

## 7. Il favoreggimento oggi

Si tratta di capire se una simile scelta legislativa sia oggi accettabile o no, e in particolare se possa integrare la violazione di un qualche principio costituzionale.

### 7.1. *L'attuale condizione della donna e della "donna-prostituta" e le esigenze di tutela penale*

Prima di affrontare direttamente questa questione è bene sottolineare che in questi cinquant'anni è più trascorsi dall'approvazione della legge Merlin molte cose sono cambiate nella società. I passi avanti realizzati dalle donne non solo in Italia sono stati enormi. Ancora oggi forse non si può dire che si sia raggiunta una totale parità fra uomo e donna, e ciò trova riscontro anche in numerose misure legislative specie di taglio civilistico; ma senza dubbio le differenze e le discriminazioni fra i due sessi si sono ridotte di gran lunga. Anche in materia penale, le numerose differenze fra uomo e donna riscontrabili nel codice sono state eliminate (per tutte, si pensi alla dichiarazione d'incostituzionalità dell'adulterio e del concubinato avvenuta già a fine anni Sessanta). Oggi sarebbe implausibile negare anche solo parzialmente la libertà di autodeterminazione alla donna solo perché è donna<sup>4</sup>. Una volta riconosciuta piena libertà di autodeterminazione alla donna, anche relativamente ad essa si deve riconoscere che possa autodefinire la *propria dignità* come *dignità soggettiva*, nel senso sopra esposto. Dunque, *non sarebbe ammissibile oggi un intervento paternalistico nei confronti della donna solo perché è donna*, come è invece legittimo fare nei confronti dei minori.

Naturalmente, va considerata la specificità della "donna-prostituta". Sul punto si potrebbe dire molto. Si potrebbe partire dal Lombroso, e sottolineare che per il Lombroso la prostituta era spesso tale perché geneticamente predisposta a tale attività. Il positivista veronese riteneva che la donna-prostituta fosse il *pendant* dell'uomo-delinquente, ovvero che la delinquenza nella donna si esprimesse essenzialmente nella prostituzione. Ma per Lombroso la donna era comunque un essere assai inferiore all'uomo<sup>5</sup>.

Non possiamo certo indugiare su questi pur interessanti precedenti storico-culturali, ed è bene calarsi nella realtà della società odierna. Anche su questo tema necessariamente si deve sintetizzare, e non si possono prendere in considerazione gli ampi studi che la criminologia ha dedicato alla questione<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Si pensi che per il diritto romano e comune il principio *ignorantia legis non excusat* trovava eccezione, fra l'altro, per le donne, perché un loro errore di diritto era in certi casi scusabile; ciò a causa dell'inferiorità mentale o culturale della donna a quei tempi.

<sup>5</sup> C. LOMBROSO e G. FERRERO, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino, 1893, *passim*.

<sup>6</sup> Sul punto da ultimi si vedano i contributi di I. MERZAGORA e G. TRAVAINI in questo volume.

Tuttavia, si può rilevare quantomeno che esistono diversi tipi di prostitute. Esiste la donna che viene costretta magari attraverso minacce o violenze a prostituirsi: in questi casi siamo talora di fronte a vere e proprie "schiave" del sesso a pagamento, spesso costrette ad emigrare da un paese all'altro per essere forzatamente immesse nel mercato della prostituzione. Di fronte a soggetti di questo genere, donne o uomini che siano, è chiaro che ci si trova al cospetto a esseri umani che sono stati obbligati a fare quel che fanno, contro la loro volontà: parlare di libertà di autodeterminazione in questi casi sarebbe assurdo. Qui, ci si trova di fronte a delle vere e proprie *vittime*, non si discute su questo. L'intervento del diritto penale in questi casi è ampiamente giustificato, e non trova certamente fondamento in paternalismi di alcun genere, ma nel più classico principio liberale del *neminem laedere*.

Esistono poi casi intermedi, in cui una donna (ma talora anche un uomo) è spinta alla prostituzione dall'indigenza e da condizioni sociali degradate, di cui taluno abusa e approfitta. Si tratta di casi che si situano forse in una zona grigia tra la vera e propria capacità di autodeterminarsi e la costrizione vera e propria. Questi sono certamente i casi più difficili, in relazione ai quali è verosimilmente ammissibile una qualche forma di tutela penale, visto che il consenso di tali soggetti può dirsi almeno in certi casi concreti viziato. La norma penale dovrebbe peraltro dare la possibilità al giudice di individuare queste ipotesi e di distinguerle da quelle in cui la scelta della prostituta è da ritenersi volontaria.

Esiste infine una terza categoria di ipotesi in cui si deve ritenere che la prostituta scelga liberamente di prostituirsi, per mille motivi, che non è il caso di indagare in questa sede. In questi casi, punire il condotte come il favoreggiamento significherebbe punire nulla più che un reato senza vittime. Qui, la scelta della cosiddetta vittima è in realtà libera e volontaria, e chi agevola una tale attività non fa altro che fare un favore a colui (o colei) che la esercita. Di conseguenza, non vi è alcuna attività dannosa, non vi è alcuna lesione di interesse tutelabile dal diritto penale, e non vi è alcuna vittima. Si potrebbe pensare in questi casi alla *dignità* della persona, bene giuridico a cui pensavano i compilatori della legge Merlin oltre cinquant'anni fa. Ma, come si è visto più sopra, il concetto di dignità non può oggi intendersi come concetto di dignità oggettiva, se si vuole rispettare il principio di autodeterminazione. Attualmente, relativamente a soggetti capaci di determinarsi, e a materie relativamente alle quali si accetta una tale libertà di autodeterminazione, l'unico concetto di dignità accettabile per il diritto è quello di *dignità soggettiva*. Ovvero, ciascuno esercita le attività che preferisce, fino a che questa attività non va a ledere gli interessi altrui recando danni a terzi. E nell'esercitare un'attività o un'altra ogni soggetto sceglie anche la propria tipologia di dignità.

Va precisato che la repressione penale del favoreggiamento, per la legge Merlin, ha di mira ipotesi in cui vi è un consenso reale della prostituta. In ipotesi diverse, infatti, si applicano ovviamente numerose altre fattispecie

della legge. La stessa *istigazione* è una condotta in parte diversa, che può spingere alla prostituzione anche soggetti “deboli” bisognosi di tutela. Se si utilizzasse il favoreggiamento per punire condotte in cui non vi è un consenso attuato liberamente da soggetti responsabili, d’altronde, si duplicherebbe inutilmente la tutela e la stessa fatti-specie in esame non avrebbe ragion d’essere violando il principio del *ne bis in idem* sostanziale. Dunque, nel prosieguo del discorso, si dovrà tenere presente solo questa terza figura di prostitute e dare per scontato che per le altre due tipologie un’ampia tutela penale è comunque disponibile.

### 7.2. Libertà sessuale e prostituzione

Per ritenere accettabile, anche sotto il profilo costituzionale, la repressione penale del *favoreggiamento* in queste ipotesi, occorrerebbe dimostrare che in questa materia non è ammissibile costituzionalmente una libertà di auto-determinazione da parte della donna, o comunque di chi vuole prostituirsi. E qui viene uno snodo fondamentale della questione.

Invero, non si dubita che la *prostituzione* rientri nell’ambito dell’*attività sessuale*. La prostituzione, anzi, non è che *attività sessuale a pagamento*. Per verificare se l’esercizio della prostituzione risponda ad una libertà di autodeterminarsi costituzionalmente occorre dunque partire dal problema del *riconoscimento di un diritto costituzionalmente garantito di libertà sessuale*.

La *libertà sessuale* è concetto che risale nel tempo, se si pensa che persino nella configurazione originaria del codice Rocco, nel 1930, si collocavano i delitti c.d. sessuali nell’ambito dei delitti contro la “libertà sessuale” (pur ambiguumamente all’interno del Titolo IX concernente i delitti contro la “moralità pubblica e il buon costume”). Ma per venire ai decenni più recenti, che sia riconosciuta una libertà sessuale, e che questa libertà abbia anche rilievo costituzionale non è cosa che si possa porre seriamente in dubbio. Numerose sentenze della Corte Costituzionale riconoscono la *libertà sessuale* come diritto fondamentale della persona<sup>7</sup>. Analogamente si può dire per la stessa *identità sessuale*, che deve ritenersi diritto costituzionalmente garantito<sup>8</sup>. Tutti questi diritti, se non sono esplicitamente menzionati dalla Costituzione, sono implicitamente derivabili dall’art. 2 Cost. che deve ritenersi contenere

<sup>7</sup> Si veda la sentenza n. 561 del 1987 della Corte Costituzionale dove viene detto che “[e]ssendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l’art. 2 Cost. impone di garantire.”

<sup>8</sup> Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 1985 dove viene detto che “il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità”.

un catalogo aperto di diritti, come anche cospicua dottrina ha confermato<sup>9</sup>. Né la libertà sessuale è riconosciuta solo all'interno dell'ordinamento italiano a livello costituzionale; anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in più di una pronuncia ha affermato con forza la sussistenza di tale libertà. Si pensi per tutti al caso *Dudgeon v. United Kingdom* con il quale si è ritenuta contrastare con la CEDU una legge dell'Irlanda del Nord che reprimeva gli atti omosessuali fra adulti consenzienti. La norma della CEDU che viene in considerazione in questi casi è l'articolo 8 che riguarda il diritto alla vita privata<sup>10</sup>.

Il riconoscimento della libertà sessuale come diritto costituzionalmente garantito va inteso sia in senso *negativo* che in senso *positivo*.

In senso *negativo* la libertà sessuale implica che un soggetto non possa essere costretto ad attuare condotte sessualmente rilevanti che egli non voglia attuare. A presidio di questa libertà stanno ovviamente tutte le norme di cui agli artt. 609 bis e seguenti del codice penale, che puniscono la violenza sessuale ed altri reati collegati.

Sotto il versante *positivo*, la libertà sessuale indica il diritto di esplicare qualsiasi attività sessuale un soggetto abbia desiderio di fare, con il limite ovvio del rispetto degli interessi altrui. Così, *in privato*, ciascuno può esplicare la sua libertà sessuale mediante attività di qualsiasi genere, purché attuate nei confronti di soggetti adulti e consenzienti. *In pubblico*, l'esplicazione di tale libertà trova un limite nel fatto che il pubblico e il singolo passante non debbono essere sottoposti a forzose visioni di immagini o di atti che possono suscitare turbamento o fastidio.

Il riconoscimento di una libertà sessuale positiva porta ad esempio a riconoscere il diritto alla omosessualità e al compimento di atti omosessuali, anche qui, naturalmente, nel rispetto del consenso altrui.

Si può dire che la libertà sessuale intesa in senso positivo si possa estendere anche all'esercizio della *prostituzione*? Ritengo che la risposta debba essere affermativa. Al fine di dare una risposta plausibile a questa domanda, occorre peraltro domandarsi preliminarmente cosa caratterizzi l'attività di prostituzione rispetto a una qualsiasi attività sessuale. La risposta è abbastanza semplice: la prostituzione rispetto a qualsiasi attività sessuale si caratterizza per essere *un'attività sessuale a pagamento*.

Ora il quesito si deve riformulare nel modo seguente: *la libertà sessuale intesa in senso positivo si deve ritenere estesa alla libertà di attuare un'attività sessuale a pagamento*.

<sup>9</sup> Cfr. per tutti A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, p. 50 ss. Si veda anche, per una nota alla menzionata sentenza n. 561 del 1987 della Corte Costituzionale dove viene sostenuta la tesi per cui l'art. 2 Cost. costituirebbe catalogo aperto di diritti, L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale – Nota a C. Cost. 18 dicembre 1987*, n. 561 in *Foro Italiano*, 1989, fasc. 7-8, pagg. 2113-2119.

<sup>10</sup> *Dudgeon v. United Kingdom*, application no. 7525/76, 22 Ottobre 1981 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

*attività sessuale a pagamento, ovvero dietro pagamento di un compenso?* Non vedo alcuna ragione per escludere questo tipo di attività sessuale dal concetto di libertà sessuale di cui si tratta. Se si riconosce a qualsiasi soggetto capace di autodeterminarsi di poter realizzare qualsiasi attività sessuale purché questa non leda interessi altrui contro il consenso del danneggiato, non vedo perché si dovrebbe ritenere esclusa da questa libertà la prostituzione. Chi si prostituisce esercita indubbiamente un tipo di libertà sessuale. Non lede certamente in questo modo gli interessi della sua controparte, ovvero del cliente, perché anzi il cliente è per definizione consenziente al “contratto” di prostituzione. Neppure si può dire che il cliente sia danneggiato perché deve pagare un prezzo alla prostituta, perché anche relativamente a questo punto si deve ritenere che il cliente sia consenziente, e d'altra parte nessuno può porre in dubbio che questi possa disporre dei suoi interessi patrimoniali. È chiaro che sotto questo punto di vista bisogna distinguere tra clienti maggiorenni e clienti minorenni, ma relativamente ai clienti maggiorenni, non vedo quale danno possa derivare al cliente dall'attività della prostituta.

Certo, si potrebbe dire che la prostituta danneggia sé stessa, magari perché lede la propria *dignità*. Ma qui si ritorna a concetti già discussi. La dignità non può essere quella oggettiva che l'ordinamento postula in base a valori morali magari anche condivisi dalla collettività. Deve essere quella dignità soggettiva che deve essere riconosciuta ad ogni soggetto adulto capace di autodeterminarsi. Giustificare la proibizione della libertà di prostituirsi in base alla considerazione che la prostituta esercitando tale attività danneggia sé stessa potrebbe in definitiva reggersi in piedi solo passando attraverso il riconoscimento della legittimità di interventi paternalistici nel diritto penale anche a scapito di soggetti adulti e capaci di determinarsi.

In conclusione, non si vede perché non si dovrebbe estendere il concetto di *libertà sessuale* anche alla *libertà di prostituirsi*. Certo, si potrebbe obiettare che il prostituirsi non è attività moralmente commendevole, e quindi si potrebbe sostenere che il nostro diritto non dovrebbe riconoscere una simile libertà proprio in quanto *immorale*. Ma siamo sicuri che si possa negare un diritto o limitare una libertà solo per la sua supposta immoralità? Credo che nessuno sia oggi disposto ad accogliere così platealmente il *moralismo giuridico* come buona giustificazione per la repressione penale di una certa condotta<sup>11</sup>.

Unico scoglio ad una simile argomentazione potrebbe essere il testo dell'art. 5 c. c. nella misura in cui vieta atti di disposizione del proprio corpo in violazione del [...] “buon costume”. La norma deve peraltro ritenersi del

---

<sup>11</sup> Si veda, in proposito, J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV, *Harmless Wrongdoing*, Oxford – New York, 1990.

tutto superata, e da questo punto di vista in odore di incostituzionalità, come dimostrato da cospicua, recente dottrina sia penalistica<sup>12</sup> che costituzionalistica<sup>13</sup>. La si può ritenere costituzionalmente legittima solo a patto di reinterpretarla in sintonia con i principi di una concezione liberale e non autoritaria (né moralistica) del diritto, concezione che almeno dai tempi di Beccaria non dovrebbe essere considerata in discussione.

### *7.3. Illegittimità costituzionale del favoreggiamento per violazione dell'art. 2 Cost.*

Una volta dimostrato che la stessa prostituzione rientra nel più ampio concetto di libertà sessuale, si può tornare sul tema della legittimità costituzionale del favoreggiamento. Il favoreggiamento, come si diceva, è un fatto che relativamente all'attività di prostituzione non arreca certamente danno ma anzi un vantaggio alla prostituta. Inoltre, si tratta di una condotta attuata per definizione *col consenso* della prostituta. Se non vi è il consenso della prostituta, allora la fattispecie penalmente rilevante non sarebbe certo il favoreggiamento, ma un'altra delle tante che prevede la legge Merlin (v. *supra*).

Riconosciuta dunque la libertà di esercitare la prostituzione nell'ambito di una più ampia libertà sessuale, si deve ritenere il delitto di favoreggiamento costituzionalmente illegittimo<sup>14</sup>. La repressione penale di tale condotta, infatti, va sostanzialmente a limitare una libertà costituzionalmente garantita, comportando una lesione dell'articolo 2 Cost. come sopra inquadrato come contenitore di un catalogo aperto di diritti di libertà.

## **8. Principio di offensività e favoreggiamento**

Anche laddove non si ritenesse che l'attività di prostituzione come rientrante nell'ambito di una più ampia libertà sessuale garantita con particolare forza dall'art. 2 Cost., si dovrebbe comunque ritenere illegittima la fattispecie di favoreggiamento relativamente ad altro principio costituzionale, ovvero al *principio di offensività*.

<sup>12</sup> Cfr. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim* e Id., *Dignità personale e diritto alla propria morte*, cit., pp. 105-126.

<sup>13</sup> Cfr. S. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo* in BUSNELLI-BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 73 ss.. Più di recente, si veda G. RESTA, *La disposizione del corpo, regole di appartenenza e di circolazione* in S. CANESTRARI, F. GILDA, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto – Il governo del corpo*, Tomo I, parte IV, *La disposizione del corpo*, Milano, 2011, pp. 805-854.

<sup>14</sup> Sostanzialmente conforme G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in U. Breccia – A. Pizzorusso, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. Romboli, Pisa, 2007, pp. 211-229, cui si rinvia per altri interessanti spunti sul tema. Sull'incostituzionalità del favoreggiamento si veda anche Adelmo Manna in questo volume.

Il principio di offensività è chiaramente *costituzionalizzato*, come dimostrano molte sentenze della Corte Costituzionale, a partire dalla fondamentale sentenza n. 364/88, relativa alla parziale incostituzionalità dell'art. 5 del codice penale concernente l'*ignorantia legis* e i suoi effetti in materia penale. Come osservato nella predetta sentenza, il principio di offensività trova fondamento in numerose norme della Costituzione aventi risvolto penale: fra queste si possono menzionare gli articoli 13, 25 e 27 Cost.. Ma non appare necessario indugiare più a lungo in questa sede sulla dimostrazione della rilevanza penale di tale principio.

Piuttosto, vale la pena tornare al tema qui specificamente trattato, e verificare se si possa reperire nell'ambito del delitto di *favoreggiamento* un qualche profilo di lesività sufficiente ad ottemperare ai requisiti che il principio di offensività implica.

L'attività di prostituzione nel nostro ordinamento *non costituisce illecito né penale né amministrativo*. Può essere che tale attività venga ritenuta da una parte (anche rilevante) della popolazione come *immorale*, ma sotto il profilo giuridico essa non sembra comunque integrare alcun tipo di illecito. Il favoreggiamento della prostituzione, come si diceva, si sostanzia in una condotta volta ad avvantaggiare la prostituta nella sua attività. Ora, se tale attività non costituisce alcuna forma di illecito, né penale, né amministrativo, non si vede come una condotta volta a favorire una attività non illecita possa essere ritenuta *lesiva di un qualche bene giuridico*. Si da per scontato qui, naturalmente, il consenso della prostituta all'attività di favoreggiamento, ma su questo punto già ci siamo espressi più sopra.

Forse per precisare meglio l'argomentazione qui esposta si può fare un paragone con altra ipotesi che potrebbe ritenersi a prima vista assimilabile a questa. Si allude qui alle ipotesi relative allo spaccio di sostanze stupefacenti, o ad altre condotte a questo collegate. In questo caso si potrebbe dubitare dell'offensività del fatto, dal momento che anche qui l'assuntore di sostanze stupefacenti nel momento in cui acquista dette sostanze lo fa per conseguire (secondo una sua prospettiva soggettiva) un vantaggio. Dunque, lo spacciato in tali ipotesi sembrerebbe arrecare un vantaggio al compratore piuttosto che un danno. L'ipotesi sembrerebbe dunque assimilabile a quella del favoreggiamento. Un altro punto in comune tra le due ipotesi è che in entrambi i casi si verte nell'ambito del "vizio": sia la prostituzione che il drogarsi sono attività di tipo "viziose". Conseguentemente, in entrambi i casi si potrebbe ravvisare una sorta di immoralità della condotta, in un caso da parte della prostituta, e nell'altro caso da parte del drogato.

In realtà, il parallelismo fra i due casi non sembra reggere. Infatti, come è noto, la *detenzione di sostanze stupefacenti*, anche se in modica quantità, costituisce comunque un *illecito amministrativo*. Il Legislatore ha dunque ritenuto di *vietare giuridicamente* questa condotta ritenendola illecita, sia

pur non assoggettandola al rigore della sanzione penale, ma solo a quello della sanzione amministrativa. Si potrebbe discutere sul piano filosofico o politico-criminale sulla bontà della scelta del Legislatore di etichettare come illecito amministrativo la detenzione di sostanze stupefacenti. Invero un convinto pensatore *liberal* potrebbe opinare che ciascuno ha la libertà di fare ciò che vuole quando non arreca danno ad altri, per cui non sarebbe giustificabile vietare ad una qualsiasi persona di possedere o di assumere sostanze stupefacenti, neppure sotto l'ombra del diritto punitivo amministrativo. Una proibizione simile sarebbe comunque espressione di paternalismo giuridico, e dunque non sarebbe ammissibile (per una simile posizione, si veda per tutti D. Husak, il quale ritiene addirittura che vi sia un diritto costituzionale di drogarsi<sup>15</sup>).

Non è questa la sede per approfondire una simile discussione. D'altra parte, si sa che la questione degli stupefacenti è assai delicata, e che l'assuntore di sostanze stupefacenti spesso in un primo tempo è un soggetto assolutamente capace di determinarsi, ma proprio la ripetuta assunzione di stupefacenti conduce pian piano alla tossicodipendenza, col che viene a scomparire la stessa capacità di autodeterminarsi da parte del soggetto. Questo è uno dei motivi per cui la tematica delle droghe è del tutto peculiare anche per i fautori del liberalismo e per gli oppositori del paternalismo.

Ma, tralasciando queste questioni, possiamo attenerci qui semplicemente al *ius conditum*, ovvero a ciò che il Legislatore ha stabilito. Sotto questo profilo, è indubbio che il Legislatore italiano ha definito come *illecita* la condotta del possedere, e dunque dell'assumere, una sostanza stupefacente. In questo caso, dunque, la condotta dello *spacciatore* che vende droga ad un soggetto appare plausibilmente riconducibile al *principio di offensività*. Il *consenso* dell'acquirente di droga, anche se si trattasse di soggetto non ancora caduto nella tossicodipendenza e dunque capace di libere scelte, *non sarebbe comunque giuridicamente efficace*, dal momento che coll'acconsentire un tale soggetto realizzerebbe *ipso facto* quantomeno un illecito amministrativo.

La differenza con l'ipotesi sopra citata del favoreggiamento è dunque palese. Col favoreggiamento alla prostituzione si favorisce un'attività del tutto *leccita*, e dunque non si può ritenere inefficace il consenso a tale favoreggiamento da parte della prostituta<sup>16</sup>. Una volta ritenuto efficace il consenso, *non ha senso ritenere offensivo il favoreggiamento*.

Per questi motivi, lo si ribadisce, anche nell'ipotesi in cui non si volesse ritenere sussistente una vera e propria libertà sessuale contenente al suo

<sup>15</sup> D. HUSAK, *Droghe illecite: un test dei "limiti morali del diritto penale"* di Joel Feinberg in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale – The Moral Limits of the Criminal Law – in ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010.

<sup>16</sup> Si è detto più sopra che solo in apparenza l'art. 5 c.c. osta a tale consenso, e che la dottrina più moderna ritiene questa norma o incostituzionale o da reinterpretare in sintonia con i principi liberali.

interno una libertà di prostituirsi costituzionalmente garantita, si dovrebbe comunque ritenere incostituzionale la norma penale sul favoreggiamento in quanto lesiva del principio di offensività.

Quanto finora esposto porta a ritenere che il favoreggiamento alla prostituzione, così come congegnato dai compilatori della legge Merlin, debba oggi ritenersi costituzionalmente illegittimo.

## 9. Temperamenti interpretativi?

Si potrebbe temperare la frizione della norma predetta con i principi costituzionali, laddove attraverso una reinterpretazione “costituzionalmente orientata” della norma stessa, la si riconducesse nell’ambito di parametri costituzionalmente accettabili.

L’analisi della giurisprudenza in materia (su cui si veda F. Giunta, in questo volume), anche di quella più recente, non porta a riscontrare una simile reinterpretazione costituzionalmente orientata del favoreggiamento della prostituzione. Tutto ciò che si può riscontrare nella più recente giurisprudenza è il timido tentativo di sottrarre alla punibilità alcune ipotesi particolarmente innocue. Sotto questo profilo, è emersa una distinzione fra *favoreggiamento della prostituzione* e *favoreggiamento della prostituta*, laddove solo il primo costituirebbe reato e non il secondo.

Questa distinzione ha portato, ad esempio, ad assolvere il cameriere che, svolgendo attività quali acquistare bevande per la prostituta e consegnarle la biancheria, è stato ritenuto agevolare esclusivamente la prostituta come persona, ma non la sua attività di meretricio (Cassazione Penale, sez. III, 10/06/2009, n. 38924). Tuttavia, all’opposto, in una sentenza di poco successiva, è stato ritenuto colpevole di favoreggiamento un soggetto che si era limitato ad intrattenerne i “clienti” della prostituta chiacchierando e preparando loro del caffè (Cassazione Penale, sez. III, 25/06/2009, n. 37578). La Corte escluse, in questo ultimo caso, che si trattasse di semplici cortesie separate dall’attività di prostituzione.

Queste aperture giurisprudenziali comunque ambigue non sembrano peraltro essere capaci di risolvere il vero problema del favoreggiamento, che porta a considerarlo delitto addirittura contrastante con fondamentali principi costituzionali. Anche chi favorisce la prostituta con dei comportamenti analoghi a quelli del cameriere di cui alla prima sentenza citata alla fin fine ne favorisce pure l’attività di prostituzione. Quanto al secondo cameriere, ha senso punirlo per un grave reato per una condotta quasi identica a quella del primo? E d’altra parte coloro che realizzano attività diverse più chiaramente volte ad agevolare l’esercizio della prostituzione, anche a seguito di queste recenti svolte giurisprudenziali, rimangono punibili a titolo di favoreggiamento. Come si è cercato di dimostrare più sopra, in realtà, il favoreggia-

mento come tale non dovrebbe mai essere punibile, perché per definizione attuato nei confronti di soggetti che liberamente acconsentono ad esso. I soggetti incapaci di determinarsi o costretti da situazioni drammatiche di necessità o di altro genere determinano l'insorgere di ulteriori reati della legge Merlin, diversi dal favoreggiamento.

## 10. Cenni sullo sfruttamento della prostituzione

Diversamente si potrebbe argomentare relativamente allo sfruttamento della prostituzione.

Qui, la parola stessa evidenzia che la prostituta viene *sfruttata*, il che implica l'esistenza di una *vittima*, conseguentemente la effettiva *lesione di un bene giuridico*.

Ciò che va osservato piuttosto relativamente allo sfruttamento è che la giurisprudenza appare oggi interpretare questa fattispecie in modo eccessivamente rigoroso, andando a condannare in ogni ipotesi in cui un soggetto traggia un qualsiasi profitto dalla prostituzione altrui<sup>17</sup>. Non vi è chi non veda che estendere i confini della fattispecie in questo modo comporta una indebita estensione della norma, andando a proibire anche condotte che *non arrecano danno ad altri*, e dunque *non colpiscono alcuna vittima*. Se ad esempio Tizio abita con Caia, prostituta, e contribuisce a gestire in qualche modo l'attività della stessa, effettuando spese, e dandosi da fare per il “successo professionale” della prostituta stessa, sembra comprensibile che possa pretendere un qualche compenso per l'opera da lui prestata. In questo caso, laddove la “retribuzione” di Tizio sia proporzionata al suo “impegno lavorativo”, si deve ritenere sostanzialmente giusta e lecita. Il problema è ben diverso, ad esempio, nel caso in cui Tizio pretenda compensi ben superiori a quanto è giusto che gli spetti: in questo caso è evidente lo *sfruttamento economico* della prostituta.

Un'altra forma di *sfruttamento* potrebbe sostanziarsi nell'imposizione alla prostituta di un carico o una tipologia di lavoro a lei non gradito o da lei non sopportabile. In queste ipotesi è evidentemente ravvisabile una *vittima*, ed è giusto quindi ritenere sussistente uno sfruttamento. Sotto questo profilo, sembra ben congegnato l'art. 603-bis c.p. (“Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”), introdotto dal d.l. n. 138 del 2011.

Estendere come si fa oggi la sussistenza dello sfruttamento ad ipotesi in cui semplicemente vi è la percezione di adeguati compensi a collaboratori

<sup>17</sup> Si veda, *ex multis*, Cassazione Penale, sez. III, n. 21089 e n. 40841 per le quali integra il reato di sfruttamento della prostituzione la condotta del marito o del convivente *more uxorio* convivente con la prostituta che vive dei guadagni dell'attività della moglie o convivente.

o gestori dell'attività della prostituta è frutto della logica originaria della legge Merlin, che come si è detto aveva di mira una tutela *paternalistica* della prostituta e della sua *dignità*, a prescindere da ogni sua possibile scelta autonoma; nonché, come fine ultimo, la soppressione stessa della prostituzione.

Per quanto si è detto più sopra relativamente al superamento delle concezioni che ispirarono a suo tempo la legge Merlin, e all'emergere di libertà costituzionali che al contrario garantiscono il diritto a prostituirsi, *simili interpretazioni estensive dello sfruttamento risultano oggi costituzionalmente illegittime* (come dimostra la recente sentenza canadese *Bedford*, citata nelle *note introduttive* di questo volume). In questo caso, tuttavia, a differenza di quanto accade per il favoreggiamento, si deve ritenere *possibile una interpretazione “costituzionalmente orientata”* dello sfruttamento da parte dei giudici, senza bisogno di una pronuncia di incostituzionalità. È chiaro peraltro che laddove il “diritto vivente” fosse definitivamente consolidato nel senso di una interpretazione estensiva della nozione di sfruttamento, allora non resterebbe che la strada della dichiarazione di *parziale illegittimità costituzionale* della stessa ipotesi dello sfruttamento della prostituzione, relativamente a quei casi in cui non si ravvisi un effettivo *abuso dei diritti* della vittima prostituta realizzato tramite un reale *sfruttamento* della stessa.