

IL FAVOREGGIAMENTO DELLA
PROSTITUZIONE AL COSPETTO DELLA
CONSULTA



Giulia Mattioli

1. Con la recente sentenza n. 141/2019 la Corte costituzionale è intervenuta sulla ritenuta illegittimità costituzionale di alcune incriminazioni previste dalla legge 20 febbraio 1958, n. 75, in merito alla partecipazione di terzi nell'attività prostitutiva altrui.

A finire sotto la lente del giudizio di costituzionalità è stato in particolare l'art. 3 della legge Merlin, ritenuto dal giudice *a quo* in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 comma II, 27 e 41 della Costituzione nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento (n. 4) ed il favoreggiamento (n. 8) della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata¹.

Quella "per libera scelta" è una forma di prostituzione assai limitata nella realtà, la quale vede spiccare la figura delle *escort*, ragazze che accompagnano persone benestanti a feste ed eventi sociali e nell'ambito di tale attività, più o meno occasionalmente, si prostituiscono. È proprio l'emersione di questa nuova tipologia di prostitute – nell'ottica del giudice *a quo* – a rappresentare l'elemento di novità idoneo a far dubitare della legittimità costituzionale della legge n. 75/1958, ideata in un'epoca nella quale tale fenomeno non esisteva. La Corte costituzionale ha invece dimostrato di essere di tutt'altro avviso, dichiarando infondate nel merito tutte le questioni di costituzionalità sollevate.

2. Al solo fine di un migliore inquadramento della questione, pare opportuno sintetizzare brevemente gli argomenti dell'ordinanza di rimessione della Corte di Appello di Bari, la quale ha sollevato incidente di costituzionalità nell'ambito di un procedimento su attività parallele ad un gruppo di *escort*.

La prima censura riguarda la presunta violazione della libertà di autodeterminazione della persona umana in ambito sessuale, diritto rientrante nel catalogo aper-

¹ Sul punto, 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 1/2018*, p. 123.

to di cui all'art. 2 Cost. e ritenuto comprendere la facoltà di disporre del proprio corpo «nei termini contrattualistici dell'erogazione della prestazione sessuale contro pagamento di denaro o altra compatibile utilità»².

La seconda censura riguarda invece la presunta violazione della libertà di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41 Cost., in quanto l'incriminazione del favoreggiamento e del reclutamento impedirebbero alla prostituta di svolgere la propria attività in condizioni di sicurezza, incolumità ed igiene; in definitiva, di farla evolvere al pari delle altre forme imprenditoriali esistenti nel nostro ordinamento.

Infine nella ricostruzione del giudice *a quo* ad essere violati sono i fondamentali principi di offensività e di legalità, *sub specie* del principio di tassatività e determinatezza (quest'ultimo presuntivamente violato solo dal reato di favoreggiamento).

Quanto al primo, le condotte di favoreggiamento e reclutamento appaiono inoffensive di qualsivoglia bene giuridico, essendo l'atto prostitutivo frutto di una libera scelta. È lo stesso principio di non contraddizione dell'ordinamento ad escludere, peraltro, la punibilità: dato che la prostituzione di per sé è un'attività lecita sia dal punto di vista penale che amministrativo, non si comprende come la condotta agevolativa di un'attività non illecita possa essere ritenuta penalmente rilevante (e il discorso è traslabile anche per la fattispecie di reclutamento). A ciò bisogna aggiungere che il bene giuridico protetto non può più essere individuato nella moralità pubblica e nel buon costume, bensì va ricercato nella libertà di autodeterminazione in materia sessuale, facente capo alla prostituta come persona³.

Quanto al secondo, invece, la formula descrittiva della condotta di favoreggiamento risulta totalmente generica, tale da impedire l'individuazione di uno spazio applicativo certo; il risultato finale non è solo l'indeterminatezza, ma anche la disparità di trattamento e la violazione dei principi di proporzionalità e di uguaglianza di cui agli artt. 27 e 3 Cost., in quanto fattispecie molto distanti fra loro per disvalore e capacità offensiva vengono in concreto a subire lo stesso trattamento.

Così individuati i dubbi di legittimità costituzionale, la Corte di Appello di Bari ha tentato anche di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme censurate, interrogandosi sulla possibilità di escludere dalla tipicità quelle condotte che concernono una scelta del tutto volontaria e libera da parte della pro-

² In tal senso si veda A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in A. CADOPPI, (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014, p. 291.

³ Tra i più recenti arresti, v. Cass., sez. III, sentenza 22 settembre 2015, n. 49643, in *CED Cass.*, Rv 265550.

stituta⁴. La risposta è stata negativa per l'eventuale contrasto che si creerebbe con il diritto vivente. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario, infatti, non ha mai dubitato che i delitti di favoreggiamento e reclutamento trovino applicazione a prescindere dall'atteggiamento psicologico della persona che si prostituisce e in definitiva dal consenso liberamente prestato al compimento degli atti di meretricio⁵. Da qui l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale.

3. Il giudice delle leggi ha rigettato tutte le questioni di legittimità sollevate, ritenendo non in contrasto con la Costituzione la scelta di politica criminale di configurare la prostituzione come un'attività in sé lecita, ma al tempo stesso di punire tutte le condotte di terzi che la agevolino o la sfruttino.

Anticipando le conclusioni, la Corte Costituzionale ha chiaramente statuito che la libertà di autodeterminazione sessuale non comprende l'attività prostituitiva, non trattandosi di uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana. Vi è di più: la scelta di prostituirsi non può mai essere considerata un atto totalmente libero.

Dopo aver chiarito che la questione riguarda solo e soltanto la prostituzione esercitata volontariamente, la Consulta ha evidenziato come le soluzioni normative al fenomeno prostitutivo dipendano in larga parte da una scelta preliminare tra due modelli alternativi.

Il primo, definito modello regolamentarista, considera la prostituzione una scelta attinente all'autodeterminazione sessuale dell'individuo che dà luogo ad un'attività economica legale. In tale ottica l'intervento dello Stato è ammissibile non in chiave repressiva, ma solo regolativa del fenomeno, in quanto trattasi di attività che comunque presenta dei rischi. Il secondo modello qualifica invece la prostituzione come un fenomeno da contrastare (anche penalmente) per via delle sue numerose ricadute negative, le quali investono i diritti delle persone vulnerabili, la dignità umana, la salute personale e collettiva, infine l'ordine pubblico. In tale ottica il fenomeno prostitutivo è trattato con una disciplina di sfavore, variamente calibrata a seconda di chi il legislatore decida di punire: entrambe le parti del mercimonio sessuale (prostituta e cliente, come negli Stati Uniti); ovvero una sola di es-

⁴ Tale interpretazione era già stata avanzata da F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 705.

⁵ Sul punto F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *Giust. pen.*, 2013, II, c. 473 (consultabile anche in *disCrimen*, sezione "Riviste").

se, solitamente il cliente; ovvero, ancora, soltanto le condotte cosiddette parallele alla prostituzione.

Il legislatore italiano, dopo un approccio regolamentarista basato sul sistema delle case di tolleranza, ha optato con la legge 75/1958 per il modello abolizionista, mantenendo ferma la scelta di politica criminale di non punire né il soggetto che si prostituisce né il cliente ed introducendo al contempo una criminalizzazione a tappeto delle condotte parallele alla prostituzione.

La Corte Costituzionale ha poi proseguito nell'analisi di ulteriori modelli di disciplina emersi in ambito europeo, fornendo una visione comparata del fenomeno dalla quale il legislatore potrebbe in futuro prendere spunto⁶. Si tratta di modelli che traggono la loro origine dal riscontro delle criticità manifestate dal modello abolizionista nel conseguimento degli obiettivi prefissati: nei Paesi che lo hanno adottato infatti non si sono registrati né un calo della prostituzione né un miglioramento delle condizioni delle prostitute, le quali piuttosto hanno visto peggiorare le proprie condizioni sul piano dell'incolumità personale e della salute. Tra i modelli alternativi vi sono sia quello neo-regolamentarista adottato in Germania, Olanda, Austria e Svizzera, che qualifica la prostituzione volontaria come attività economica lecita a tutti gli effetti, con una rilevante aggiunta di diritti e doveri in capo alla prostituta; sia quello neo-proibizionista, condiviso anche da alcuni Stati membri dell'Unione Europea come Svezia, Regno Unito e Francia, che giunge a punire anche il cliente.

4. Venendo al delitto di favoreggiamento, la Corte Costituzionale affronta *in primis* il rapporto con l'art. 2 Cost. Si ricorda che il giudice remittente aveva qualificato la scelta di prostituirsi, ove libera e consapevole, come espressione della libertà di autodeterminazione sessuale nella sua veste di diritto inviolabile della persona umana garantito dall'art. 2 Cost.

La Corte Costituzionale non ritiene meritevole di condivisione la tesi del giudice *a quo*, in quanto la libertà di autodeterminazione sessuale non può spingersi fino a ricomprendere l'attività prostituiva. Per la Consulta, infatti, non è possibile ritenere che la prostituzione volontaria partecipi della natura di diritto inviolabile sulla base del mero rilievo che essa coinvolge la sfera sessuale di chi la esercita.

L'offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta infatti uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma costituisce soltanto una

⁶ Cfr. F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018, p. 49.

particolare forma di attività economica. Di conseguenza, il delitto di favoreggiamento della prostituzione non è in contrasto con l'art. 2 Cost., in quanto non si traduce in un ostacolo all'espansione di una libertà fondamentale.

Ad ulteriore sostegno della propria tesi, la Corte Costituzionale richiama quell'interpretazione civilistica che qualifica il patto avente ad oggetto lo scambio tra prestazioni sessuali e utilità economiche come contratto nullo per illiceità della causa, in quanto contrario ai *boni mores* ex art. 1343 c.c. L'unico effetto giuridicamente rilevante del patto è la *soluti retentio*, vale a dire il diritto della persona che si prostituisce di trattenere le somme ricevute dal cliente ex art. 2035 c.c., senza tuttavia che ella possa agire giudizialmente nel caso di mancato spontaneo pagamento⁷.

Se il parametro di cui all'art. 2 Cost. è reputato non conferente al caso in esame, pertinente è invece ritenuto il riferimento all'art. 41 Cost., ma non per questo fondato. La libertà di iniziativa economica privata infatti è sì tutelata dalla Costituzione, ma a condizione che non comprometta valori ad essa preminenti. È lo stesso secondo comma infatti a stabilire che essa non può svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". Nella specie è certamente vero che la legge Merlin comprime significativamente la possibilità per la prostituta di sviluppare la propria attività, ma ciò è considerato strumentale alla tutela dei diritti stessi delle prostitute, primo fra tutti della loro dignità.

La Corte coglie poi l'occasione per svolgere un'importante affermazione di principio: la prostituzione non è quasi mai frutto di una scelta del tutto libera. Nell'ottica del giudice delle leggi non è credibile che le *escort* possano aver deciso liberamente di prostituirsi; alla base di tale scelta devono necessariamente esserci fattori che ne hanno condizionato la libertà di autodeterminazione. Può trattarsi non solo di fattori di ordine economico, ma anche dell'inserimento in un contesto familiare e sociale svantaggiato, idoneo a vincere la naturale riluttanza verso l'attività prostitutiva.

Si tratta di un'affermazione che ha un indubbio fondo di verità, risultando evidente come la scelta di prostituirsi celi spesso delle problematiche, quantomeno di natura relazionale. Tuttavia, come anche ammesso dalla Corte stessa, ciò avviene nella larghissima maggioranza dei casi, non sempre: cosa fare dunque qualora – pur tra le inevitabili difficoltà probatorie – si accerti che la decisione di prostituirsi sia autenticamente libera? La Corte Costituzionale non sembra dare una risposta a tale interrogativo, che poi è quello alla base dell'ordinanza di rimessione, preferendo ra-

⁷ Cass., sez. II, sentenza 17 gennaio 2001 n. 9348, in *CED. Cass.*, Rv 218204; Cass., sez. V, sentenza 27 luglio 2016, n. 15596 in *Dejure*.

gionare *a priori* sull'impossibilità di una libera scelta in tal senso e comunque sulla difficoltà del relativo accertamento processuale.

La Corte svela poi ulteriori motivi alla base della pronuncia di infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale. Si tratta di preoccupazioni per le persone che si prostituiscono, le quali sono esposte a rilevanti rischi anche nel caso in cui esercitino la professione volontariamente: pericoli connessi all'ingresso in un circuito dal quale improbabile appare un'uscita volontaria, nonché rischi per l'integrità fisica e la salute.

5. Con riguardo alla presunta violazione del principio di offensività, la Corte non manca di precisare che l'individuazione dei fatti punibili costituisce, per costante giurisprudenza costituzionale, materia affidata alla discrezionalità del legislatore; le cui scelte dunque sono censurabili soltanto ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio. Questo è tanto più vero in riferimento al fenomeno prostitutivo, il quale per sua natura può essere valutato in modi differenti ed affrontato con altrettante differenti strategie normative.

La Consulta evidenzia le oscillazioni giurisprudenziali in tema di bene giuridico protetto dalla legge Merlin: dalla tutela del buon costume e della moralità pubblica, alla salvaguardia della libertà di autodeterminazione della persona che si prostituisce, fino al recente richiamo alla dignità della persona esplicitata attraverso lo svolgimento dell'attività sessuale, che non potrebbe costituire materia di contrattazioni⁸. La Corte non prende espressa posizione sul punto, limitandosi ad affermare che le incriminazioni oggetto dello scrutinio di costituzionalità appaiono in ogni caso conciliabili con il principio di offensività in astratto.

Nel precisare che le fattispecie in esame non contrastano in alcun modo con la Costituzione, la Corte si preoccupa altresì di non "blindare" il vigente impianto normativo. Rivolgendosi al legislatore, infatti, osserva come l'incriminazione delle condotte parallele alla prostituzione non rappresenti una soluzione costituzionalmente imposta, ben potendo costui decidere di affrontare il fenomeno prostitutivo con strategie diverse. Al contempo, parlando idealmente al "giudice comune", la Corte rievoca la necessaria applicazione del principio di offensività nella sua proiezione concreta e dunque il potere-dovere del giudice di non punire quelle condotte che si rivelino prive di qualsivoglia potenzialità lesiva in relazione alle circostanze

⁸ Cass., sez. III, sentenza 19 luglio 2017, n. 5768 in *Dejure*.

del caso concreto.

Infine viene rigetta anche l'ultima censura di legittimità costituzionale sollevata, riguardante il difetto di determinatezza e tassatività del solo delitto di favoreggiamento. Sul punto il giudice delle leggi si è limitato a confermare le conclusioni raggiunte all'indomani dell'entrata in vigore della legge Merlin, quando con sentenza 44/1964 ebbe a dichiarare la non fondatezza di analoghe questioni⁹.

L'inclusione nelle norme incriminatrici di espressioni generiche, vocaboli polisensivi o clausole generali – sostiene la Corte – non comporta violazione dell'art. 25, comma II, Cost. se la giurisprudenza è in grado di esprimere, con un certo livello di prevedibilità anche da parte del cittadino, un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta. Operazione agli occhi della Consulta assolta nel caso di specie: il concetto di favoreggiamento è ritenuto infatti avere una propria obiettività ben definita, in quanto oggetto di un ampio e sperimentato uso sia dottrinale che giurisprudenziale.

6. La Corte Costituzionale ha confermato a chiare lettere la perdurante bontà di un atteggiamento paternalistico nei confronti delle persone che si prostituiscono.

La scelta di “tutela ad ogni costo”, però, se era opportuna ai tempi della legge Merlin, quando le donne che lavoravano nelle case di tolleranza erano sottoposte a restrizioni della libertà personale, oggi non pare sempre necessaria¹⁰. Le prostitute che esercitano la professione liberamente e consapevolmente, infatti, sono vere e proprie lavoratrici autonome e non si vede perché esse non possano essere considerate e rispettate al pari di qualsiasi altro libero professionista.

L'affermazione per cui la decisione di prostituirsi non può ritenersi liberamente formata, in quanto influenzata dall'ambiente sociale e familiare circostante, non pare un argomento sufficiente a fondare una scelta incriminatrice. Invero, qualsiasi individuo subisce pressioni ed influenze provenienti dal contesto sociale e culturale in cui è inserito: ogni scelta di vita è fisiologicamente multifattoriale, ma non per questo essa può dirsi etero determinata.

Con la pronuncia in esame, la Corte Costituzionale è dunque giunta a negare un dato della realtà – ossia l'esistenza della prostituzione libera – in nome della tute-

⁹ Corte Cost., sentenza 4 giugno 1964, n. 44, in *www.giurcost.it*.

¹⁰ Per un dettagliato *excursus* storico P. DI NICOLA-V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione. I nuovi scenari interpretativi*, Milano, 2014, p. 2.

la della dignità umana. Essa rappresenta il vero nodo focale della questione.

Secondo un autorevole orientamento interpretativo, se si prende in considerazione la dignità soggettiva correlata alla libertà di autodeterminazione della persona che si prostituisce, il delitto di favoreggiamento si pone in contrasto, oltre che con l'art. 2 Cost., anche con il principio di laicità dello Stato¹¹. Esso vieta la repressione penale di una certa condotta quando risulti inoffensiva di beni giuridici e non dannosa ad altri, ma esclusivamente censurabile sotto il profilo morale o religioso.

In questa prospettiva il favoreggiamento della prostituzione, non ledendo l'autodeterminazione della persona che si prostituisce, né la sua dignità come dalla stessa declinata, contrasta con il principio di laicità in quanto si risolve nella repressione di una condotta soltanto perché violativa di un precetto morale.

Viceversa, qualora la dignità la si declini oggettivamente come concetto indipendente dalla volontà del singolo individuo, i problemi di costituzionalità possono risolversi. Ciò all'ulteriore fondamentale condizione di ritenere la dignità umana un diritto non disponibile e non rinunciabile nemmeno dal suo titolare¹².

Per quanto non espressa a chiare lettere, questa è la scelta adottata dalla Consulta. Una scelta che certamente assicura la tenuta costituzionale del delitto in esame, ma che non appare del tutto esente da critiche. Risulta infatti naturale interrogarsi sull'opportunità – ancora prima, sulla necessità – di proteggere una persona adulta dalle proprie scelte, unicamente in nome della tutela della sua dignità. Ciò per la semplice ma efficace considerazione per cui “l'elevazione della dignità ad autonomo bene giuridico può sostanziarsi nella trasfigurazione di legittime, ma inoffensive visioni ideologiche”¹³.

Sulla base degli argomenti addotti, risultano ridotte al minimo le possibilità che in un immediato futuro la Consulta torni sui propri passi. Al tempo stesso, però, la Corte ha lasciato aperta una strada, o meglio due.

Da una parte infatti è stato precisato che la legge Merlin non rappresenta una soluzione costituzionalmente imposta, ben potendo il legislatore decidere in futuro di modificarla, se non addirittura di abrogarla. Dall'altra, parlando idealmente al giu-

¹¹ Il riferimento è A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 313.

¹² Sul punto si veda A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., p. 281.

¹³ F. GIUNTA, *I beni della persona penalmente tutelati*, in *Criminalia*, consultabile anche in *disCrimen*, 25 ottobre 2018, p. 18 (<https://discrimen.it/i-beni-della-persona-penalmente-tutelati-vecchie-e-nuove-sfaccettature/>).

dice comune, la Corte ha rievocato la necessaria applicazione del «principio di offensività nella sua proiezione concreta». Tale riferimento apre al rischio di orientamenti giurisprudenziali ondivaghi, a discapito del fondamentale principio della certezza del diritto. Ogni giudice che si trovi a valutare un fatto di favoreggiamento, infatti, deve prima individuare la condotta tipica nonché il bene giuridico tutelato: è evidente che stante la non presa di posizione sul punto da parte della Corte, l'incertezza continuerà ad essere massima. Con l'inevitabile conseguenza di acuire i già profondi contrasti interpretativi esistenti.

In conclusione pare evidente che la pronuncia della Corte Costituzionale non sia idonea a dare una risposta chiara agli interrogativi che da anni gravitano intorno alla legge Merlin, in particolare con riferimento al delitto di favoreggiamento. Evidentemente mossa dalla preoccupazione per i vuoti di tutela che sarebbero potuti derivare da una sentenza di accoglimento, la Consulta ha finito per lasciare la situazione immutata e nemmeno è stata chiarita la linea di demarcazione tra penalmente rilevante e non, la quale in larga parte dipende dal bene giuridico individuato dalla norma. Profilo, anche questo, non risolto in modo univoco.

L'unica strada resta l'attivazione di un processo di maturazione collettiva che ha la sua sede naturale in Parlamento. A riguardo, però, se l'opinione pubblica può forse dirsi matura, l'*intentio* del legislatore non pare invece orientata in tal senso.