

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

TULLIO PADOVANI

Il pettine sdentato.
Il favoreggiamento della prostituzione all'esame
di costituzionalità

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2019-2

Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all'esame di costituzionalità

Sommario

1. La censura di legittimità costituzionale relativa all'art. 2 Cost. – 2. (segue) e quella relativa all'art. 41 Cost. – 3. Favoreggiamento e principio di offensività: la contraddizione tra esercizio di un'attività lecita e punizione del suo favoreggiamento. La spiegazione originaria. – 4. (segue) Modifiche del fenomeno prostituzionale e nuove esigenze normative. La sentenza della Corte di giustizia 20 novembre 2001. – 5. Le prospettive di una legalizzazione inclusiva. – 6. La sentenza della Corte costituzionale e l'occasione mancata.

Abstract

L'Autore commenta la sentenza della Corte Costituzionale del 7 giugno 2019 (ud. 6 marzo 2019), n. 141 in materia di favoreggiamento della prostituzione.

The Author provides a comment on the Constitutional Court decision issued on June 7th 2019 (hearing on March 6th 2019), n. 141 on abetting prostitution offence.

1. La censura di legittimità costituzionale relativa all'art. 2 Cost.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 141 del 2019, affronta, e risolve negativamente, la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Bari a proposito dei delitti di reclutamento e di agevolazione al fine di prostituzione (art. 3 n. 4, l. 75/1958) e di favoreggiamento della prostituzione altrui (art. 3 n. 8, l. cit.). Le censure sollevate muovevano lungo tre direttrici: la prima riferita all'art. 2 Cost., nel cui ambito di tutela si colloca anche la «libertà di autodeterminazione sessuale», ritenuta comprensiva «della scelta di offrire sesso a pagamento»¹; la seconda concernente la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), di cui «la prostituzione della escort costituirebbe espressione, stante il carattere normalmente professionale dell'attività di erogazione di prestazioni sessuali verso corrispettivo»; infine, si profilerebbe la violazione del principio di offensività. Da quest'ultimo

* Ordinario di diritto penale a r. presso Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. Considerata l'autorevolezza dell'Autore il contributo non è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco.

¹ Le citazioni testuali non ulteriormente precisate si intendono riferite alla sentenza della Corte Costituzionale qui commentata.

angolo di visuale, una volta superata l'idea che le fattispecie individuate possano essere ricondotte alla tutela della pubblica moralità, la loro proiezione teleologica si rapporta alla «persona umana» e alla sua «libertà di scelta in campo sessuale». Le disposizioni indicate violerebbero, quindi, il principio di offensività, dato che «non solo non recano alcuna offesa alla libertà di autodeterminazione della persona che si prostituisce, ma addirittura ne facilitano la piena attuazione. Se la escort sceglie liberamente di offrire sesso a pagamento chi favorisce la scelta produce non già un danno al bene tutelato, bensì un vantaggio».

Per quanto riguarda la prima censura, basata sulla pretesa violazione dell'art. 2 Cost., la sua infondatezza, secondo la Corte, discende dal fatto che si tratta di «un parametro non conferente rispetto all' (intromissione di terzi nell') esercizio della prostituzione», perché «l'offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma costituisce – molto più semplicemente – una particolare forma di attività economica»: la sessualità è cioè inserita in un rapporto sinallagmatico tra prestazione di un servizio e una retribuzione, dando luogo ad una forma di lavoro autonomo. Certamente, si tratta di una prestazione che implica l'esercizio di un diritto fondamentale; ma questo – osserva giustamente la Corte – non sposta i termini della questione, trasformando l'attività imprenditoriale o il lavoro autonomo in un diritto a sua volta inviolabile della persona. In effetti, la compravendita di un organo volontariamente ceduto non potrebbe certo essere ritenuta «inviolabile», perché inviolabile è il diritto oggetto del contratto; al contrario, resta penalmente rilevante in virtù dei limiti agli atti di disposizione del proprio corpo posti a tutela dell'integrità fisica².

2. (segue) e quella relativa all'art. 41 Cost.

Pertinente risulta, invece, secondo la Corte, il riferimento all'art. 41 Cost., il cui secondo comma esclude tuttavia che la libertà d'iniziativa economica (e quindi anche l'attività di prostituzione) possa svolgersi in contrasto, tra l'altro, con la «libertà» e con la «dignità umana». Su questo limite si appunta l'attenzione della Corte che sviluppa un'argomentazione articolata, sinteticamente in due fronti complementari.

Per quanto concerne la libertà, ritiene la Corte «inconfutabile» che anche attualmente «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 non solo «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».

È evidente che l'argomento (ricorrente nella polemica degli abolizionisti)³ non può essere decisivo: la Corte stessa riconosce l'esistenza di persone che si prostituiscono «per effetto di scelte pienamente libere e consapevoli», e, sia pure circoscrivendone il numero nell'ambito di una «fenomenologia [...] ridotta», riconosce che esse «meriterebbero, comunque sia, un trattamento differenziato» (e cioè la tutela offerta dall'art. 41 Cost., con le relative conseguenze sul piano delle attività di agevolazione e di favoreggiamento). Ad esso non si potrebbe tuttavia giungere perché «in questa materia la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida sul piano teorico

² Sul punto v., di diverso avviso, A. Cadoppi, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Prostituzione e diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Milano, Dike giuridica, 2014, p. 289 ss. e, in particolare, p. 294.

³ Cfr., ad es., R. Poulin, *Quindici tesi sul capitalismo e sullo sfruttamento mondiale della prostituzione*, in *Prostituzione globalizzazione incarnata*, Milano, Editoriale Jaca Book, 2006, p. 19 ss.

– risultando perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale». Ma una simile argomentazione appare francamente irricevibile: essa postula una qualificazione «prudenziale» di illecito, imposta a costo di equiparare lecito e illecito, allo scopo di 'semplificare' la vita del legislatore e di snellire l'attività del giudice; evidentemente, ispirandosi ad una presunzione *iuris et de iure* di offensività, spinta sino alla *fictio*, e ad un criterio di giudizio *in dubio contra reum*: non precisamente il massimo come argomenti in nome della legittimità costituzionale.

La carta conclusiva, ritenuta vincente, è tuttavia rappresentata dalla «concorrente finalità di tutela della dignità umana», il cui concetto, nel contesto dell'art. 41, comma 2 Cost. va inteso in senso oggettivo: non si tratta certo «della 'dignità soggettiva', quale la concepisca il singolo imprenditore o il singolo lavoratore». È invece «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».

Si tratta – all'evidenza – di una mera tautologia: se non esiste alcun criterio verificabile di identificazione di ciò che è oggettivamente (!) «degnò» e di ciò che non lo è, essendo la distinzione rimessa all'interpretazione legislativa di un elemento inafferrabile (che sarà mai il «comune sentimento sociale»? La totalità, la media, la mediana, la maggioranza, la *maior et sanior pars*, o che altro?⁴, occorre solo chinare umilmente il capo dinanzi all'*ipse dixit*, senza poter esigere alcun canone di riscontro: ancora una volta, non precisamente il massimo per un ordinamento costituzionale impostato sul principio di uguaglianza distillato in termini di ragionevolezza plausibile.

In realtà, la dignità (come evidenzia il suo stesso etimo) non è, e non può essere, 'contenutistica'. Tutto può essere dignitoso e tutto può non esserlo: raspollare nei rifiuti lo è o non lo è? Svolgere un lavoro ripugnante di pulizia personale lo è o non lo è? Chiedere l'elemosina lo è o non lo è? In questi casi, evidentemente, la risposta non sta in che cosa si fa, ma in come lo si fa e perché lo si fa. Se a chiedere l'elemosina è una persona costretta, se non addirittura ridotta in condizione servile, la risposta è chiara: essa è trattata come una cosa e subisce perciò una profonda lesione della sua dignità. Questa infatti, per dirla con una felice espressione, non è un diritto, ma un meta-diritto: il diritto di avere diritti. Essere sottoposto ad una coazione incide per l'appunto su questa essenziale attitudine intrinseca di ogni persona umana, di potere e dovere essere titolare di diritti personali intangibili: nel caso dell'elemosina, la propria libertà di scelta sull'attività da compiere. Nella prostituzione la situazione non è dissimile: se alla prestazione sessuale retribuita la persona viene costretta, la sua dignità viene calpestata. Ma se la scelta è libera (e la Corte stessa ammette che possa esserlo) la dignità può essere negata solo per pregiudizio e basata solo sull'effetto perverso di una discriminazione instaurata in realtà proprio dalla disciplina legale.

3. Favoreggiamento e principio di offensività: la contraddizione tra esercizio di un'attività lecita e punizione del suo favoreggiamento. La spiegazione originaria

Non minori perplessità suscita la valutazione espressa dalla Corte in ordine alla violazione del principio di offensività. Il nodo del problema sta nella contraddizione che si coglie rilevando, da un la-

⁴ Su questa distinzione, v. A. Cadoppi, *op. cit.*, p. 285 ss. Più ampiamente, con argomenti condivisibili, cfr. R. Bin, *La libertà sessuale e la prostituzione (in margine alle sent. 141/2019)*, in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/ProstituzioneFC.pdf>

to, che l'esercizio personale della prostituzione costituisce, in sé e per sé, un'attività lecita, e, dall'altro, che le condotte 'accessorie', di sostegno, di agevolazione, di aiuto allo svolgimento dell'attività stessa sono severamente represses.

Preliminarmente, è doveroso riconoscere che, nel contesto originario della legge Merlin, la contraddizione è in realtà espressiva dell'intento politico perseguito. Fin dal momento della sua entrata in vigore, rilevando criticamente come essa punisse «severamente chiunque interferisca nell'attività delle meretrici, lasciando impunte queste ultime», si argomentava ch'essa era diretta a «difesa della libertà personale della prostituta», «allo scopo di evitare lo sfruttamento da parte di terzi e comunque il pericolo del medesimo»⁵. Ma una tale finalità non giustificava le esenzioni riconosciute in favore delle prostitute, vietando addirittura ogni forma di registrazione e persino il rilascio di tessere sanitarie idonee a documentare il loro stato di salute. In questo modo, si sarebbe costituita una «casta privilegiata», dispensata dalle regole comuni che per una fitta schiera di attività lavorative e professionali imponevano specifici accertamenti sanitari. Per quale motivo mai dovevano esserne esentate proprio coloro che, esercitando un'attività ad elevato rischio di trasmissione di malattie veneree, a maggior ragione avrebbero dovuto sottostare ad un controllo medico adeguato?

Inoltre, se l'esercizio della prostituzione doveva considerarsi, in base alla nuova legge, perfettamente lecito, appariva incongruo sino alla dissennatezza il rigorismo «cieco e inesorabile» con cui le disposizioni incriminatrici colpivano ogni condotta 'accessoria' allo svolgimento dell'attività, persino la semplice agevolazione, la cui rilevanza penale, in quanto riferita ad un comportamento intrinsecamente lecito, finiva col risultare contraddittoria sino al paradosso. Così, ad es., la meretrice che avesse ospitato in casa, per spirito di solidarietà, l'anziana collega priva di risorse, consentendole di «superare la giornata», si sarebbe perciò solo resa responsabile del delitto previsto dall'art. 3 n. 8 della nuova legge⁶.

Questi rilievi critici, senza dubbio riferiti ad aspetti effettivamente presenti nella normativa, non tenevano tuttavia adeguato conto del contesto politico e sociale in cui essa era stata concepita. L'obiettivo primario della legge era scardinare il regolamentarismo e cancellarne le storture, affrancando le donne dedite alla prostituzione da una condizione *minoris juris* e pressoché servile. D'altronde, il regolamentarismo non costituiva un semplice sistema normativo, abrogato il quale si potessero dormire poi sonni tranquilli. Esso aveva inciso profondamente sul costume, sulla prassi amministrativa e di polizia, sugli atteggiamenti culturali in materia sessuale: si trattava di un'istituzione radicata per mille rivoli e con mille agganci nel tessuto sociale italiano; aveva formato una mentalità, consolidando la percezione di un assetto «normale» della sessualità maschile; aveva alimentato stereotipi sul ruolo della donna e sulla «natura antropologica» di quelle che si dedicano alla prostituzione. Il rischio ch'esso, nonostante l'abrogazione della disciplina legale che gli aveva dato forma ed esistenza, riapparisse sotto mentite o surrettizie spoglie, era tutt'altro che teorico. Le resistenze e le opposizioni all'approvazione della legge erano state forti, vigorose e munificamente alimentate dai tenutari delle case di prostituzione, cui veniva sottratta una lucrosissima impresa. Pareva che costoro avessero già provveduto ad acquistare alberghi e locande in cui riversare l'esercizio della prostituzione, in forma certo clandestina, ma forse non senza una qualche compiacente connivenza. Questa temperie e questi rischi spiegano allora, e storicamente giustificano, l'insistita puntigliosità della legge Merlin nel rivoltare in divieto espresso le pratiche e i poteri che avevano rappresentato gli artigli più adunchi del sistema regolamentarista: la registrazione, la soggezione all'autorità di polizia, il controllo sanitario coercitivo, l'accompagnamento, e così via.

Attribuire a queste disposizioni la formazione di una «casta privilegiata» appariva quindi del tut-

5 Cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale – parte speciale I*, qui cit. nella XV ed. a cura di C.F. Grosso, Milano, Giuffrè, 2008, p. 578 s.

6 Cfr. F. Antolisei, *op. cit.*, p. 580.

to fuori luogo. D'altro canto, il presupposto stesso di questa censura risulta largamente infondata. La legge Merlin non tutela affatto la libertà di prostituirsi: non ne punisce l'esercizio, neppure lo protegge o lo legittima. Al contrario, aspira, in prospettiva tendenziale, alla scomparsa del fenomeno prostituzionale: per le donne «uscite dalle case di prostituzione» sono previsti istituti di patronato, che, secondo le intenzioni, avrebbero dovuto rappresentare una valida alternativa alla prosecuzione dell'attività; mentre, per il futuro, l'«assedio» normativo imposto all'esercizio della prostituzione dal cerchio incriminazioni volte a reprimere ogni attività strumentale, necessaria o sfruttatrice, avrebbe dovuto assicurarne l'estinzione, si potrebbe dire «per soffocamento». La legge Merlin si iscrive dunque a pieno titolo al filone politico-criminale dell'abolizionismo coercitivo indiretto, con qualche venatura di tipo promozionale (gli istituti di patronato). Se mai, si può segnalare come nell'attuazione di questo disegno sia stato pretermesso il ruolo del cliente, che pure, nella dinamica del sesso mercenario, appare fondamentale: si tratta né più né meno che della domanda, senza la quale, ovviamente, non si dà mercato. Ma è chiaro che se la legge Merlin avesse anche solo ventilato la punibilità del cliente, con ogni probabilità non avrebbe mai visto la luce. Nell'Italia del 1958 (e forse non solo in quella ...) il cliente era «innocente» *in re ipsa* e per definizione⁷.

In quanto ispirata ai canoni dell'abolizionismo coercitivo indiretto, la legge Merlin ne incorpora, per così dire, l'intima e ineludibile contraddizione: quella di incriminare non solo condotte di sfruttamento che, entro certi limiti, possano assumere disvalore autonomo a prescindere dalla qualificazione dell'attività sfruttata, ma anche condotte semplicemente accessorie e strumentali che, in quanto riferite ad una attività lecita (perché penalmente irrilevante), dovrebbero a loro volta risultare lecite. Il disvalore su cui essi poggiano appare dunque pericolante. Bisogna tuttavia considerare che la legge Merlin, se da un lato riconosce l'esercizio personale della prostituzione come una (possibile) manifestazione di libertà, la riguarda dall'altro come un fenomeno contrario ai postulati di una società civile basata sulle effettive parità dei sessi e sulla libertà dal bisogno, dalla discriminazione, dall'ignoranza. In definitiva, la facoltà riconosciuta alla donna, non si rifrange sulla condotta di chi la induce o la agevola nell'attività: la libertà *di* prostituirsi non è libertà *dai* fattori che la condizionano; ed è a questo difetto costituzionale di libertà che è affidata la rilevanza penale dei comportamenti di chi si fa artefice o strumento dell'attività prostituzionale.

Queste considerazioni, se possono fornire una qualche illustrazione delle ragioni storiche e ideologiche poste a fondamento della legge Merlin, non esimono tuttavia dal rilevare che essa appare decisamente e irrimediabilmente superata. Già all'origine la sua disciplina mostrava una certa dose di ingenuo rigorismo, nel supporre che un programma di riforma sociale e culturale potesse essere attuato con l'armamentario del diritto penale, separando il grano (la salvaguardia delle prostitute dalle discriminazioni normative e il riconoscimento della loro libertà) dal loglio (il reticolo di comportamenti parassitari incombenti sulle loro spalle) ricorrendo al setaccio delle fattispecie incriminatrici. E poiché, alla prova dei fatti, la prostituzione non solo non è stata eliminata, ma neppure risulta limitata, ridotta o circoscritta (anzi, si è poderosamente incrementata), è giocoforza riconoscere che la strada imboccata non potesse procedere verso la mèta ambita. D'altro canto, l'evoluzione subita dal fenomeno prostituzionale rende la legge Merlin decisamente inadeguata a coglierne la varietà e le trasformazioni. Così, da un lato essa appare riduttiva e «spaesata» di fronte a forme di prostituzione di tipo schiavistico gestito da organizzazioni criminali che, in effetti, hanno dovuto trovare specifica rilevanza in altri contesti (art. 416, comma sei, c.p., artt. 600, 601, 602 c.p.); dall'altro, essa risulta incongrua, e persino vessatoria, nei confronti della prostituzione autonoma, variamente esercitata, che le disposizioni incriminatrici della legge Merlin assediano con vincoli penali non solo inefficaci, ma privi di reale fondamento, in un contesto socioculturale diverso da quello originario.

⁷ Per un sintetico quadro delle origini e delle finalità della legge Merlin, v. R. Sapio, *Prostituzione. Dal diritto ai diritti*, Milano s. i. d., p. 71 ss.

4. (segue) Modifiche del fenomeno prostituzionale e nuove esigenze normative. La sentenza della Corte di giustizia 20 novembre 2001

Per contro, nell'affrontare la terza questione di legittimità, relativa all'offensività della fattispecie sottoposta ad esame, la Corte costituzionale si attiene, con scrupolosa compunzione, proprio al contesto originario, in cui il "soggetto debole" si identifica comunque nella persona che si prostituisce: ciò che spiegherebbe appunto «la scelta di non intervenire personalmente nei confronti di quest'ultima, ma solo nei confronti dei terzi che "interagiscono" con la prostituzione altrui». Non si potrebbe, dunque, ravvisare «alcuna insanabile contraddizione nella dissociazione del giudizio sulla condotta-base della prostituta da quello sulla condotta del terzo che ne agevola – o sfrutta o istiga – l'attività».

Ma più di sessant'anni dopo l'approvazione della legge Merlin e l'abbattimento del regolamento, il fenomeno prostituzionale appare molto, molto diverso. La prostituzione ha subito, in seguito a profonde modifiche sociali, economiche, culturali, una trasformazione significativa. Basti ricordare che la prostituzione cui si rivolgeva la legge Merlin era essenzialmente una prostituzione nazionale, femminile, con limitata presenza di minorenni. La prostituzione attuale è invece transnazionale, insensibile alle differenze di genere, largamente estesa ai minori. Anche dal punto di vista dei livelli sociali di esercizio, la prostituzione odierna ha ben poco da spartire con quella di sessant'anni fa. Allora si trattava della schiera delle donne ospitate nelle case regolamentate, di un numero relativamente esiguo di "libere professioniste", e di una pattuglia di "abusive" che avevano eluso i vincoli della regolamentazione. La prosecuzione dell'attività prostituzionale nel nuovo regime normativo instaurato dalla legge Merlin poteva risultare certo diversificata, soprattutto in rapporto al tipo di "clientela", ma non in misura tale da determinare, in rapporto alle persone esercenti la prostituzione, stratificazioni socialmente differenziate. Oggi, invece, la prostituzione viene esercitata secondo modalità assai diversificate che, in misura più o meno rilevante, introducono vere e proprie differenze di "status professionale". Prostituzione di strada, prostituzione in ambienti "riservati", alimentata con annunci di stampa e, soprattutto, telematici, prostituzione presso il domicilio del richiedente, prostituzione esercitata in forma discreta e relativamente saltuaria per soddisfare bisogni contingenti: le modalità di esercizio connotano una ben diversa condizione della persona dedita all'attività prostituzionale. I problemi sollevati dalla prostituzione di strada, che si collega per lo più alla tratta di esseri umani e rappresenta l'oggetto di un'impresa esercitata da pericolosissime organizzazioni criminali, non possono evidentemente essere quelli della prostituzione d'altissimo bordo, esercitata da "escort" ingaggiate tramite internet, per lo più del tutto autonome e lautamente retribuite per i loro servizi. Se nella prima è in gioco la tutela di diritti umani elementari, nella seconda si pone forse il solo problema di assicurare un trattamento normativo corrispondente all'attività svolta, che è indubbiamente quella di lavoro autonomo⁸.

Su quest'ultimo punto, la Corte si libera con disinvoltura, forse degna di miglior causa della sentenza della Corte di giustizia europea 20 novembre 2001, ritenendo ch'essa avrebbe bensì qualificato «la prostituzione come attività economica svolta in qualità di lavoratore autonomo: ma ciò al solo fine di escludere che l'esercizio di tale attività possa essere considerato un comportamento abbastanza grave da legittimare restrizioni all'accesso o al soggiorno», quando l'attività sia legalmente consentita

⁸ Su questi processi di trasformazione, v., ad es., P. Monzini, *Il mercato delle donne – Prostituzione, tratta e sfruttamento*, Roma, Donzelli, 2002; F. Carchedi e V. Tola (a cura di), *All'aperto e al chiuso – Prostituzione e tratta: i nuovi dati del fenomeno, i servizi sociali, le normative di riferimento*, Roma, Ediesse, 2008, p. 29 s. e p. 127 s.; G. Garofalo Geymonat, *Vendere e comprare sesso*, Bologna, Il Mulino, 2014; I. Merzagora – G. Travaini, *Prostituzioni*, in A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 38 s. Per una efficace sintesi comparatistica, v. A. Di Nicola, *La prostituzione nell'Unione Europea tra politiche e tratta di esseri umani*, Milano, Franco Angeli Ed., 2006.

ai propri cittadini.

In realtà, la sentenza della Corte di giustizia europea appare più complessa e consistente di quanto non appaia dalla succinta (e forse sbrigativa) sintesi prospettata dalla Corte costituzionale⁹.

Il caso si riferiva ad alcune cittadine ceche e polacche che avevano presentato richiesta di permesso di soggiorno per esercitare in Olanda l'attività di prostitute indipendenti (che in tale ordinamento è riconosciuta e disciplinata dalla legge). La richiesta era stata respinta ed il giudice olandese, adito per stabilirne la legittimità, era ricorso all'interpello pregiudiziale della Corte di giustizia della U.E., per verificare se le disposizioni degli accordi di associazione consentissero di includere la prostituzione tra le attività economiche suscettibili di essere svolte da lavoratori autonomi, o non dovessero piuttosto essere escluse per motivi di buon costume (essendo la prostituzione vietata o comunque non legalmente riconosciuta in numerosi Stati dell'Unione) e per motivi di ordine pubblico (in quanto l'esercizio della prostituzione solleva problemi difficilmente controllabili e risolvibili quanto all'effettiva autonomia ed alla libertà di azione della prostituta).

La Corte di giustizia ha ritenuto senza esitazioni che l'attività prostituzionale indipendente possa essere considerata una prestazione di servizi resa dietro corrispettivo, e costituisca pertanto un'attività economica rilevante ai fini delle disposizioni che garantiscono la libertà di stabilimento. Per negarne l'esercizio non si potrebbe invocare l'eventuale illegalità dell'attività prostituzionale nello stato di origine, qualora lo stato di accoglienza la consideri invece (come per l'appunto in Olanda) legalmente praticabile; né addurre una pretesa immoralità insita nella attività prostituzionale, in quanto il giudice non potrebbe sostituire arbitrariamente il proprio apprezzamento alla valutazione espressa dal legislatore dello stato di accoglienza, che consente e disciplina lo svolgimento di tale attività pretesa immorale.

Quanto alla difficoltà di controllare se le persone dedite all'attività prostituzionale dispongano di un'effettiva libertà di azione, o non siano in realtà prestatrici di lavoro subordinato a contenuto sessuale, la Corte europea osserva che essa non possa autorizzare le autorità dello Stato di accoglienza a presumere in termini assoluti un tale difetto di libertà o una tale dipendenza da un prosseneta. Spetta piuttosto al giudice verificare se l'esercizio della prostituzione sia effettivamente indipendente, ed avvenga cioè al di fuori di vincoli di subordinazione (sia nella scelta professionale sia in rapporto alle condizioni di lavoro, sia rispetto alla remunerazione di servizi prestati), sotto l'esclusiva responsabilità della persona dedita alla prostituzione e dietro corrispettivo integralmente e direttamente a questa versato.

La sentenza della Corte di giustizia dell'U.E. non promuove, evidentemente, la legalizzazione della prostituzione; muove invece dal presupposto ch'essa sia presente e operativa nello stato richiesto dal permesso di soggiorno. Ma finisce anche col riconoscere che, dal punto di vista del diritto comunitario, nulla si oppone al riconoscimento della prostituzione stessa come forma di lavoro autonomo senza dubbio suscettibile di essere esercitato in modo indipendente.

5. Le prospettive di una legalizzazione inclusiva

La prospettiva che la sentenza della Corte europea identifica è evidentemente quella di una legalizzazione «inclusiva», o parificante, secondo cui la prostituzione non rappresenta, di per sé, né un 'male', né un 'bene': non assume un disvalore intrinseco e non corrisponde ad una qualsiasi 'necessità' sociale; è semplicemente una realtà di fatto che rischia, se abbandonata alla deriva dell'anomia, di tradursi in situazioni anche gravemente disfunzionali e intrinsecamente pericolose per una serie di interessi,

⁹ La sentenza della Corte di Giustizia, del 20 novembre 2001, è resa nel procedimento C-268/99.

ciascuno dei quali è di per sé meritevole di salvaguardia: i diritti della persona che la esercita; la salute di chi può trovarsi, direttamente o indirettamente, esposto al rischio di malattie a trasmissione sessuale; i sentimenti di riservatezza potenzialmente lesi da un'offerta prostituzionale diffusa e incontrollata; la dignità della persona e la sicurezza pubblica minacciate dall'intervento pervasivo e prevaricatorio di organizzazioni criminali¹⁰.

In effetti, le attività fonte di profitto economico, se socialmente diffuse ma sprovviste di alcuna forma di disciplina normativa – come accade spesso per la prostituzione –, sviluppano un mercato che dall'anomia trascende con rapidità nell'illegalismo, cioè in una sistematica violazione della legalità: nel reclutamento delle persone avviate alla prostituzione; nel controllo della loro attività secondo moduli coercitivi criminosi; nello sfruttamento vessatorio dei profitti ricavati dall'esercizio. I mercati extralegali votati all'illegalità delittuosa, o si combattono per sopprimerne l'attività che li sostiene, o si disciplinano per renderli legali e per assicurare a coloro che vi prendono parte una tutela giuridica idonea a preservarli dai rischi che la loro anomia implica e determina. Il nodo centrale dell'alternativa consiste nella valutazione che si può ragionevolmente esprimere sul tipo di attività economica di cui si tratta. Nel caso dell'attività prostituzionale la domanda è dunque: sussistono ragioni sufficienti per vietarla?

Prescindendo da valutazioni etiche di principio e muovendo da una considerazione «neutrale»¹¹, tesa così ad assicurare non la prevalenza di una concezione etica sulle altre, ma la coesistenza di punti di vista eticamente differenziati, la risposta 'inclusiva' è univoca: non ci sono ragioni sufficienti per vietare la prostituzione, a condizione però che la scelta prostituzionale sia «libera». Se così è, infatti, la prestazione sessuale costituisce un servizio come qualsiasi altro, con le peculiarità che sono, del resto, ricorrenti in ogni tipo di servizio.

Da questo punto di vista, la premessa iniziale della legalizzazione inclusiva si scontra con le obiezioni opposte dagli abolizionisti, secondo cui la scelta prostituzionale non è mai "libera", ma sempre condizionata da fattori esterni che, anche quando non si identificano in vere e proprie forme di coazione o di frode, dipendono da situazioni di grave disagio economico-sociale. Ma in questo modo – si ribatte sul fronte 'inclusivo' – si finisce col ragionare in termini di pura astrazione, postulando una «libertà» di scelta irreali, perché scissa dai condizionamenti che comunque ne orientano l'esercizio. Gli argomenti messi in campo per stigmatizzare come sostanzialmente coatta la scelta prostituzionale indotta dalla povertà, rileva Helen Self, sono tipici argomenti «da donne bianche occidentali». Ma le donne che vivono nelle contrade dell'Africa e dell'Asia in condizioni di estrema povertà, lavorando in condizioni bestiali, prive di assistenza sanitaria, senza educazione, discriminate, oppresse «non scelgono»: è il «danaro che assicura una scelta. La scelta è un lusso. La prostituzione assicura danaro»¹².

In questi termini, la scelta di esercitare la prostituzione potrebbe risultare (e in qualche modo in realtà risulta) una forma di ... emancipazione, almeno relativa, per le donne che versino in condizioni particolarmente disperate. La prospettiva - francamente paradossale - consente tuttavia ai legalizzatori 'inclusivi' di insistere sulla necessità di una disciplina parificante dell'attività prostituzionale, proprio al fine di garantire, a chi ha compiuto la scelta, il massimo dei benefici che ne possono derivare con il minimo dei rischi che si possono correre. L'operatrice del sesso deve essere posta in condizioni di trarre lautissimi profitti dalla sua scelta originaria, magari meno 'libera' di quanto sarebbe auspicabile, per assicurarsi, con il danaro, il 'lusso' di una scelta diversa. Una prospettiva certo non influenza-

10 Su questa proposta v., ad es., R. Sapio, *op. cit.*, p. 153 s. sulle politiche corrispondenti a questo modello v. A. Di Nicola, *op. cit.* p. 32 s.

11 In proposito, v. A. Manna, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 321 s.

12 Cfr. H.J. Self, *A response to Janice Raymond's '10 reasons for Not Legalizing Prostitution'*, www.rapereliefshelter.bc.ca/issues/prostitution_legalizing.html, p. 5 (traduzione personale dall'inglese).

ta da preoccupazioni etiche, ma – va pure detto – consonante con l'*ethos* di una società che sul danaro fonda l'assiologia dei comportamenti individuali.

In sostanza, mentre gli abolizionisti negano la praticabilità di una distinzione tra prostituzione 'coatta' e prostituzione 'volontaria', perché in realtà essa è sempre, e necessariamente coatta, i legalizzatori 'inclusivi' ritengono arbitraria una simile commistione e riducono la prostituzione 'coatta' alle sole ipotesi in cui l'avvio all'esercizio dell'attività (o la sua continuazione) dipenda da condotte qualificate di coercizione o di induzione: la violenza, la minaccia, la frode, l'abuso di qualità o di funzioni.

D'altronde, postulare che la prostituzione sia necessariamente «coatta», in un'accezione che spazia dalle vere e proprie forme di determinazione illecita alle situazioni di condizionamento socio-ambientale ed economico, presuppone l'assunto secondo cui nessuno, a nessun patto, possa risolversi "liberamente" ad esercitarla. Se lo fa, non può che essere in conseguenza di una pressione indebita. Ma un tale assunto, a sua volta, si regge sul presupposto che la scelta prostituzionale sia percepita tanto intrinsecamente negativa e tanto disgustosamente degradante, da non poter essere praticata se non per estrema necessità cogente. Non sembra facile convenire con asserzioni così recise; ma quand'anche fossero generalmente fondate, si può poi ritenere che il diritto debba, a sua volta, muovere da postulati etici di questa natura? Gli strumenti valutativi di cui esso dispone per negare la volontà libera di una scelta sono in realtà soltanto quelli poc'anzi ricordati, che si identificano in fattori specifici (violenza, minaccia, inganno). Ciò che può, e deve, fare è garantirne l'effettiva applicazione.

6. La sentenza della Corte costituzionale e l'occasione mancata

Nessuno può ovviamente supporre che la Corte costituzionale potesse ispirare la propria decisione a indirizzi di politica criminale che solo al legislatore spetta individuare e perseguire. Tuttavia, ci si poteva aspettare che la riflessione si concentrasse sulla dimensione teleologica proprio della legge Merlin, e se ne verificasse la congruenza con l'attuale contesto di riferimento.

La legge Merlin, come si è accennato, è chiaramente ispirata ad un abolizionismo «indiretto», che ha come obiettivo centrale l'eliminazione dello sfruttamento, concepito come il maggiore e più stringente vincolo alla libertà della persona che si prostituisce. Lo sfruttamento è ad un tempo lo scopo perseguito da chi intende trar profitto parassitario dall'attività prostituzionale ed il mezzo coercitivo per realizzarlo: perpetua in sostanza la servitù della persona anche fuori e oltre il regime regolamentarista. Per questo, la legge Merlin dissemina intorno alla prostituzione un reticolo variegato di incriminazioni il cui intento pratico è quello di impedire che l'esercizio della prostituzione possa essere oggetto di sfruttamento. Abolizione del regolamentarismo e lotta allo sfruttamento costituiscono le due polarità iscritte a chiare lettere nel titolo stesso della legge. Il contrasto nello sfruttamento compendia e in qualche modo esaurisce la finalità che la legge proietta nell'avvenire, assumendo (non a torto, in linea di principio) che la trasformazione dell'attività prostituzionale in una fonte di profitto parassitario rappresenti non soltanto un potente incentivo a promuoverla, ma anche, e soprattutto, l'espressione "tangibile" della degradazione subita dalla persona, per il fatto di essere ridotta a fonte di reddito altrui, a strumento di profitto, a semplice cosa fruttifera. È la dignità della persona che si prostituisce, il valore inalienabile che le è proprio nonostante l'attività esercitata, il suo diritto a essere riconosciuta come soggetto nei rapporti economici instaurati, che la legge Merlin intende prima di tutto proteggere, garantire e tutelare.

In questo senso, l'asse teleologico costante e indefettibile lungo il quale si dispongono le fattispecie incriminatrici è rappresentato dallo sfruttamento della prostituzione altrui. È ben vero ch'esso compare, in forma espressa e dichiarata, al termine della lunga serie di ipotesi sciorinate di numero in numero dell'art. 3, solamente al n. 8, dove, conclusivamente, è punito «chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui». Ma si tratta per l'appunto della clausola finale di un elenco,

costituito da una serie di condotte la cui ragion d'essere ed il cui senso teleologico si colgono e si apprezzano soltanto correlandoli allo sfruttamento. Si tratta di una correlazione che assume le conformazioni più varie. Nel n. 1 e nel n. 2, ad es., in cui emerge il profilo della «casa di prostituzione», interviene un pericolo concreto di sfruttamento, dato che l'impresa prostituzionale, implicita nell'organizzazione di una tale «azienda», è necessariamente volta al profitto, e questo dipende, a sua volta, dall'attività «lavorativa» della prostituta. Un analogo pericolo si prospetta nel caso del lenocinio (n. 5, seconda parte), in quanto la mediazione svolta postula, di regola, un ricavo economico, o nel caso del reclutamento (n. 4), essendo inconcepibile che si provveda ad «arruolare» persone da destinare all'esercizio della prostituzione se non in vista di un'attività di impresa che le coinvolga come «prestatrici d'opera subordinata». Vincoli meno intensi, nella forma del pericolo astratto, si prospettano per altre ipotesi criminose, quali l'induzione alla prostituzione (nn. 5 e 6). Nel caso della tolleranza abituale il nesso si atteggia, addirittura, in termini di mero e nudo sospetto.

Nel caso del favoreggiamento la tensione tra tipo e offesa si fa particolarmente acuta e problematica: la condotta tipica può identificarsi con qualsiasi comportamento che determini più facili condizioni per l'esercizio della prostituzione altrui, in rapporto ai mezzi, all'ospitalità, all'assistenza, alla protezione. Il favoreggiamento implica pertanto un aiuto effettivamente prestato e tale da incidere sulle modalità con cui l'attività prostituzionale si svolge. In linea di principio, quindi, la serie delle condotte suscettibili di integrare il tipo è di straordinaria e multiforme varietà; investe ogni forma di relazione che intervenga nell'esercizio della prostituzione, fornendogli un supporto, un sostegno, una facilitazione, anche solo una semplice utilità. In linea di principio, può trattarsi della locazione di una camera d'albergo o di un appartamento per consentire la prestazione sessuale; della somministrazione dei profilattici; del trasporto sul luogo di esercizio; della fornitura di abiti 'adatti' a richiamare l'attenzione dei potenziali clienti, della cura prestata per consentire una rapida ripresa dell'attività dopo una malattia, e così via, per una serie infinita di ipotesi: tutto ciò che la persona dedita alla prostituzione può utilizzare proficuamente per la sua attività rischia di convertirsi in favoreggiamento per chi glielo presta. Al limite, persino il cliente che accetta l'offerta di un rapporto sessuale mercenario potrebbe essere inserito nell'orbita dell'incriminazione: accettare l'offerta prostituzionale – si potrebbe dire – è il modo più diretto ed immediato di renderla proficua.

In un quadro così potenzialmente e indiscriminatamente esteso, si è inserita tuttavia un'ermeneutica giurisprudenziale¹³ che ha cercato di definire con maggiore determinatezza i confini della tipicità, riconducendo entro limiti meno irragionevoli l'onnivora capacità espansiva della disposizione. Gli strumenti concettuali utilizzati a tal fine sono di diverso spessore e di varia tenuta, e prospettano esiti non sempre convincenti.

Su questo terreno avrebbe potuto, e forse dovuto, inserirsi una pronuncia della Corte che sancisse 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. Uno spiraglio di ragionevolezza in un assetto normativo ormai letteralmente fuori tempo.

13 Sull'irto percorso ermeneutico del favoreggiamento, v., per tutti, A. Manna, *op. cit.*, p. 315 ss.