febbraio 2018 della terza sezione della Corte d’appello di Bari, con cui quest’ultima ha censurato la configurazione in termini di illecito penale del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione, nel caso in cui la prostituzione sia liberamente e volontariamente esercitata.

Dell’intera questione, e dei tanti aspetti d’indubbio interesse legati alla pronuncia della Corte costituzionale n. 141/2019, si isoleranno le considerazioni relative al principio di offensività sviluppate dal giudice *a quo* e, in seguito, dal giudice delle leggi. Più precisamente, il tentativo perseguito in questa sede mira ad approfondire il giudizio sulla *concreta* offensività della norma penale impugnata. Ciò vorrà dire orientare la lettura del principio in base al quale non può esservi reato senza offesa a un bene giuridico (il principio di offensività, appunto) verso una *considerazione dei fatti rilevanti per il diritto e verso una considerazione della «situazione normativa»* ancor più accentuata di quanto non emerga dall’ordinanza della Corte di Bari e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 2019. Accentuare il rilievo della situazione normativa significherà guardare criticamente alla selezione dei fatti operata dalla Corte barese (selezione che non poteva, ovviamente, non condizionare l’impianto del “ritenuto in fatto” della sentenza del giudice delle leggi) nel contesto di un processo (a carico di Tarantini e altri) e di un’ordinanza di remissione (n.71 del 6 febbraio 2018), il cui maggior profilo d’interesse era - ad avviso di chi scrive- non già la dignità delle escort, della loro libertà di autodeterminarsi nell’utilizzo del proprio corpo, bensì, al limite, la dignità delle pubbliche istituzioni. Enfatizzando tale prospettiva, potremmo dire che, in tale sede, si terrà in conto il profilo della dignità di un altro corpo e di un altro «spirito», quello delle pubbliche istituzioni.

## 2. Il principio di offensività e l’idea di sviluppo della persona umana

Per iniziare ad approfondire il nostro breve commento alla situazione normativa cui si è fatto poc’anzi riferimento, occorre partire dal concetto di offensività, spiegando le diverse prospettive adottate, a tal proposito, dalle due corti. L’ordinanza di remissione trae origine da un caso in cui favoreggiamento e reclutamento hanno riguardato le cd. escort; in una recente riflessione sui temi di cui qui si discute, le escort vengono definite come persone che «non devono e non possono assolutamente essere considerate vittime, e che esercitano per libera scelta, magari anche solo occasionalmente, un lavoro, probabilmente immorale, ma che non reca danno a nessuno e men che meno a loro stesse»<sup>3</sup>. Il

<sup>1</sup> Così, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 102-103, corsivi nostri.

<sup>2</sup> La questione di legittimità costituzionale ha riguardato l’art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8), della legge 20 febbraio 1958, n. 75 (*Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*), «nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata».

<sup>3</sup> A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2018, 158.

favoreggiatore può essere considerato come colui che «dà fundamentalmente una mano alle escort per trovare il cliente o più in generale per agevolarne l'attività»<sup>4</sup>. Una siffatta condotta sarebbe dunque inoffensiva. Da ciò conseguirebbe la violazione, ad opera della normativa impugnata, del principio di offensività, secondo cui ogni incriminazione deve fondarsi su un fatto offensivo del bene tutelato: a parere del giudice *a quo*, «sia la condotta reclutativa [...] sia quella favoreggiatrice [...] non solo non arrecano alcuna lesione alla [...] libertà autodeterminativa (dell'escort), ma addirittura ne facilitano la piena attuazione, arrecando vantaggi ai soggetti che ne sono destinatari»<sup>5</sup>.

Dunque, secondo il ragionamento della Corte d'Appello di Bari – condiviso peraltro da molta dottrina penalistica<sup>6</sup> – tanto il reclutamento quanto il favoreggiamento non arrecherebbero alcuna lesione alla libertà auto-determinativa della escort (facilitandone, anzi, la piena attuazione), almeno nei casi di esercizio libero, e cioè non coattivo, volontario dell'attività di prostituzione. Da ciò, il giudice *a quo* argomenta la violazione del principio di offensività ad opera delle norme attualmente in vigore su reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, ove tali norme siano riferite, come nel caso di specie, all'attività delle escort.

Un'interpretazione siffatta del principio di offensività viene contestata dal giudice costituzionale, secondo il quale le norme impuginate si conciliano, invece, sia col principio di offensività «in astratto», ove considerate «nell'ottica della protezione dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta», sia col principio di offensività «in concreto», dunque in rapporto alle specifiche circostanze del caso di specie (7.3 del cons. in diritto).

Il dissenso della Corte costituzionale sul punto deriva dal più generale dissenso rispetto all'idea che l'esercizio della prostituzione, anche se libero, possa ritenersi uno strumento di tutela e sviluppo della persona umana. Disattendendo la proposta interpretativa del giudice *a quo*, secondo cui la libera prostituzione deve inquadrarsi nell'articolo 2 Cost. (dacché la scelta di prostituirsi, ove libera e volontaria, rappresenterebbe, secondo la Corte barese, una modalità di espressione della libertà di autodeterminazione sessuale, qualificabile come diritto inviolabile della persona umana)<sup>7</sup>, la Corte costituzionale afferma che

«l'offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta affatto uno strumento di tutela e sviluppo della persona umana, ma costituisce, molto più semplicemente, una particolare forma di attività economica [...]. Ammesso pure che vi siano persone che considerano gratificante personalmente esercitare la prostituzione, questo non cambia la sostanza delle cose» (5.2 del cons. in diritto).

Dove «la sostanza delle cose» è, secondo la Corte, la necessità che l'articolo 2 Cost. sia letto in un'ottica di sviluppo della persona umana; la prostituzione volontaria potrà considerarsi nei termini di libera attività economica, ma non anche come «modalità autoaffermativa della persona umana», come ritenuto invece nell'ordinanza di rimessione (1.2 del ritenuto in fatto). Nella prospettiva «astratta» (quella

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Par. 11, p. 20 dell'ordinanza del 6 febbraio 2018 della Corte di appello di Bari, III sezione penale, nella versione reperita in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>6</sup> Per una ricostruzione del dibattito in dottrina v. 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* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 1, 2018, 127 ss.

<sup>7</sup> Ci riferiamo alle pp. 10 ss. dell'ordinanza del 6 febbraio 2018 della Corte di appello di Bari, cit. *sub* nota 5.

del legislatore penale), non v'è dunque, a parere della Corte costituzionale, lesione del principio di offensività, ponendosi le norme penali su favoreggiamento e reclutamento della prostituzione a tutela sia delle persone vulnerabili sia delle persone che esercitano la prostituzione per scelta.

Le pagine che il giudice delle leggi dedica al principio di offensività non offrono spunti particolarmente innovativi, ponendosi piuttosto nel solco della pregressa giurisprudenza su tale principio, solitamente considerato dalla Corte a partire dalle due dimensioni di quel principio stesso: quella astratta (la prospettiva del legislatore) e quella concreta (la prospettiva del giudice). Una significativa apertura è tuttavia lasciata intravedere dalla Corte: che le norme impugnate non siano lesive del principio di offensività dal punto di vista astratto, non significa né che il legislatore non possa ripensarci (v. cons. in diritto 7.3), né che il giudice non possa escludere, in altre, diverse circostanze, «la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva» (cons. in diritto, 7.3). Tuttavia, *in questo caso*, il giudice delle leggi non riscontra lesione alcuna del principio di offensività; nel caso di specie, le norme sottoposte a scrutinio di costituzionalità conservano intatta la propria attualità, nel pieno rispetto del principio di offensività in astratto e in concreto. Una ricostruzione non dissimile sulla offensività sarebbe stata poi riproposta dal giudice delle leggi in occasione di una sentenza successiva (n. 278 del 20 dicembre 2019), nella quale la Corte è intervenuta anche su altre “condotte parallele” (cd. tolleranza abituale) alla prostituzione<sup>8</sup>. In tale occasione, la Corte ha ulteriormente confermato la ragionevolezza e la non arbitrarietà della scelta del legislatore del 1958, dal momento che i reati di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione sarebbero funzionali alla «protezione dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta» (punto 3.1 del cons. in diritto).

Al di là di quanto fin qui esposto, e di quel che si esporrà nei paragrafi successivi, va ricordato come molteplici siano i profili degni di nota e di riflessione critica che emergono dalla prima delle decisioni citate (n. 141/2019), già oggetto di molta attenzione da parte della dottrina. Tra questi, vi è senz'altro la riflessione che il giudice delle leggi ha dedicato alla autodeterminazione e dignità delle escort, ovvero persone la cui attività di «accompagnatrici» non può inquadrarsi *tout court* nei ranghi del tradizionale rapporto intercorrente tra prostituta, da un lato, e «protettore», dall'altro, e, ciò, a cagione del rango sociale, dello status economico o del più generale contesto esistenziale di riferimento delle escort stesse (almeno delle escort coinvolte nel caso in esame). È invero innegabile che una differenza sostanziale caratterizza rango, status e contesto di riferimento delle cd. escort rispetto alla situazione sociale, economica ed esistenziale di quanti si prostituiscono a causa di una *radicale mancanza di alternative* possibili al proprio sostentamento, per tacere dell'ipotesi in cui lo svantaggio economico ed esistenziale di partenza si associ alla *costrizione* a incamminarsi verso la strada della prostituzione. A ben vedere, la differenza tra le situazioni di partenza di chi si prostituisce per bisogno e chi lo faccia, invece, per libera scelta e per disporre liberamente della propria sessualità non è, però, una distinzione centrale nella decisione in parola; più rilevante, invece, è la nettezza con cui il giudice delle leggi,

<sup>8</sup> La QLC sollevata dal G.U.P. del Tribunale di Reggio Emilia, con ordinanza n.83 del 31 gennaio 2019, ha avuto a oggetto l'art. 3, primo comma, numeri 3) e 8), prima parte, della legge, già citata *sub* nota 2, del 20 febbraio 1958, n. 75, che puniscono, rispettivamente, la tolleranza abituale e il favoreggiamento della prostituzione – «nella parte in cui si applicano anche alla prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata», per contrasto con il principio di offensività ricavabile dagli artt. 13, 25 e 27 della Costituzione.

disattendendo la tesi del giudice *a quo*, ha affermato l’incompatibilità tra la garanzia di cui all’art. 2 Cost. e l’attività di prostituzione (sia essa liberamente scelta oppure esercitata per mancanza di alternative esistenziali)<sup>9</sup>. Altresì centrale, è l’approccio al tema del rapporto tra dignità -che la Corte afferma doversi interpretare in senso *oggettivo*- dell’escort e il limite della dignità umana di cui al comma secondo dell’articolo 41 Cost.<sup>10</sup>. L’elemento sul quale vorremmo, però, tornare a insistere è diverso ed è riassumibile nei termini seguenti: se il giudice *a quo* avesse ragionato sul principio di offensività con *aderenza maggiore al caso*, orientando cioè più marcatamente l’interpretazione delle norme penali impugnate verso la complessiva «situazione normativa», così come del resto prospettato nelle prime otto pagine dell’ordinanza stessa di remissione, la valutazione finale e complessiva sull’offensività delle norme sarebbe stata forse diversa.

### 3. Un incidente di costituzionalità che avrebbe potuto non essere sollevato o esser, sì, sollevato, ma sulla base di una più intensa congruenza tra fatto/situazione normativa e diritto

Il risultato di una lettura delle norme meno astratta e più orientata verso il caso e verso la situazione normativa avrebbe potuto portare il giudice *a quo* a ravvisare non violato in principio di offensività e a *non sollevare l’incidente di costituzionalità*<sup>11</sup>, o comunque a non sollevarlo rispetto al profilo dell’offensività. Tutto, nell’incipit dell’ordinanza di remissione, sembra invero precludere a un più *concreto* esame delle norme impugnate, a un esame, cioè mai disgiunto dal filo della vicenda processuale. Quest’ultima, per come narrata dal giudice *a quo* lungo le prime otto pagine della sua ordinanza, porta a emersione profili – di cui diremo a breve – che vengono poi, di fatto, abbandonati nel prosieguo della prospettazione della QLC.

Il ragionamento della Corte costituzionale sul principio della necessaria offensività del reato è perimetrato dal giudice *a quo*; questi, dopo aver ricostruito la «vicenda processuale» nelle prime otto pagine dell’ordinanza (paragrafo 1), sottopone poi la QLC della norma al confronto con gli artt. 2 e 41 Cost.,

<sup>9</sup> «Se è il collegamento con lo sviluppo della persona a qualificare la garanzia apprestata dall’art.2 Cost., non è possibile ritenere che la prostituzione volontaria partecipi della natura di diritto inviolabile [...]». Non può essere certo condiviso l’assunto del giudice rimettente, stando al quale la prostituzione volontaria rappresenterebbe «una modalità autoaffermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria sessualità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità) e la dignità della persona umana» (punto 5.2 del cons. in diritto).

<sup>10</sup> Se, per il giudice *a quo*, le norme incriminatrici censurate, inibendo con la minaccia della pena la collaborazione di terzi, impedirebbero alla persona dedita alla prostituzione di svolgere la propria attività in modo organizzato, anche nella forma di una vera e propria impresa, per la Corte costituzionale, la libertà di iniziativa economica privata è «tutelata a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti»; tra questi valori, vi è appunto la dignità umana, che non può intendersi, tuttavia «in senso soggettivo [...] quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore. È dunque il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l’individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente» (punto 6.1. del cons. in diritto). Per una radicale contestazione di tale concezione di dignità in senso oggettivo, rinviamo a R. Bin *La Corte, i giudici e la dignità*, in questa *Rivista*, 2, 2019.

<sup>11</sup> Sulla base di argomentazioni diverse da quelle che si svilupperanno in questa sede, A. BONOMI, *op. cit.*, 125-126, e la dottrina ivi citata, cui si rinvia, hanno sostenuto che la Corte di appello di Bari avrebbe potuto tentare un’interpretazione conforme a Costituzione della normativa da applicare.

e, con specifico riferimento alla violazione del principio di offensività del reato, con gli artt. 13, 25 c.1 e 27 della Costituzione<sup>12</sup>. Quel che non torna, nell'argomentazione dell'ordinanza di rimessione, pare riguardare il rapporto tra fatto e diritto, tra vicenda processuale e giudizio sulle norme penali impugnate. Se ne ricava l'impressione che il giudice a quo si rifiuti di *ragionare fino in fondo* sull'offensività «in concreto». Certo, dal momento che la Corte barese non enfatizza più di tanto taluni profili del fatto, neppure la Corte costituzionale poteva soffermarsi su di essi, «ripescandoli» nel suo proprio giudizio di costituzionalità delle norme. Invero, i limiti che il giudice delle leggi incontra nel giudizio di rilevanza sono così stringenti da impedire a quest'ultimo un «esame autonomo degli elementi che hanno portato il giudice *a quo* a determinate conclusioni»<sup>13</sup>.

Tuttavia, nel caso di specie, la Corte barese aveva *comunque dato conto di certi elementi fattuali*, per poi rimuoverli nella strutturazione della QLC. Se quegli elementi, esposti dal giudice *a quo* e prontamente abbandonati un attimo dopo, fossero stati invece “trascinati” dalla “vicenda processuale”, narrata dal giudice *a quo*, al diritto (e cioè alla questione di legittimità costituzionale vera e propria), forse la valutazione circa l'offensività del reato avrebbe potuto essere diversa, arricchendosi di ulteriori spunti. Se, come insegna Gadamer<sup>14</sup>, nell'ermeneutica giuridica un atto concreto di applicazione determina fin dall'inizio la comprensione dell'interprete, possiamo dire che la precomprensione del giudice delle leggi sia stata determinata da quell'«atto concreto di applicazione» mediante il quale il giudice *a quo*, *selezionando dalla vicenda processuale soltanto gli elementi che voleva selezionare*, ha ragionato sulla pretesa incostituzionalità delle norme sulla base di un racconto dei fatti di causa (la «vicenda processuale») dapprima molto ampio e dettagliato, ma poi sottoposto a una drastica «cura dimagrante» nell'articolazione della QLC.

Per essere ancora più chiari, potremmo dire che la «precomprensione» della Corte costituzionale è stata orientata da un'ordinanza di rimessione che presenta, agli occhi di chi scrive, un'incongruenza tra la vicenda processuale, da un lato, e le pagine dedicate alla pretesa incostituzionalità delle norme, dall'altro.

Il nucleo di questa incongruenza tra fatto e diritto, di questa (forse non arbitraria, ma sicuramente assai discrezionale) selezione dei fatti operata dal giudice *a quo*, e della conseguente risposta (ligia al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato) della Corte, è racchiuso, a giudizio di chi scrive, nel punto dell'ordinanza di rimessione in cui la Corte di appello di Bari, nel dare l'avvio alla vera e propria analisi della QLC (p. 10), indica «*il cuore della problematica*», nei seguenti termini.

Ciò premesso e venendo al *cuore della problematica*, deve osservarsi come le condotte ritenute penalmente rilevanti nel presente processo siano integrate «dall'aver gli imputati organizzato, in favore dell'allora premier Silvio Berlusconi, incontri con escort occasionalmente o professionalmente

<sup>12</sup> La «valutazione di sospetta incostituzionalità» delle norme, che il giudice *a quo* aveva esposto in relazione agli artt. 2 e 41 Cost., viene (da p. 15 in poi) perimetrata attorno al principio di offensività, «che costituisce radice intima del sistema normativo penale e che si può correttamente delineare nel senso che non vi può essere reato senza l'offesa di un bene giuridico tutelato dall'ordinamento secondo la correlazione degli artt. 13, 25 e 27 della Costituzione» (ordinanza, cit. sub nota 5, 16).

<sup>13</sup> Corte cost., n. 28/2016. Per altre posizioni di tenore simile, si veda la ricostruzione giurisprudenziale proposta da P. COSTANZO nel *Codice di giustizia costituzionale*, Torino 2018, 212.

<sup>14</sup> H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, 1983, 376. Sul rapporto tra fatto e diritto, cfr. le considerazioni di M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, spec. 236-242.

dedite alla prostituzione»: dovendosi intendere per «escort», secondo «la più comune e consolidata accezione del termine», «l’accompagnatrice ovvero la persona retribuita per accompagnare qualcuno e che è disponibile anche a prestazioni sessuali», con esclusione, quindi, delle forme di esercizio della prostituzione a carattere coattivo o «necessitato da ragioni di bisogno»<sup>15</sup>.

Ribadiamo che il brano appena riportato costituisce l’incipit della QLC. Ciò vuol dire che, per il giudice di Bari, *questi fatti, questo contesto, questa situazione* (e cioè «l’aver gli imputati organizzato, in favore dell’allora premier Silvio Berlusconi, incontri con escort [...]») integrano in qualche modo la valutazione giuridica della QLC.

La precomprensione – per così dire – della Corte costituzionale rispetto al fatto, guidata dal giudice *a quo*, è esposta nell’incipit del «ritenuto in fatto» della sentenza n.141 del 2019 (par. 1.1):

«La Corte barese riferisce, per altro verso, che i fatti oggetto di giudizio sono costituiti, *nella sostanza*, dall’aver gli imputati organizzato, in favore dell’allora premier S. [...] B. [...], incontri con escort occasionalmente o professionalmente dedite alla prostituzione» (corsivi nostri).

Correttamente, il giudice *a quo* «conserva», nella parte dedicata al ragionamento giuridico sulla costituzionalità delle norme, il riferimento a un profilo fattuale non certo secondario, ripreso, non a caso, anche dalla Corte costituzionale, ovvero l’esser quella attività di reclutamento e favoreggiamento rivolta a un certo cliente finale, un altissimo rappresentante delle istituzioni. Quel che, invece, egli lascia cadere, è un profilo del fatto, narrato nel corso delle prime otto pagine (paragrafo uno: la «vicenda processuale»), e che, opportunamente recuperato nella riflessione sulla QLC, avrebbe diversamente illuminato le norme penali impugnate e diversamente guidato il ragionamento sul principio di offensività. Ci riferiamo al fatto che l’attività di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione era non soltanto volta ad agevolare un certo cliente finale (l’allora Presidente del Consiglio dei ministri), ma altresì finalizzata ad ottenere incarichi *anche istituzionali* (o, comunque, istituzionalmente rilevanti) in cambio di quelle stesse attività di reclutamento delle escort. Come ricordato nell’ordinanza di rimessione, quei reclutatori *non si aspettavano soltanto denaro in cambio delle attività svolte, bensì anche di “ottenere, per il tramite di S.B.”, «incarichi istituzionali e allacciare, avvalendosi della sua intermediazione, rapporti di tipo affaristico con i vertici della Protezione civile (p. 1 dell’ordinanza di rimessione) [...] aggiudicazione di commesse da parte delle società [...], promesse di altre utilità nel mondo dello spettacolo [...]*» etc. «Rispetto ad altri imputati» – diversi da «Tarantini e altri [...] per i quali si procede separatamente» – le norme sul reclutamento delle escort vengono in rilievo anche per casi di corruzione di «pubblico ufficiale ... per ottenere assegnazione privilegiata di commesse e affidamenti diretti da parte dell’ASL di Bari» ( p. 7 dell’ ordinanza di rimessione, corsivi nostri).

#### **4. I beni costituzionali violati nel caso di specie. Per una rilettura del principio di offensività alla luce di questo caso e di questa “situazione normativa”**

Il girotondo di promesse e prebende garantite in cambio dell’attività di procacciamento di escort a favore del rappresentante apicale dell’istituzione di Governo era insomma assai variopinto e denso di implicazioni, tanto giuridiche quanto di etica pubblica. Sono le implicazioni giuridiche a interessarci in

<sup>15</sup> Ordinanza, cit. *sub* nota 5, 10. Corsivi nostri.

questa sede, e tra queste, quelle di rilievo costituzionalistico. Tornando al ragionamento delle due Corti, delle due l'una : o un clamoroso *lapsus* freudiano ha indotto il giudice *a quo* a indicare dapprima un «cuore della problematica», una «sostanza» – fattuale e giuridica – per poi rimuovere poi, da tale cuore o sostanza, uno dei profili del fatto rilevante per una più compiuta analisi della questione di costituzionalità della norma penale (e, segnatamente, del principio di offensività); oppure egli ha ben indicato il complesso dei fatti, per poi operare consapevolmente una selezione del tutto discrezionale degli stessi, trascinando nella QLC soltanto alcuni fatti e non anche altri, così obbligando o spingendo la Corte (per il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato) a ragionare sulla falsariga di quel *lapsus*, di quell'incongruenza tra fatto e diritto, che a noi sembra caratterizzare l'ordinanza di rimessione.

Che di *lapsus* o di scelta volontaria si sia trattato, qui non rileva. La questione che, in maniera dubitativa, ci interessa riproporre è la seguente: nel giudizio sulla *concreta* offensività delle norme penali relative al reclutamento e favoreggiamento delle escort non rilevava forse il fatto che, nel caso di specie, chi reclutava e favoreggiava escort nutrivava delle precise aspettative «istituzionali» o para-istituzionali (ad esempio «allacciare rapporti di tipo affaristico con vertici della protezione civile», come si è detto)? Non poteva risolversi, questo nutrire aspettative, questa speranza-certezza di essere ricompensati e professionalmente gratificati, in una lesione di *altri* (rispetto all'articolo 2 Cost.) *beni* costituzionalmente protetti, quali il principio di eguaglianza, il buon andamento e la trasparenza della P.A.? Il losco giro di scambi e affari gravitante attorno al reclutamento delle escort non rendeva forse il Presidente del Consiglio dei ministri più vulnerabile al ricatto e, quindi, meno sensibile a quel dovere di adempiere con disciplina e onore alle sue funzioni (54, c.2 cost), dovere peraltro «aggravato» o «qualificato» (rispetto al comma 1 dell'art. 54) in seguito al giuramento prestato? <sup>16</sup>

E inoltre, quel miraggio di incarichi, prebende, abbozzamenti istituzionali non rendeva i reclutatori-favoreggiatori, a loro volta, meno «corazzati» rispetto al dovere di fedeltà che incombe in capo a tutti i cittadini (54, c.1)? Nel caso di specie, nella specifica *situazione normativa* (consistente – come già osservato – nel «*complesso dei materiali, normativi e fattuali*, considerati nelle loro reciproche interconnessioni e idonei a variamente comporre la “questione” e a confluire nel giudizio di costituzionalità», v. nota 1), *qual è insomma il bene che la norma penale impugnata vuol proteggere? La dignità della escort o la sequenza di altri beni costituzionali appena indicata?* Che la prima risposta sia fuorviante lo afferma, *en passant*, anche la Corte, nel punto in cui osserva che, nella QLC prospettata, il problema della «tutela della persona che si prostituisce è solo indiretta, mirando l'incidente di costituzionalità a salvaguardare, in prima battuta – e soprattutto – i terzi che si intromettono nell'attività di tale persona o che cooperano con essa» (par. 5 del cons in diritto).

Affermare, come pure è stato fatto, che il favoreggiatore dia «fondamentalmente una mano» alla escort per trovare il cliente, e che tale attività non rechi danno a nessuno<sup>17</sup>, può esser vero in generale,

<sup>16</sup> G.M. SALERNO, *Art. 54*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, 1084. Tale dovere di fedeltà qualificato si arricchisce di ulteriori contenuti in vista del giuramento prestato da titolari di organi politici e costituzionali; secondo parte della dottrina, il giuramento introdurrebbe «un vincolo ulteriore e diverso dall'obbligo di osservanza della costituzione e delle leggi, operando nella sfera morale, quella cioè di fronte alla quale l'operatività dei precetti giuridici normalmente si arresta».

<sup>17</sup> *Retro*, nota 4.

*ma non nel caso di specie*. In relazione a quest'ultimo, *i fatti* non possono essere liquidati così semplicemente. In *questo caso*, semplificare i fatti non aiuta, crediamo, a ragionare né sulla costituzionalità delle disposizioni impugnate, né sulla *situazione normativa* più generale.

Se è vero che «il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa in riferimento a quello, poiché non c'è solo il caso che deve orientarsi alla norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso»<sup>18</sup>, è vero anche che, nella QLC in esame, la *norma* penale sul reclutamento della prostituzione avrebbe dovuto «orientarsi» a un *caso* in cui il Presidente del Consiglio dei ministri prometteva ed elargiva non soltanto denari privati (e, fin qui, l'ordinamento giuridico di uno stato laico, che non vuol porre stigmi morali sulle condotte private, può ben disinteressarsi della faccenda), apprestando invece anche corsie preferenziali affinché gli imputati potessero «avvicinarsi» alle istituzioni.

Può ben dirsi, allora, che, nel caso di specie, l'attività di reclutamento e favoreggiamento delle escort – esponendo tra l'altro il «cliente finale» a una condizione di estrema permeabilità al ricatto (vista la ridda di personaggi coinvolti in quella rete e le motivazioni che li spingevano ad attivarsi per il Presidente del Consiglio) – abbia «offeso» più beni di rilievo costituzionale di quanto il giudice *a quo* non abbia voluto ammettere.

Ricapitolando e tornando al «cuore della problematica», al principio di offensività, e orientata l'interpretazione della norma penale nella direzione che abbiamo tentato di indicare, potrà forse dirsi che l'offesa ai beni giuridici, *nel caso di specie*, abbia avuto ad oggetto, *in primis*, i commi primo e secondo dell'articolo 54 Cost., nonché l'art. 3 (eguaglianza di opportunità lavorative-istituzionali) e l'art. 97 Cost. Pur se minoritaria in dottrina, vorremmo qui ricordare quella tesi secondo cui il dovere costituzionale di fedeltà alla Repubblica consente l'adozione di leggi penali, anche limitative dei diritti di libertà, volte a punire quei comportamenti che possano considerarsi lesivi dell'obbligo di fedeltà stesso<sup>19</sup>. Sulla falsariga di tale tesi, e ragionando *de iure condendo*, può immaginarsi l'introduzione di un'aggravante in seno alle norme della legge Merlin sul favoreggiamento e reclutamento della prostituzione, tesa a incrementare la pena nei casi in cui il favoreggiatore/reclutatore si adopri, nell'espletare le sue attività di «ausilio», a favore di un'istituzione della Repubblica, o di un alto funzionario che dir si voglia.

<sup>18</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 181.

<sup>19</sup> G.M. SALERNO, cit., 1079, in riferimento alla tesi di G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1962, 381 ss.