

DEL RECLUTARE ESCORT PER UN PREMIER: CHI OFFENDE COSA? RIFLESSIONI SUL RAPPORTO FRA DIRITTO E FATTO IN UN *AFFAIRE* GIUDIZIARIO

DANIELA BIFULCO

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

daniela.bifulco@unicampania.it

ABSTRACT

The paper aims at highlighting the role of courts in selecting facts (so called ‘facts of case’) which might be relevant in the constitutional review and, more specifically, the role and marge of discretion that the Italian constitutional Court can enjoy in evaluating the selection of facts previously made by a judge/court. The case here discussed concerns an ‘incidental’ constitutional review, i.e. a case where the question of law’s constitutionality arises as an ‘incident’ to ordinary legal proceeding. The ‘incident’ arose before the Court of Appeal of Bari, in 2018, and had as an object the question of constitutionality of art. 3, statute n. 75/1958, foreseeing as a crime the recruitment and aiding of voluntary prostitution. In turn, the Bari legal proceeding had to do with some people accused of recruiting escorts for the former Italian Premier Berlusconi. The article focuses on the evaluation, made by both the Bari Court of Appeal and the Italian constitutional court, of the ‘harm principle’, requiring an offense to have been committed against a given legal asset. It then critically inquires the decision made by both courts of restricting the flaw of facts that have been considered relevant in the legal reasoning of the constitutional Court.

KEYWORDS

Incidental constitutional review; facts of case; offense/harm principle; duty of constitutional loyalty.

“Devo quindi calcolare bene ogni mossa in modo da ottenere il massimo di cancellazione col minimo di ricomplicazione” (Italo Calvino, *Se una notte d’inverno un viaggiatore*)

In uno dei passaggi-chiave della sentenza n. 141/2019, la Corte costituzionale italiana ha ritenuto che la decisione di prostituirsi è, quasi sempre, una scelta non libera, in quanto condizionata da fattori - economici, sociali, affettivi etc. - che non possono non influenzare la libera autodeterminazione dell’individuo. Ciò sarebbe vero, a parere del

giudice delle leggi, anche per i casi concernenti le cd. escort (accompagnatrici retribuite, disponibili anche a prestazioni sessuali), nei quali la scelta di prostituirsi, per quanto libera possa apparire, mai del tutto scevra sarebbe di conseguenze legate ai pericoli per l'integrità fisica e la salute cui l'escort si espone nel momento del contatto con il cliente. La Corte ha pertanto dichiarato non fondate, nella sentenza poc'anzi citata, le questioni sollevate dalla Corte d'appello di Bari in riferimento alle disposizioni della "legge Merlin", che puniscono il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione (v. nota 1). A parere della Corte costituzionale, tali disposizioni mantengono intatta la propria validità dal momento che esse, incriminando le condotte di reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione, sono volte a tutelare i diritti fondamentali delle persone vulnerabili e la dignità umana. Per quanto la libertà sessuale sia senz'altro un diritto fondamentale, essa non vale però anche a giustificare quelle condotte, tuttora previste come reati dalla legge Merlin.

Molteplici i profili d'interesse di questa decisione che, pur non avendo direttamente a oggetto norme concernenti il soggetto che si prostituisce (quest'ultimo non è infatti punibile in base alla normativa vigente), bensì norme su condotte gravitanti attorno alla prostituzione (quali il reclutamento e il favoreggiamento), si spinge verso temi concernenti la dignità umana, i diritti inviolabili dell'uomo, lo sviluppo della persona umana, la libertà sessuale di coloro che si prostituiscono. A tanto, il giudice delle leggi è stato chiamato dalla Corte d'appello di Bari, che aveva prospettato la questione di legittimità costituzionale (d'ora in poi: QLC) delle norme sul reclutamento della prostituzione¹ fornendo un'interpretazione nettamente diversa da ciò che la Corte costituzionale avrebbe poi sostenuto.

Dell'intera questione, noi vorremmo qui isolare un singolo profilo, concernente il principio di offensività. Più precisamente, il tentativo perseguito in questa sede mira ad approfondire il giudizio di entrambe le Corti 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* ancor più accentuata di quanto non emerga dall'ordinanza della Corte di Bari e dalla sentenza della Corte costituzionale.

¹ La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Bari 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».

1. IL PARERE DELLE DUE CORTI SUL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

La QLC sottoposta alla Corte costituzionale con l'ordinanza del 6 febbraio 2018 della terza sezione della Corte d'appello di Bari è stata volta a censurare 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. Nella prospettazione del giudice *a quo*, il principio di offensività risulterebbe violato dalle norme in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, ove tali norme siano riferite, come nel caso di specie, all'attività delle escort. Secondo tale ragionamento - condiviso peraltro da molta dottrina penalistica² - tanto il reclutamento quanto il favoreggiamento non arrecherebbero alcuna lesione alla libertà auto-determinativa della escort, facilitandone, anzi, la piena attuazione. Dal momento che l'attività di prostituzione non costituisce né un illecito penale né un illecito amministrativo, non potrebbe considerarsi lesiva di un qualche bene giuridico una condotta tesa a favorire una attività non illecita, almeno nei casi di esercizio volontario, libero, e cioè non coattivo, di detta attività.

In una recente riflessione sui temi di cui qui si discute, dai contenuti peraltro affini alle tesi sostenute dal giudice di Bari, 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'.³ Il favoreggiatore può essere considerato come colui che 'dà fundamentalmente una mano alle escort per trovare il cliente o più in generale per agevolare l'attività'.⁴ Una siffatta condotta sarebbe dunque inoffensiva. Da ciò conseguirebbe - secondo la dottrina citata, così come secondo la Corte barese - 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 auto-determinativa (dell'escort), ma addirittura ne facilitano la piena attuazione, arrecando vantaggi ai soggetti che ne sono destinatari'.⁵

² 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) 1/2018, p. 127 ss.

³ A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2018, p. 158.

⁴ *Ibidem*.

⁵ 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

Un'interpretazione siffatta del principio di offensività viene contestata dal giudice costituzionale, secondo il quale le norme impugnate 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)⁶, 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 costituzionale, 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 in quelli di 'modalità auto-affermativa della persona umana', come ritenuto invece nell'ordinanza di remissione (1.2 del 'ritenuto in fatto'). Nella prospettiva 'astratta' (quella 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: il fatto 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 e diverse circostanze, 'la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle

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

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.

2. L'INCONGRUENZA TRA FATTO E DIRITTO

L'elemento che vorremmo proporre alla riflessione è allora il seguente: 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 il caso concreto, così come del resto prospettato nelle prime otto pagine dell'ordinanza stessa di rimessione, la valutazione finale e complessiva sull'offensività delle norme sarebbe stata, forse, diversa. Il risultato di una lettura delle norme meno astratta e più orientata verso il caso avrebbe potuto portare il giudice *a quo* a ravvisare non violato in principio di offensività e, forse, a non sollevare l'incidente di costituzionalità,⁷ o comunque a non sollevarlo rispetto al profilo dell'offensività. Tutto, nell'incipit dell'ordinanza di rimessione, sembra invero preludere 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 questione di legittimità costituzionale.

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., e, con specifico riferimento alla violazione del principio di offensività del reato, con gli artt. 13, 25 c.1 e 27 della Costituzione⁸. Quel che non torna, nell'argomentazione dell'ordinanza di rimessione, e, conseguentemente, nella decisione della Corte, pare riguardare il rapporto tra fatto e diritto, tra 'vicenda processuale' e giudizio sulle norme penali impugnate. Se ne ricava

⁷ Sulla base di argomentazioni diverse da quelle che si svilupperanno in questa sede, A. Bonomi, cit., p. 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.

⁸ La 'valutazione di sospetta incostituzionalità' delle norme, che il g. 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., p. 16).

l'impressione che entrambe le Corti si rifiutino di *ragionare fino in fondo* sull'offensività 'in concreto' delle norme sottoposte a scrutinio di costituzionalità. 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, 'ripescando' quei profili per considerarli 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'.⁹

Ma un dubbio affiora: che senso avrebbe, nel giudizio di costituzionalità delle norme, il 'ritenuto in fatto', se la Corte costituzionale non potesse vantare un minimo grado di autonomia rispetto al fatto, così come ricostruito dal giudice *a quo*? Tanto più che, 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,¹⁰ 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') 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 remissione 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 (eccessivamente ligia al principio di corrispondenza tra chiesto e

⁹ 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*, Giappichelli, Torino 2018, p. 212.

¹⁰ H. G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), tr.it. Bompiani, Milano 1983, p. 376. Sul rapporto tra fatto e diritto, cfr. le considerazioni di M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007, spec. pp.236-242.

pronunciato?) della Corte costituzionale, è, racchiuso, a parere 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 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».¹¹

Tale è, dunque, l'incipit della QLC. Ciò vuol dire che, per il giudice di Bari, *questi* fatti (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 giudice delle leggi (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, il riferimento a un profilo fattuale non certo secondario, ripreso, non a caso, anche dalla Corte, ovvero l'esser quella attività di reclutamento e favoreggiamento rivolta a un certo cliente finale, un rappresentante delle istituzioni (dei massimi livelli delle istituzioni, più precisamente). 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. Ebbene, il non secondario profilo, lasciato a un bel momento riposare in pace, attiene al fatto che l'attività di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione degli imputati 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 di escort. Come ricordato nell'ordinanza di

¹¹ Ordinanza, cit. (*sub* nota 5), p. 10. Corsivi nostri.

rimessione, quei reclutatori e favoreggiatori *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).

3. I BENI COSTITUZIONALI VIOLATI NEL CASO DI SPECIE. PER UNA RILETTURA DEL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ ALLA LUCE DI QUESTO CASO

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 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* (e quindi il giudice delle leggi) a indicare, dapprima, un ‘cuore della problematica’, una ‘sostanza’ - fattuale e giuridica - per poi rimuovere poi, da tale ‘cuore’/’sostanza’, uno dei profili del fatto forse 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 se non vi fosse modo di tener fermo quell’aspetto del ‘cuore della vicenda processuale’ nell’analisi vera e propria della costituzionalità delle norme (e, soprattutto, nel giudizio sul principio di offensività delle stesse). 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 nutriva delle precise aspettative ‘istituzionali’ o parastituzionali (‘allacciare rapporti di tipo affaristico con vertici della protezione civile’, ad

esempio)? 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 giro di scambi e affari gravitanti 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?¹²

E, inoltre, quel miraggio di incarichi, prebende, 'abboccamenti' 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, 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? La dignità delle escort o quella delle pubbliche istituzioni?* 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).

4. 'LA TUA FACILITÀ NON SEMPLIFICA, MAX' (PAOLO CONTE)

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',¹³ può esser vero in generale, *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 impugate, né sulla *situazione normativa* più generale (*infra*, nota 19). Non vale qui, insomma, l'espedito narrativo di Italo Calvino, citato in esergo.

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

¹² G.M. Salerno, *Art. 54*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino 2006, p. 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 (Grossi)'.

¹³ *Retro*, nota 4.

orientarsi alla norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso”¹⁴, 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, potrebbe disinteressarsi della faccenda), apprestando invece anche corsie preferenziali affinché gli imputati potessero ‘avvicinarsi’ alle istituzioni.

Può ben dirsi, allora, che, nel caso di specie, il 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* e, di conseguenza, la Corte non abbiano voluto, o potuto, 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. (dovere di fedeltà alla Repubblica), 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.¹⁵

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.

In definitiva, si può esser d’accordo con le conclusioni della Corte, ma sulla base di una lettura diversa della norma, più orientata al fatto. A nostro sommo avviso, il caso da cui origina l’ordinanza di rimessione, e quindi la sentenza della Corte, ha riguardato soltanto assai indirettamente la ‘dignità’ delle escort, e assai più direttamente la ‘dignità’ delle pubbliche istituzioni. La Corte non poteva certo esprimersi in tal senso, visto il peso politico del processo barese. L’unica ‘indulgenza’ che le si può forse rimproverare è di aver lasciato al giudice *a quo* carta bianca nel selezionare *i fatti rilevanti per il diritto*, cioè per l’interpretazione delle disposizioni impugnate.

¹⁴ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, p. 181.

¹⁵ G. M. Salerno, cit., p. 1079, in riferimento alla tesi di G. Ballardore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1962, p. 381 ss.

Qualcuno ha scritto che la fama del giudice Benjamin Cardozo dovè non poco al debolissimo *dissent* del giudice Andrews in *Palgraf v. Long Island Railway Company* (1928), decisione, a firma di Cardozo, che sarebbe stata cruciale per gli sviluppi futuri del Tort law statunitense.¹⁶ In tale occasione, Andrews scrisse un *dissent* scrupoloso, sì, in punta di diritto, trascurando, tuttavia, di rivedere accuratamente la descrizione dei fatti offerta da Cardozo.¹⁷ Da parte sua, Cardozo era notoriamente un ‘mago’ dei ‘ritenuti in fatto’, riuscendo ad operare eleganti (dal punto di vista stilistico) selezioni e sottrazioni dei fatti rilevanti per la causa, sempre funzionali al raggiungimento del punto di diritto che egli intendeva dimostrare.

L'impressione è che la Corte costituzionale, in questa decisione, abbia agito come l'autore di quella *dissenting opinion*, ragionando, sì, di diritto, ma tralasciando il peso del ‘fatto’, o comunque sottovalutandone le potenzialità in termini di ausilio ermeneutico.

Vero è che, in ogni giudizio, il fatto arriva sempre già come ‘questione di fatto’, depurato cioè da taluni dettagli (più o meno trascurabili, più o meno significativi) che hanno contribuito a dargli forma nella realtà. Resistono, nella decisione, soltanto quei dettagli che il giudice ha selezionato e ritenuto essenziali per ri-configurare il fatto.¹⁸ Ogni sentenza è, in tal senso, ‘performativa’. Ciò vale anche per le ‘vicende processuali’ e per le questioni di fatto che, dalla penna di un giudice *a quo*, approdano poi sulla scrivania della Corte costituzionale.

E vero è anche che il giudice costituzionale non è giudice del fatto. Tuttavia, nelle sue sentenze, vi è sempre un ‘ritenuto in fatto’. Il problema che abbiamo inteso porre è quindi il seguente: se il giudice *a quo* accenna a un *dettaglio* del fatto (nel caso di specie, l'aspettativa, da parte degli imputati, di una ricompensa istituzionale per l'attività di intermediazione e di reclutamento di escort) per poi trascurarlo nella formulazione della questione di legittimità costituzionale, e se tale dettaglio del fatto dovesse essere

¹⁶ *Palgraf v. Long Island R. Co.*, 248 N.Y. 339, 162 N. E. 99 (1928), con tale decisione, Cardozo pose un importante precedente relativo al dovere di diligenza (*duty of foresight*), così imprimendo un nuovo corso al Tort law statunitense.

¹⁷ R. A. Posner, Cardozo, *A study in Reputation*, 1990, The University of Chicago Press, Chicago-London, pp. 33-57, spec. 45.

¹⁸ Come osserva B. Shapiro, *The Concept ‘Fact’: Legal Origins and Cultural Diffusion*, in *Albion*, vol. 26, n. 2, p. 227-252, in un'interessante studio sull'influenza che la struttura del ragionamento giudiziario, e il concetto di ‘matter of fact’ nelle decisioni giudiziarie, ebbero sulle scienze naturali nell'Inghilterra moderna, lo schema vero di una decisione giudiziaria non conduce mai dal ‘fatto’ alla questione di fatto, bensì direttamente dalla questione di fatto a quella di diritto. Nella ricostruzione del ‘fatto’, insomma, il giudice ha già operato una selezione dei fatti, più o meno discrezionale, e più o meno arbitraria.

rilevante per l'interpretazione di una disposizione e, anzi, della ' *situazione normativa* ' ¹⁹ nel suo complesso, la Corte costituzionale non può mai recuperare quel fatto al diritto?

¹⁹ L'oggetto del sindacato della Corte costituzionale è stato qualificato nei termini di 'situazione normativa' per indicare il '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 seguire 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 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'. Così, A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 102-103.