

ni in questione e l'attività di prostituzione, essendo emerso, da un lato, che tale attività si svolgeva appunto in detti camerini e, dall'altro, che non vi era nessun altro diverso lecito utilizzo di tali camerini che potesse escludere la detta stabile relazione. Il giudice del merito ha anche evidenziato che i camerini venivano a turno utilizzati da tutte le spogliarelliste del locale e sempre con le stesse modalità (prestazioni sessuali in cambio di una retribuzione in denaro) e che le stesse caratteristiche dei locali (di ridotte dimensioni, con luci soffuse ed arredate soltanto con dei divani) li rendevano oggettivamente idonei alla attività di prostituzione, il che confermava l'esistenza di una relazione specifica e stabile tra gli stessi e l'attività di meretrice.

Il tribunale del riesame, sempre con un apprezzamento di fatto adeguatamente e congruamente motivato, e quindi non censurabile in questa sede, ha poi ritenuto che qualora dovesse permanere in capo alla associazione che gestiva il circolo la disponibilità dei camerini in questione, l'attività di agevolazione della prostituzione sarebbe inevitabilmente proseguita, in considerazione sia della suddetta stabile relazione tra i locali e l'attività, sia del fatto che l'attività principale che si svolgeva nel locale era quella dello spogliarello e della lap dance, ossia un'attività che si prestava oggettivamente a costituire occasione per la successiva attività di prostituzione.

Quanto all'assunto che nessuno degli indagati, e tanto meno il ricorrente, avrebbe la titolarità del circolo, il quale apparterebbe alla pluralità dei consociati, sicché il provvedimento di sequestro inciderebbe su posizioni giuridiche estranee al processo penale, esso è manifestamente infondato. Il sequestro preventivo, infatti, riguarda la cosa in sé e la sua relazione con il reato, a prescindere da chi ne sia titolare. Del resto, se davvero il ricorrente non avesse alcuna titolarità o alcun diritto in ordine ai camerini oggetto di sequestro, ciò comporterebbe la stia carenza di interesse ad impugnare il provvedimento di sequestro ed a proporre il ricorso per cassazione e non già l'illegittimità della disposta misura cautelare reale.

Il terzo motivo è inammissibile per carenza di interesse del (A) a proporlo. Lo stesso ricorrente, infatti, ammette di essere regolarmente comparso all'udienza dinanzi al tribunale del riesame, mentre sono palesemente irrilevanti nei suoi confronti eventuali irregolarità della notificazione agli altri due indagati, irregolarità che egli non ha alcun interesse ad eccepire con il ricorso per cassazione.

È infine manifestamente infondato anche il quarto motivo. In sostanza il ricorrente sostiene che per effetto del d.P.R. 4 aprile 2001, n. 235, ormai soltanto i comuni, e quindi i vigili urbani, potrebbero effettuare i controlli sui circoli privati, mentre tale possibilità non spetterebbe più alla polizia di Stato la quale, per accedere ai locali dei circoli privati, necessiterebbe del mandato della magistratura. Da qui l'illegittimità della irruzione della polizia nel circolo in questione e la nullità ed inutilizzabilità di tutte le attività e gli accertamenti compiuti dai verbalizzanti.

Orbene, è sufficiente a questo proposito rilevare innanzitutto che il d.P.R. 4 aprile 2001, n. 235 (contenente il regolamento recante semplificazione del procedimento per il rilascio e l'autorizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande da parte di circoli privati) ha appunto forza e valore di regolamento, e quindi non può ovviamente derogare e tanto meno abrogare norme poste da fonti aventi forza e valore di legge quale l'articolo 16 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, contenente il t.u.l.p.s. e che di conseguenza, nel caso esso fosse davvero in contrasto con una disposizione avente forza e valore di legge, dovrebbe essere disapplicato dal giudice ordinario.

In secondo luogo, il detto d.P.R. n. 235/01 riguarda appunto le modalità di rilascio dell'autorizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande da parte di circoli privati. Esso quindi è irrilevante nel caso di specie, dal momento che, come accertato dai giudici del merito, il circolo in questione denominato (X), quale che fosse la forma con la quale era stato costituito, palesemente non aveva la natura di circolo privato, in quanto l'ingresso era consentito a chiunque previo pagamento di un biglietto di € 5,00 e l'obbligo di una consumazione minima di € 15,00.

In terzo luogo, il detto regolamento non esclude nemmeno per i circoli privati la necessità della licenza di pubblica sicurezza richiesta dall'art. 80 del t.u.l.p.s. (licenza il cui rilascio era stato attribuito ai comuni già con l'art. 19 n. 8 del d.P.R. 24 luglio 1997, n. 616), ma, nel caso di circoli privati, prevede soltanto delle semplificazioni per il rilascio di detta licenza, a seconda che si tratti di associazioni e circoli aderenti ad enti od organizzazioni nazionali aventi finalità assistenziali, per i quali è sufficiente una denuncia di inizio attività al comune, che deve poi chiedere il rilascio dell'autorizzazione di idoneità sanitaria alla Asl (art. 2) ovvero di associazioni e circoli non aderenti ad enti o organizzazioni nazionali aventi finalità assistenziali, i quali devono presentare domanda di autorizzazione al comune (art. 3).

L'art. 4 del detto regolamento approvato con d.P.R. 4 aprile 2001, n. 235, conformemente del resto a quanto già previsto dal ricordato art. 19 n. 8 del d.P.R. 24 luglio 1997, n. 616, dispone poi che la denuncia di inizio di attività di cui all'art. 2 e l'autorizzazione di cui all'art. 3 valgono anche come autorizzazione ai fini di cui al secondo comma dell'art. 86 del t.u.l.p.s.

Pertanto, non è assolutamente venuto meno, per i locali come quelli in questione, anche qualora lo stesso potesse qualificarsi come circolo privato, la necessità della licenza o autorizzazione di cui all'art. 86 t.u.l.p.s., ma semmai sono solo state semplificate le modalità per il conseguimento di tale, autorizzazione. Ne consegue che del tutto legittimamente la polizia ha fatto irruzione nel locale stesso senza bisogno di alcun mandato da parte dell'autorità giudiziaria, e ciò in forza dell'art. 16 del t.u.l.p.s. il quale dispone che gli ufficiali e gli agenti di pubblica sicurezza hanno facoltà di accedere in qualunque ora nei locali destinati all'esercizio di attività soggette ad autorizzazione di polizia e di assicurarsi dell'adempimento delle prescrizioni imposte dalla legge, dai regolamenti o dalla autorità.

Il quinto motivo è inammissibile per irrilevanza in quanto il tribunale del riesame, nel disporre la misura cautelare reale, si è fondato sugli accertamenti, compiuti dalla polizia giudiziaria e non ha utilizzato affatto le dichiarazioni che sarebbero state rese spontaneamente dai Maggiani.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato».

(1) V. la massima che segue e la relativa nota di ROBERTO BORGOGNO.

1516 - Sez. III — C.c. 22 aprile 2004 (dep. 8 giugno 2004), n. 2546 — Pres. Vitalone — Rel. Lombardi — P.M. Favalli — Mannone.

[6888/12] Prostituzione - Atto di prostituzione - Nozione - Contatto fisico tra i soggetti della prestazione - Necessità - Esclusione - Collegamento via internet tra chi si prostituisce e il fruitore della prestazione - Reati previsti dalla l. n. 75 del 1958 - Configurabilità.

(L. 20 febbraio 1958, n. 75, art. 3).

L'elemento che caratterizza l'atto di prostituzione non è necessariamente costituito dal contatto fisico tra i soggetti della prestazione, bensì dal fatto che un qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto e che è destinatario della prestazione. Per l'esistenza delle condotte vietate dalla l. n. 75 del 1958, quindi, è irrilevante il fatto che chi si prostituisce e il fruitore della prestazione si trovino in luoghi diversi, allorché gli stessi risultino collegati, tramite internet, in videoconferenza, che consente all'utente di interagire con la controparte, in modo da poterle chiedere il compimento di atti sessuali determinati (1).

(1) La sentenza è già stata pubblicata in questa rivista, 2004, p. 3577. Ne riproduciamo la massima con la nota di ROBERTO BORGOGNO.

[6888/12] La prostituzione «a distanza» in due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità.

1. Due recenti casi giurisprudenziali, entrambi risolti dalla suprema Corte a seguito di ricorso presentato avverso provvedimenti emessi in sede cautelare, hanno riportato sul «banco di prova» dell'interprete il concetto di «prostituzione», sotto profili in parte già noti, in parte del tutto inediti in quanto collegati ad un singolare ipotesi di esibizioni sessuali «personalizzate» rese attraverso «internet».

La più recente delle due sentenze in esame (Sez. III, 3 giugno 2004, Bangi) affronta il caso di un circolo sito in Aulla, accedendo al quale i clienti, dietro pagamento di un biglietto di ingresso, potevano assistere a spettacoli di spogliarello e di «lap dance». A seguito di indagini di polizia giudiziaria si era accertato che, dietro versamento di un'ulteriore somma di denaro, i singoli clienti ottenevano, a richiesta, prestazioni «extra», effettuate in camerini appartati siti nella parte posteriore del locale e consistenti in spettacoli privati di spogliarello, senza peraltro che al cliente fosse consentito il compimento di atti sessuali con l'intrattenitrice (in un solo caso erano infatti emersi palpeggiamenti reciproci fra il cliente e la spogliarellista).

Sulla scorta di questi elementi di fatto il G.i.p. presso il Tribunale di Massa aveva rigettato la richiesta di sequestro preventivo del locale, avanzata dal pubblico ministero in relazione ai delitti di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione contestati ai gestori, ritenendo giuridicamente impossibile ricondurre le condotte delle intrattenitrici al concetto di «prostituzione».

Investito dell'appello proposto dal pubblico ministero contro il provvedimento del g.i.p., il Tribunale del Riesame di Massa, accogliendo parzialmente l'impugnazione (e cioè limitandola alle stanze del locale utilizzate come «privée»), si dichiarava di contrario avviso e, pur dando atto che nel caso concreto non fosse emerso che i balli e gli spogliarelli effettuati nelle stanze separate comprendessero contatti fisici e carezze sul corpo delle ragazze (tale situazione si era infatti verificata con certezza in un solo caso), riportava egualmente tali condotte al concetto di «prostituzione», rilevando che la prestazione a pagamento non necessariamente deve sfociare in un contatto diretto fra i corpi, ma può consistere anche in contatto di tipo visivo, purché ciò avvenga fra specifiche e determinate persone, ognuna consapevole di svolgere insieme all'altra attività prostituitiva (1).

La *suprema Corte*, decidendo sul ricorso proposto da uno dei gestori del locale, ha pienamente confermato l'orientamento del tribunale del riesame ribadendo che, per potersi parlare di «prostituzione», non necessariamente occorre un contatto fisico diretto fra il cliente e la prostituta, la quale può anche limitarsi a compiere su se stessa atti idonei a stimolare l'istinto sessuale (nel nostro caso lo spogliarsi, il ballare nuda, il toccarsi all'altezza del seno, dei fianchi, dei glutei, l'avvicinarsi a pochi centimetri dal cliente, ecc.), purché peraltro (e in questo starebbe l'elemento differenziale fra prostituzione e spettacolo osceno) il cliente acquisisca, dietro pagamento del compenso pattuito, il diritto di «interagire» in via personale ed elusiva con il soggetto che si prostituisce. A sostegno di tali conclusioni la sentenza in commento non solo invoca l'orientamento — definito «costante» — della giurisprudenza di legittimità (2), ma si riporta altresì — riproponendone in maniera pedissequa tutti i principali passaggi argomentativi — alla recente Sez. III, 22 aprile 2004, Mannone, che, avendo risolto in modo analogo un caso dai contorni ancora più particolari, viene citata come ulteriore riscontro *a fortiori* della correttezza della soluzione raggiunta.

Il caso oggetto di questa seconda sentenza — che ha destato particolare interesse in dottrina — ha tratto origine da un'indagine di polizia giudiziaria incentrata sull'attività di un sito *internet* specializzato nel favorire l'incontro e la conoscenza fra utilizzatori della rete, mediante accesso alle «chat» ed ai servizi di videoconferenza. Nell'ambito di tale indagine gli inquirenti avevano appurato che il sito in questione conteneva una area denominata «calda», vietata ai minori. La caratteristica dell'area era di consentire agli utenti, fra l'altro, di interagire personalmente via *internet* con apposite «intrattenitrici» e di sollecitare le stesse al compimento di atti osceni o di specifici atti sessuali a richiesta dell'utente; il pagamento delle prestazioni avveniva mediante sottoscrizione di un contratto «on-line» concluso con una società facente capo al gestore del sito, cui venivano riversati i proventi dell'attività; la stessa società corrispondeva alle «intrattenitrici» una percentuale delle somme ricavate grazie alla loro attività (3).

Sulla scorta di questi dati di partenza, il tribunale del riesame di Milano, giudicando sull'im-

(1) Precisa il Tribunale del riesame di Massa che non si avrebbe invece «prostituzione», ma spettacolo osceno, qualora il compimento dell'atto sessuale retribuito avvenisse di fronte ad una pluralità indeterminata di persone.

(2) In realtà l'unico precedente davvero significativo — in tema di rilevanza penale della c.d. *lap dance* — è rappresentato da Sez. III, 12 febbraio 2003, Centenaro, in *questa rivista*, 2004, p. 1369, secondo cui si ravvisano gli estremi dell'atto di prostituzione nella condotta di alcune ballerine che, esibendosi in luoghi appartati del locale in favore di uno o due clienti, si avvicinano in modo fugace, ma ripetuto, a questi ultimi, che hanno così modo di toccare e palpeggiare, sia pure in modo non prolungato, il corpo della ballerina. In senso contrario si è espresso il Tribunale di Bergamo, con la sent. 7 maggio 2003, Bisacco e altri, in *Foro it.*, 2003, II, c. 642, con la quale si è escluso che nella nozione di «prostituzione» possa ricomprendersi l'esibizione di ballerine di *lap dance* all'interno di un locale pubblico con possibilità per il cliente di rapidi tocamenti del seno, del sedere e delle gambe delle intrattenitrici. Afferma infatti la sentenza citata che se tali tocamenti (sempre che non si tratti di tocamenti dei genitali) avvengono nel contesto prevalente ludico che normalmente caratterizza tali esibizioni e sotto il controllo dei gestori del locale, non vi sarebbero sufficienti elementi per qualificarli come vere e proprie «prestazioni sessuali».

(3) Viene precisato peraltro dalla citata Sez. III, 22 aprile 2004, Mannone che tutte le intrattenitrici presentavano uno sviluppo fisico che ne attestava la maturità sessuale, con ciò quindi escludendosi la configurabilità di illeciti in tema di sfruttamento sessuale dei minori.

pugnazione proposta dagli indagati avverso il sequestro preventivo disposto dal G.i.p. sul sito *internet* in oggetto (oltre che sui conti correnti bancari intestati alle società commerciali ed ai soggetti individuali gestori del sito), ha annullato il provvedimento cautelare, ritenendo di dover escludere l'astratta configurabilità degli ipotizzati reati di favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione, giacché la nozione di prostituzione implicherebbe comunque «la necessaria esistenza di un rapporto sessuale tra i soggetti della prestazione, che non può prescindere dal diretto contatto fisico tra gli stessi». Il tribunale del riesame ha individuato insomma quale linea di demarcazione fra il concetto di «prostituzione» e di quello di «rappresentazione dell'osceno» (cui, secondo i giudici milanesi, dovrebbero essere ricondotte le condotte in esame) l'idoneità o meno delle prestazioni rese a provocare, in se stesse, il soddisfacimento sessuale del «cliente». Nel caso di specie saremmo di fronte a mere rappresentazione oscene, «dirette ad ingenerare nel fruitore una suggestione intellettuale» che, per quanto esplicitamente orientata, non risulta in sé idonea a soddisfare direttamente la libidine del fruitore. In questo contesto, il fatto che l'utente del servizio abbia la possibilità di interagire via *internet* con l'intrattenitrice, indirizzandone la condotta a seconda dei propri desideri costituirebbe una semplice modalità esecutiva «che non altera la natura essenzialmente rappresentativa — e quindi pornografica — della prestazione ottenuta».

Anche in questo secondo caso, peraltro, la *suprema Corte*, investita del ricorso avanzato dal Pubblico Ministero, è andata di contrario avviso rispetto alla decisione del tribunale del riesame, facendo leva su una più lata definizione di «prostituzione», elaborata dalla tradizione giurisprudenziale (4), che si limita ad indicare quali requisiti essenziali e caratteristici di tale attività — indipendentemente dalla tipologia di prestazione sessuale offerta o richiesta — il fine di lucro e la natura indiscriminata dell'offerta del proprio corpo a fini sessuali (5).

2. Le due sentenze in commento rispecchiano effettivamente un indirizzo interpretativo presente tanto in dottrina che in giurisprudenza, anche se, come diremo, le ipotesi in esame presentano particolarità tali da renderne problematica l'applicazione. Esaminiamo comunque l'orientamento tradizionale: in dottrina, se si usa talvolta sottolineare che la venalità delle prestazioni sessuali avrebbe potuto ritenersi requisito non essenziale nel vigore delle originarie incriminazioni del codice del 1930, vi è quasi assoluta unanimità nel ritenere che, dopo la riforma introdotta con la c.d. «legge Merlin», il concetto di prostituzione richiamato dalle nuove fattispecie coincide con quello consolidato nella tradizione storico-sociale, cioè la dazione abituale, indiscriminata e a fini di lucro del proprio corpo a fini sessuali (6). Sul punto, si ha cura di precisare che le prestazioni

(4) Rileva infatti la *suprema Corte* — prendendo a bersaglio proprio quelle perplessità socio-culturali, connesse all'evoluzione (e liberalizzazione) dei costumi, che hanno verosimilmente ispirato al tribunale milanese l'interpretazione «restrittiva» di cui sopra — che la nozione di prostituzione, per quanto non legislativamente definita, corrisponde pur sempre ad un «tipo normativo» delineato dalla stessa giurisprudenza di legittimità e mal si presta, pertanto, ad essere individuata in base a criteri di valutazione meramente sociali o culturali.

(5) La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare sul punto che l'attività di prostituzione è riconoscibile anche qualora «la donna si conceda ad una categoria di persone aventi determinati requisiti giacché, nel verificarsi delle condizioni di appartenenza a tale categoria, ella è disposta a concedersi a chiunque vi appartenga» (Sez. III, 16 ottobre 1979, Poli, in *questa rivista*, 1981, p. 895).

(6) Così, NUVOLONE, *Sul concetto di prostituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 246 ss. e CAPALDO, *Nozione di prostituzione*, in *Riv. pen.*, 1961, II, p. 580. Così anche CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Cedam, 1970, p. 28 il quale, con riferimento alla «indiscriminatezza» dell'offerta, sottolinea che si tratta di un requisito «tendenziale», posto che nell'esercizio del meretricio una «selezione della clientela» avviene, sempre e necessariamente, in rapporto al tipo di prestazioni richieste e all'entità dei compensi pretesi. Nella dottrina più recente, per una analoga definizione di prostituzione, cfr. PROLETTI, voce *Prostituzione*, in *Dig. d. pen.*, vol. X, Utet, 1995 e PAVONCELLO SABBATINI, voce *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, 1991, p. 2. Precisa quest'ultimo autore, quanto alla finalità di lucro, ritenuta connotato necessario dell'attività di prostituzione, che «il giudizio morale che eventualmente può suscitare un genere di vita esclusivamente teso all'appagamento degli istinti è posto su un piano affatto diverso da quello giuridico, nel quale la definizione compete solo a chi dall'attività tragga, in tutto o in parte, la propria fonte di reddito (e quindi anche a chi la affianchi all'abituale lavoro, al fine di concedersi lussi altrimenti preclusi)». In giurisprudenza v. Sez. III, 20 maggio 1998, Mimou, in *questa rivista*, 1999, p. 1606, secondo cui «un atto sessuale diventa atto di prostituzione solo in presenza dell'elemento retributivo, e cioè

offerte possono anche prescindere da un tangibile contatto fisico e comprendere quindi una molteplicità di condotte, purché consistenti in atteggiamenti lascivi (verrebbe meno altrimenti il carattere «sessuale» della prestazione) (7). In questo contesto, ove perplessità residuino sulla valutazione di singoli casi concreti, esse tendono ad essere risolte, casomai, in senso ulteriormente estensivo: così, ad esempio, se in giurisprudenza viene ritenuto comportamento riconducibile al concetto di prostituzione quello di denudarsi a fini di lucro in presenza di più persone, consentendo contatti tattili e baci (8), in dottrina non manca chi tende a qualificare in termini di prostituzione qualsiasi esibizione oscena o pornografica a pagamento, indipendentemente dalla possibilità che lo spettatore abbia di intervenire direttamente (9).

Naturalmente — come fra poco diremo — possono avanzarsi fondate riserve sull'utilizzo di una nozione così dilatata di «prestazione sessuale» (e, per conseguenza, di «prostituzione»); non vi è dubbio però che tali «eccessi interpretativi» ben si spieghino con l'attuale assetto della tutela penale che, incentrato com'è sulla repressione del «parassitismo» che spesso si sviluppa intorno all'esercizio della prostituzione, tende a porre in primo piano la dimensione «economica» del fenomeno, cioè la mercificazione del proprio corpo a fini sessuali, da cui lo sfruttatore trae il proprio lucro personale, lasciando invece sullo sfondo la tipologia della prestazione richiesta (consuetudine o anomalia che sia) (10). Ecco perché gli stessi tentativi di definire, sul piano sistematico, il concetto di «prestazione sessuale», rilevante ai fini del concetto di prostituzione, traendo spunto dal concetto di «atto sessuale» (e, in precedenza, di «atto di libidine») utilizzato nel contesto dei c.d. «reati sessuali», sono stati oggetto di riserve da parte della più accreditata dottrina.

Se infatti, sotto un certo aspetto, potrebbe apparire ragionevole — e più conforme al principio di tassatività — restringere il concetto di «prostituzione» al compimento abituale e indiscriminato — dietro prestazione di denaro — di «atti sessuali», non può però sottovalutarsi il rischio — secondo la segnalazione di autorevole dottrina — di «trascurare i limiti comunque imposti ad ogni argomentazione sistematica dalle diverse e peculiari finalità di tutela che caratterizzano ogni singola norma» (11). Da questo punto di vista, la ricostruzione del concetto di «prostituzione» secondo la chiave ermeneutica appena descritta trascura il fatto che l'attività di meretricio «si regge

quando il soggetto che fornisce la prestazione sessuale assegna alla dazione del proprio corpo, per il soddisfacimento dell'altrui libidine, una funzione strumentale alla percezione di una utilità, in genere economica, che potrebbe essere corrisposta dall'utente anche direttamente ad un terzo, ma sempre con l'accordo o quanto meno la consapevolezza dell'erogatore della prestazione». Su posizioni parzialmente difformi, si veda VASSALLI, *I delitti previsti dalla legge 20 febbraio 1958, n. 75*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Giuffrè, 1997, p. 322 ss., secondo il quale, alla luce della ratio e della complessiva sistematica della l. 20 febbraio 1958, n. 75, il fine di lucro non dovrebbe considerarsi elemento indefettibile dell'attività di prostituzione.

(7) CALVI, *op. cit.*, p. 25.

(8) Così, Sez. III, 6 giugno 1975, Giorgetta, in *questa rivista*, 1976, p. 974.

(9) È l'opinione di PAVONCELLO SABATINI, voce *Prostituzione*, cit., p. 2: secondo l'Autore infatti anche la cinematografia pornografica dovrebbe considerarsi una forma di prostituzione, sia pur caratterizzata dal fatto che non vi si rinvia una prostituta e un cliente, «bensì due persone che si prostituiscono reciprocamente (gli attori) e vedono realizzate le proprie aspettative economiche non ad opera dell'occasionale partner, bensì da parte di chi in seguito sfrutterà (non i proventi della, bensì direttamente) la loro prostituzione e cioè il produttore dello spettacolo osceno». Dissente decisamente da una simile dilatazione del concetto di prostituzione, PIOLETTI, *op. cit.*, p. 277.

(10) Per una serrata critica all'impostazione «paternalistica» della legge Merlin, ritenuta ormai anacronistica sia sul piano della formulazione, esasperatamente casistica, delle fattispecie incriminate, sia in relazione alla loro proiezione offensiva, tuttora incentrata su interessi di carattere astratto e non sul diritto della persona che si prostituisce a non essere sfruttata, v. di recente CADOPPI-VEZIANI, *Commento all'art. 2, comma primo, L. 3 agosto 1998, n. 269*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, III ed., Cedam, 2002, p. 503 ss. Le imperfezioni, le contraddizioni, le incoerenze e gli eccessi repressivi della legge Merlin sono peraltro stati segnalati dalla dottrina sin dall'epoca della sua entrata in vigore: si veda in proposito CASALINUOVO, *Un nuovo capitolo nella storia del diritto italiano. Le norme della legge Merlin*, in *Riv. pen.*, 1958, I, p. 553 ss.; DE GENNARO, *Prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Arch. pen.*, 1958, I, p. 216 ss.; MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 452; Rosso, *I delitti di lenocinio e sfruttamento della prostituzione*, Roma, 1960, p. 23 e passim. Per un quadro riassuntivo di tali critiche (e per ulteriori indicazioni bibliografiche) v. VASSALLI, *op. cit.*, p. 299 ss.

(11) CALVI, *op. cit.*, p. 23.

sulla disponibilità di certe persone al soddisfacimento delle esperienze sessuali più svariate [...] ed anzi sulla anomalia, sovente patologica, di certe prestazioni che il cliente richiede»; prestazioni che, pertanto, pur costituendo oggetto di un'attività di prostituzione, non sempre potranno essere ricondotte senza incertezza al significato corrente di «atto sessuale» (12).

3. Il descritto orientamento espresso dalla suprema Corte — cui si ispirano le due recenti sentenze appena citate — per quanto apparentemente «convalidato» da un richiamo alla tradizione dottrinale e giurisprudenziale suscita, almeno con riferimento alle specifiche ipotesi concrete sopra descritte, alcune riserve.

Occorre innanzitutto sottolineare che i casi in questione non possono essere immediatamente accostati a quelli, richiamati in dottrina, in cui il cliente pur potendo interagire direttamente con la prostituta, chiede a quest'ultima prestazioni sessuali (o richiama comunque la sfera della sessualità) che prescindono dal contatto «carnale». La particolarità delle ipotesi in esame è rappresentata dal fatto che, in entrambi i casi considerati, il cliente, o per le condizioni «contrattuali» stabilite in partenza dall'organizzatore dell'esibizione sessuale, ovvero, nel secondo caso, per la stessa tipologia del mezzo telematico attraverso il quale viene resa la «prestazione», non può (o comunque non è autorizzato) a compiere atti sessuali con la partner prescelta e si limita perciò alla fruizione di una esibizione sessuale a pagamento, conservando, al massimo, la possibilità di intervenire sui «contenuti» della stessa (almeno così risulta nel caso della prostituzione tramite *internet*), chiedendo all'intrattenitrice il compimento di particolari atti sessuali su se stessa.

Sono del tutto evidenti, sul piano applicativo, i potenziali rischi connessi alla riconduzione di casi simili al concetto di «prostituzione»; una volta ridotte le caratteristiche essenziali dell'attività di meretricio all'indeterminatezza dei destinatari dell'offerta, all'onerosità della prestazione e alla finalità latamente sessuale per la quale essa viene resa, è agevole considerare «prostituzione» attività che possono anche del tutto prescindere dal compimento di «atti sessuali»; si pensi, solo per fare l'esempio più eclatante, al fenomeno delle c.d. «chat lines», le quali offrono un servizio a pagamento, fruibile senza restrizioni da chiunque vi abbia interesse e finalizzato a soddisfare la libidine del cliente mediante colloqui verbali a carattere erotico. Anche in questo caso il cliente si vede riconosciuta la possibilità di interagire personalmente con la partner al fine di soddisfare la propria libidine; resta però il dubbio se tali caratteristiche siano sufficienti a qualificare come «prostituzione» questo tipo di attività (13).

La suprema Corte, nella pronuncia in commento, sembra rendersi conto di questo tipo di rischi e, sia pure in rapidi passaggi della motivazione, cerca, in entrambe le sentenze, di istituire un collegamento fra il concetto di prostituzione ricavabile dalla l. Merlin e il concetto di «atto sessuale» così come introdotto dalla legge di riforma dei reati sessuali n. 66 del 1996: «l'elemento caratterizzante il reato di prostituzione, pertanto, non è necessariamente costituito dal contatto fisico fra i soggetti della prestazione, bensì dal fatto che un qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta e immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o che è destinatario della prestazione. Infatti non è stato mai messo in dubbio che l'attività di chi si prostituisce può consistere anche nella esecuzione di atti sessuali di qualsiasi natura eseguiti su se stesso in presenza di chi ha chiesto la prestazione, pagando un compenso, al fine di soddisfare la propria libidine, senza che intervenga alcun contatto fisico fra le parti. Tale nozione — aggiunge la Corte suprema — si palesa peraltro conforme allo spirito della l. n. 75 del 1958, che, se punisce penalmente solo i comportamenti diretti alla induzione, al favoreggiamento, sfruttamento della prostituzione e gli altri descritti dalla norma, rende manifesto, in relazione alla gravità delle sanzioni comminate per tali fatti, il disvalore sociale attribuito, secondo il comune sentire, ad atti che implicano l'uso strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo» (14).

(12) CALVI, *op. cit.*, p. 25.

(13) Sul punto cfr. anche CATULLO, *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*, in *questa rivista*, 2004, p. 3581 ss.

(14) Si tratta di un passaggio della motivazione di Sez. III, 22 aprile 2004, Mannone, testualmente ripreso anche dalla più recente delle pronunce in commento.

L'argomentazione, come si noterà, non risulta del tutto limpida. Da un lato, infatti, la riprovazione morale o sociale che accompagna l'attività di prostituzione, non vale a renderla di per sé stessa illecita sul piano penale (mentre sono le condotte di induzione, agevolazione e di vario «parasitismo» ad essere sanzionate in forme e modi che, peraltro, la dottrina tende a considerare ormai «sovradimensionati») (15); dall'altro, se oggetto di riprovazione è l'uso strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo, non si vede più alcun plausibile motivo di distinzione fra la «prostituzione» e la partecipazione a spettacoli osceni o ad attività di carattere pornografico, atteso che anche queste ultime rappresentano senza dubbio forme di sfruttamento della propria sessualità per ricavarne un corrispettivo (16). Né francamente si vede perché, in quest'ordine di idee, dovrebbero escludersi dal concetto di «prostituzione» attività di sfruttamento della sessualità che per la particolare tipologia del mezzo usato (vedi le *chat lines*) o per particolari perversioni del cliente prescindono addirittura dal compimento di atti normalmente qualificabili come «sessuali» (17).

4. Occorre dunque, prima di tutto, mettersi d'accordo sui confini da assegnare al concetto di «prostituzione». La Cassazione propone, nelle pronunce in commento, una soluzione apparentemente convincente, ancorché, come vedremo, non del tutto condivisibile. Perché si possa parlare di prostituzione (concetto che, come si è detto, di per sé non implicherebbe né la consumazione di un rapporto carnale, né la contestuale presenza *in loco* del fruitore della prestazione) occorrerebbero due condizioni essenziali: da un lato la prestazione resa a titolo oneroso dovrebbe consistere quantomeno nel compimento, da parte del soggetto che si prostituisce, di atti sessuali su se stesso; dall'altro, l'utente della prestazione (ancorché presente solo «a distanza») dovrebbe avere la possibilità di interagire con chi si prostituisce «non diversamente da quanto potrebbe verificarsi nell'ipotesi di contemporanea presenza nello stesso luogo» — sono le parole della sentenza dedicata alla «prostituzione via internet», riprese anche nella successiva pronuncia — «in modo da poter chiedere a questi il compimento di atti sessuali determinati, che vengono effettivamente eseguiti e immediatamente percepiti da colui che ordina la prestazione sessuale a pagamento.»

È del resto inevitabile che nel dilatare il concetto di prostituzione fino a ricomprendervi la «prostituzione a distanza», la «possibilità di interagire» con la persona che si prostituisce — in una sorta di rapporto sinallagmatico in cui alla richiesta del cliente segue la prestazione — assurga ad elemento essenziale e decisivo per distinguere fra attività di «prostituzione» e condotte riconducibili alle fattispecie che vietano la diffusione di pubblicazioni o la rappresentazione di spettacoli osceni. Ipotesi criminose, queste ultime, caratterizzate dal fatto che «il fruitore della pubblicazione o rappresentazione pornografica resta solo spettatore passivo, senza alcuna possibilità di interagire con i soggetti della rappresentazione» (18).

Il suggestivo percorso argomentativo seguito dalla suprema Corte conduce tuttavia a porsi un interrogativo di fondo che ci riporta, ancora una volta, al punto di partenza. È corretto, soprattutto in una materia governata dal principio di stretta legalità come quella penale, ricostruire il concetto di «prostituzione» a partire dalle manifestazioni «anomale» o «eccezionali» della stessa? O non dovremo innanzitutto stabilire quale sia il significato etimologico e letterale del vocabolo, per poi verificarne le possibilità di estensione a casi originariamente non contemplati dal legislatore?

(15) In proposito si vedano, da ultimo, le già richiamate critiche di CADOPPI-VENEZIANI, *op. loc. ult. cit.*

(16) Sotto questo profilo appare più coerente la posizione di quegli Autori che intendono per «prostituzione» anche il mero compimento di «atti lascivi», cioè suscettibili di eccitare comunque l'istinto sessuale, indipendentemente dal fatto che il soggetto che si prostituisce compia o meno atti sessuali su se stesso (per tutti, v. CALVI, *op. cit.*, p. 25). Del resto il criterio «contenutistico» proposto dalla suprema Corte rischia di rivelarsi contraddittorio: se infatti ciò che conta perché si abbia prostituzione è la possibilità di interagire direttamente fra prostituta e cliente (dietro pagamento di una somma di denaro), la tipologia (o il contenuto) della prestazione, sempre se finalizzato ad eccitare l'istinto sessuale del cliente, sembrerebbe dover restare in secondo piano (in sostanza, si dovrebbe parlare di «prostituzione» anche nel caso in cui l'intrattenitrice, dietro pagamento di una somma di denaro, si limiti ad esibirsi — in favore di un solo cliente e su richiesta dello stesso — in un semplice «spogliarello», senza compiere alcun atto sessuale).

(17) Sottolinea tale problema interpretativo anche CATULLO, *op. cit.*, p. 3585.

(18) Si vedano del resto, sul punto, le già richiamate sentenze in tema di *lap dance* (nota 2).

Se si concorda sul fatto che il corretto percorso ermeneutico è il secondo, bisogna innanzitutto stabilire cosa si intende, secondo l'uso comune del linguaggio, per attività di «prostituzione». Sul punto, non sembrerebbero esservi dubbi sul fatto che, nell'accezione corrente del termine, «prostituzione» è sinonimo di «rapporto sessuale a pagamento». E che, del resto, tale definizione corrisponda alla dimensione «normativa» del concetto, trova conferma nell'abituale utilizzo, anche da parte della giurisprudenza di legittimità, di definizioni di «prostituzione» in cui si sottolinea, quale elemento caratterizzante dell'attività in questione, il «concedersi», «l'offrire il proprio corpo» o il fare «commercio carnale» (19). Un'attività quindi che, almeno in potenza, contempla il rapporto sessuale tra i soggetti coinvolti, con l'ovvia necessità della contestuale presenza degli stessi in uno medesimo luogo.

5. Se questo è il «nucleo» del concetto di prostituzione — secondo un uso corrente apparentemente convalidato dalla tradizione giurisprudenziale — nulla sembrerebbe vietare in linea di principio — attraverso una dilatazione della portata del termine, che potrebbe contenersi ancora nei limiti dell'interpretazione estensiva — di includervi casi per così dire «anomali», in cui la prestazione — così come suggerito dalle recenti pronunce della Cassazione — consista, per esplicita richiesta del cliente presente *in loco* (che pur avrebbe la possibilità di intrattenere un contatto sessuale diretto), nel mero compimento di atti sessuali su se stessa da parte della persona che si prostituisce.

Ad un'ulteriore dilatazione del termine — tale da ricomprendervi sia le ipotesi in cui, per le stesse modalità con cui la prestazione viene resa, il cliente non è autorizzato o compiere atti sessuali con l'intrattenitrice, sia le ipotesi in cui, addirittura, per la particolare tipologia del mezzo usato o per barriere fisiche eventualmente esistenti, tale possibilità sia naturalisticamente inesistente — sembra opporsi il dato sistematico, rappresentato dalla compresenza della fattispecie di cui all'art. 528 c.p. (Pubblicazioni e spettacoli osceni), la cui applicazione ben potrebbe essere invocata anche nel caso di specie (così come del resto suggerisce il tribunale del riesame di Milano nell'ordinanza relativa alla prostituzione via internet successivamente annullata dalla Cassazione).

La questione — si badi — non è tanto se, dilatando il concetto di prostituzione fino a ricomprendervi i casi citati, si incorra nella violazione del divieto di analogia *in malam partem* (sotto questo profilo, infatti, l'ampio spettro di significati che il concetto di «prostituzione» può assumere anche nel linguaggio corrente, potrebbe suggerire una risposta negativa); la questione è piuttosto se, di fronte a casi in cui più che l'aspetto della «prestazione sessuale» (che richiama appunto — sotto il profilo semantico — la condotta di chi «concede», «mette a disposizione» il proprio corpo per procurare al «cliente» una soddisfazione sessuale), predomina l'elemento «spettacolare» o di «esibizione» del proprio corpo (tanto che viene escluso, in partenza, il compimento di atti sessuali fra prostituta e cliente), l'interprete non debba privilegiare, ragionando sul piano sistematico ed applicando il principio del *favor rei*, quella lettura restrittiva del concetto di «prostituzione» che è imposta dall'esistenza stessa dell'art. 528 c.p.

Il problema assume del resto una portata ancora più seria se si riflette sul fatto che l'art. 528, com'è noto, è stato oggetto di un'interpretazione evolutiva da parte della giurisprudenza costituzionale e di legittimità (20) e, con specifico riferimento al tema degli «spettacoli osceni», non so-

(19) Al «commercio carnale» come sinonimo di «prostituzione» fa riferimento la già citata Sez. III, 20 maggio 1998, Mimou, in *questa rivista*, 1999, p. 1607.

(20) Com'è noto, l'attuale approdo dell'accesso dibattito sulla rilevanza penale del commercio «riservato» di materiale osceno (ma anche della proiezione di pellicole pornografiche in speciali sale a ciò destinate) è rappresentato dalla sentenza n. 368/1992 della Corte costituzionale (in *Giur. cost.*, 1992, p. 3563, con nota di RAMACCI, *Libertà «reale» e «svalutazione» del buon costume* e in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1160, con nota di LUTHER, *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette di contenuto pornografico*), e da due coeve sentenze delle Sezioni unite (24 marzo 1995, Gasparato, in *questa rivista*, 1995, p. 2109, con nota di SPARAGNA, *Ancora sulla detenzione «riservata» delle videocassette pornografiche* e 24 marzo 1995, Barbutto, *ivi*, 1995, p. 2118), secondo le quali la «pubblicità», intesa come reale o potenziale percezione da parte della collettività o comunque di terzi non consenzienti del messaggio trasmesso per mezzo di scritti, disegni, immagini o rappresentazioni, si configura come requisito essenziale della nozione di «buon costume», così che il commercio dell'osceno, se realizzato con particolari modalità di riservatezza e di cautela, idonee ad evitare ogni forma di offesa, reale o potenziale, al pubblico pudore, non integra il reato di cui all'art. 528 c.p.

no mancate pronunce che, collegando la capacità offensiva del pudore al contesto ambientale in cui si inserisce la rappresentazione, hanno ritenuto non integrato l'art. 528 in relazione ad uno spettacolo osceno che si svolga con particolari modalità di riservatezza e di cautela in presenza di persone adulte, ove il giudice di merito accerti, in relazione a dette modalità, che il comune senso del pudore non risulti offeso (21). Da un lato, quindi, potremmo avere spettacoli a contenuto osceno che, per le particolari modalità con cui vengono organizzati e fruiti, non raggiungono nemmeno la soglia di rilevanza penale; dall'altro, secondo le sentenze in commento, per il solo fatto che nel rapporto intrattenitrice-spettatore, si inserisca la possibilità per quest'ultimo di incidere in qualsiasi modo sui contenuti dell'esibizione, esso dovrebbe immediatamente qualificarsi in termini di «prostituzione».

6. Il nodo, com'è evidente, è proprio qui. Si tratta di stabilire se la particolarità delle ipotesi in esame, in cui su tipologie di condotte che, almeno astrattamente, potrebbero ricondursi al concetto di spettacolo osceno, si innesta la possibilità per il fruitore di istituire un rapporto diretto e personale con l'intrattenitrice e di incidere sui contenuti dell'esibizione, siano tanto significative da consentire la qualificazione del rapporto in termini di «prostituzione», con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della configurabilità dei reati previsti dalla «legge Merlin».

Sotto questo particolare profilo, il criterio distintivo proposto dalla Suprema Corte, rischia di dimostrarsi non del tutto appagante se non addirittura intrinsecamente contraddittorio; se infatti il motivo della riconduzione delle suddette ipotesi al concetto di «prostituzione» è, come notavamo prima, la possibilità di interagire con chi si prostituisce «non diversamente da quanto potrebbe verificarsi nell'ipotesi di contemporanea presenza nello stesso luogo» (22), non è chi non veda che, nelle situazioni indicate, è proprio uno dei connotati tipici e caratterizzanti del rapporto prostituta-cliente a venir meno. Nei casi in esame, in sostanza, vuoi per le particolari caratteristiche del mezzo utilizzato, vuoi perché così è imposto dalle «clausole contrattuali», è escluso in partenza che il cliente possa avere contatti sessuali diretti con l'intrattenitrice. Ed proprio questa «particolarità» del rapporto intrattenitrice-cliente a caratterizzare significativamente tali situazioni e a suggerirne l'inquadramento più come forme di esibizione e spettacolo osceno che come ipotesi di «prostituzione».

Al criterio delimitativo indicato dalla suprema Corte di cassazione pare dunque opportuno sostituirne uno — più rispettoso del dato letterale e sistematico — che indichi, quale profilo tipico dell'attività di «prostituzione», quello rappresentato dalla facoltà concessa al «cliente», dietro pagamento di una somma di denaro, di compiere atti sessuali con la persona che si prostituisce. Naturalmente, in un simile contesto, il fatto che il cliente liberamente decida (in base alle proprie preferenze sessuali o alle contingenze del momento) di chiedere prestazioni che prescindono dal compimento di atti sessuali non necessariamente incide sulla natura del rapporto che, in effetti, mantiene le sue caratteristiche tipiche. Se, viceversa, la facoltà di interagire con l'intrattenitrice — per le caratteristiche del mezzo utilizzato o del locale in cui avviene l'esibizione ovvero per le condizioni «contrattuali» stabilite dall'organizzatore dell'esibizione — è limitata in partenza e non si estende (o addirittura non può fisicamente estendersi) al compimento diretto di atti sessuali con il cliente, risulta più corretta e sistematicamente coerente la qualificazione del fatto in termini di «spettacolo osceno» (23).

(21) Cfr. Sez. III, 14 novembre 1997, Dal Ben, in *Guida dir.*, 1998, n. 4, p. 76 (fattispecie in cui, nel corso di uno spettacolo, l'intrattenitrice, denudatasi completamente, si era toccata gli organi genitali e, dopo aver spogliato un uomo, lo aveva eccitato toccandogli i genitali e aveva mimato con lui un rapporto sessuale).

(22) Si tratta, ancora una volta, di argomentazione utilizzata da entrambi le sentenze in commento.

(23) Ad analoghe conclusioni, sia pure con riferimento alla fattispecie di «prostituzione minorile» (art. 600-bis c.p.) giungono CADOPPI-VENEZIANI (*op. cit.*, p. 524). Sostengono i citati Autori, anche in forza di una coordinata lettura delle fattispecie scaturite dalla riforma dei reati sessuali e delle nuove fattispecie in tema di contrasto alla pedofilia che «gli atti sessuali [...] anche se non esauriscono l'intero concetto della prostituzione, debbono comunque rap- presentare la naturale prospettiva». In sintesi gli atti sessuali «debbono comunque rientrare nell'oggetto del contratto di prostituzione, cosicché il cliente, quantomeno *ex ante*, ha la facoltà di pretendere dalla prostituta. Peraltro, se il cliente stesso ritiene, nell'episodio concreto, di usufruire diversamente delle attrattive offerte dalla prostituta, vi sarà

Si potrebbe peraltro ribattere che l'art. 528 c.p. nel punire, al n. 2) del comma 3, colui che «dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità», sembra limitare la rilevanza penale del fatto a determinate forme di rappresentazione, nelle quali non necessariamente dovrebbero considerarsi incluse quelle oggetto delle sentenze in commento (24). Ora, è del tutto pacifico che anche l'assetto della tutela penale nel campo delle pubblicazioni e degli spettacoli osceni meriterebbe di essere rivisto ed aggiornato; basterebbe segnalare in proposito che, mentre il legislatore si è fatto carico — attraverso l'art. 30 l. 6 agosto 1990, n. 223 — di estendere l'applicabilità dell'art. 528 c.p. al concessionario privato o pubblico (nonché alla persona delegata al controllo della trasmissione) che diffonda trasmissioni radiofoniche o televisive che abbiano carattere di oscenità, nulla risulta specificamente previsto (al di là dell'ipotesi generale di «messa in circolazione» di scritti, disegni ed immagini osceni, di cui all'art. 528 c.p.) per ciò che riguarda la produzione di spettacoli o la realizzazione di trasmissioni oscene attraverso *internet* che, com'è noto, rappresenta ormai uno dei più efficaci (e lucrosi) veicoli di diffusione della pornografia (25).

Sotto un diverso profilo, però, è proprio l'ampia categorizzazione presente nell'art. 528 comma 3, n. 2) c.p. (con il riferimento non solo alle rappresentazioni teatrali e cinematografiche, ma anche alle «audizioni e recitazioni pubbliche») a suggerire che l'intento del legislatore sia quello di attribuire rilevanza penale ad ogni tipo di esibizione pubblica avente carattere di oscenità. In questo contesto, poco sembrerebbe rilevare (purché naturalmente permanga la natura «pubblica» dello spettacolo, cioè l'offerta ad una generalità indiscriminata di soggetti) che l'esibizione venga fruita da più soggetti contemporaneamente, ovvero da uno solo per volta o, ancora, che allo spettatore sia concessa la possibilità di influire, con sue particolari richieste, sul contenuto della prestazione. Tali particolari caratteristiche della rappresentazione — almeno fintantoché resti esclusa la possibilità per il fruitore di compiere atti sessuali con l'intrattenitrice — non sembrano incidere sul carattere essenzialmente spettacolare — o se si vuole pornografico — dell'esibizione, che correttamente pertanto deve essere qualificata in termini di «spettacolo osceno» e non di «prostituzione».

7. Un importante dato sistematico sembra confermare l'ipotesi interpretativa appena affacciata. Si tratta della recente introduzione, ad opera della l. 3 agosto 1998, n. 269, della nuova fattispecie di «prostituzione minorile» prevista dall'art. 600-bis c.p. La dottrina concorda sulla diversa proiezione offensiva della fattispecie, rispetto a quelle «tradizionali» contenute nella c.d. legge Merlin; la collocazione stessa del reato in esame, inserito nel titolo dedicato ai delitti contro la persona e, più ancora, nella sezione del capo III intitolata ai «delitti contro la personalità individuale», chiarisce che la norma mira a tutelare, in via primaria ed essenziale, la corretta evoluzione della personalità del minore, che rischia di essere gravemente compromessa ove il medesimo sia indotto a prostituirsi o venga in qualsiasi modo sfruttato a fini sessuali (26). La particolare proie-

comunque prostituzione: ciò, ad esempio, anche se il cliente chieda alla prostituta di assistere a rapporti sessuali altrui, o di esibirsi lascivamente, pur senza compiere atti sessuali nell'esibizione. Insomma, gli atti sessuali sono necessari per il concetto di prostituzione, ma solo, per così dire, in potenza».

(24) Sotto questo profilo, la tipizzazione eccessivamente casistica dell'art. 528 c.p. rischia effettivamente di dar luogo a vuoti di tutela; certamente più efficace, da questo punto di vista, la formulazione della nuova fattispecie di «pornografia minorile» (art. 600-ter), introdotta dalla l. 3 agosto 1998, n. 269, che utilizza il concetto di «esibizione pornografica».

(25) Sul delicato problema della responsabilità dei c.d. *internet provider*, nell'ipotesi di commissione di reati attraverso *internet*, si veda in dottrina SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. inform. e informatica*, 1998, p. 747; NATALINI, *Pornografia minorile e chat line: rilevanza penale e spunti problematici della pedofilia telematica*, nota a Sez. III, 3 dicembre 2001, D'Amelio, in *Giur. it.*, 2003, p. 550; ZENO-ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Politica del diritto*, 1998, p. 641.

(26) Secondo CADOPPI-VENEZIANI, *op. cit.*, p. 509, il bene giuridico tutelato dalla citata fattispecie incriminatrice deve essere ravvisato nella «salvaguardia dello sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, dunque, della formazione dell'intera personalità dei minori, da gravi fatti di sfruttamento sessuale a fini commerciali equiparabili a riduzioni in (condizioni analoghe alla) schiavitù degli stessi». Così anche BONTEMPI, *Commento all'art. 600 bis*, in *Codice penale commentato* (a cura di Dolcini e Marinucci), vol. II, *Parte speciale*, Ipsa, 1999, p. 3122.

zione offensiva della fattispecie porta con sé un'innovazione di carattere eccezionale rispetto al consolidato regime di non punibilità del «cliente» tipico della legge Merlin; l'efficacia dissuasiva della norma (già corredata da cornici edittali assai severe in relazione alle condotte di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile) è ulteriormente potenziata — questa volta sul fronte del cliente — dal secondo comma della fattispecie, che prevede la punibilità (con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore ad € 5.164) di chiunque intrattenga rapporti sessuali a pagamento con un minore di età compresa fra i quattordici e i sedici anni (27).

Ebbene, considerate tali premesse, sarebbe del tutto logico aspettarsi, nel contesto di una fattispecie così caratterizzata, la conferma di quell'ampio concetto di «prostituzione» che la giurisprudenza di legittimità propone nei casi sopra considerati. Se oggetto di tutela è infatti l'armonico sviluppo della personalità del minore, qualsiasi forma di mercificazione dello stesso al fine di soddisfare l'istinto sessuale (normale o deviato) di un terzo è sufficiente a mettere in pericolo il bene tutelato, indipendentemente dal tipo (più o meno consueto) di prestazione richiesta. Così ad esempio, tenendo conto della descritta finalità di tutela, non si vede perché non dovrebbe essere punita, ai sensi dell'art. 600-bis c.p., l'induzione del minore a denudarsi a pagamento dinanzi ad un terzo, ovvero a compiere atti non implicanti alcun contatto fisico con il cliente, ma che ne soddisfino una particolare perversione, ovvero ancora, come talora sembra suggerire la dottrina, ad assistere anche senza prendervi parte ad atti sessuali consumati da adulti presenti (28).

È invece significativo che la nuova fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 600-bis renda penalmente rilevante la condotta del cliente che, eccettuato il caso in cui il fatto costituisca più grave reato, «compie atti sessuali con un minore di età compresa fra i quattordici e sedici anni, in cambio di denaro o di altra utilità». Pare arduo sostenere, sul piano interpretativo, che il legislatore, all'interno di un ampio ventaglio di condotte del cliente tutte astrattamente riconducibili al concetto di «prostituzione» abbia voluto ritagliare (e rendere penalmente rilevanti) solo quelle che si concretizzano nel compimento effettivo di atti sessuali «con» il minore; si tratterebbe infatti di una soluzione in flagrante contrasto con le finalità di tutela espresse dalla norma incriminatrice (29). Sembra invece più corretto e razionale ritenere che la strutturazione della fattispecie incriminatrice nei termini appena indicati avvalorati le conclusioni raggiunte circa la necessità di intendere il concetto di «prostituzione» nei termini correnti più sopra delineati: un rapporto cioè in cui, dietro pagamento di denaro, il «cliente» si vede normalmente concessa la facoltà di compiere (se lo vuole) atti sessuali con il soggetto che si prostituisce. Il che significa che, se per le modalità con cui è organizzato il rapporto fra il minore e il fruitore della prestazione, è escluso in partenza (o è addirittura impossibile) che il cliente possa compiere atti sessuali con il minore, non sarà consentito parlare di attività di prostituzione.

Ciò, peraltro non determina, nel quadro della legge contro la pedofilia, pericolosi vuoti di tutela, giacché le condotte di sfruttamento del minore per la realizzazione di «esibizioni» pornografiche, ricadono nella limitrofa fattispecie di cui all'art. 600-ter comma 1 c.p., che riproduce sì una

(27) La dottrina ha salutato con favore l'innovazione legislativa sottolineando che, data la particolare proiezione offensiva dell'art. 600-bis (tutela della personalità individuale del minore), è corretto prevedere la punibilità del cliente che, al pari — e forse più — degli altri soggetti che ruotano intorno al fenomeno della prostituzione minorile, sfrutta sessualmente il minore (CADOPPI-VENEZIANI, *op. cit.*, p. 533).

(28) Sotto questo profilo muove una critica alla formulazione dell'art. 600-bis (dimenticando però la presenza della limitrofa ipotesi incriminatrice di cui all'art. 600-ter) MUSACCHIO, *Sul concetto di prostituzione nella nuova normativa penale contro lo sfruttamento dei minori*, in *Giur. merito*, 1999, p. 941 ss., l'Autore rileva che, «essendo in gioco la libertà e l'integrità psico-fisica del minore la cui tutela non può non essere più marcata rispetto alle persone adulte, si sarebbe dovuto esigere necessariamente una tassativa previsione descrittiva della prostituzione minorile sufficiente a comprendere qualsiasi condotta a sfondo sessuale idonea a costituire pregiudizio nei confronti di quella fragile integrità».

(29) Per di più è agevole constatare che se un criterio di selezione è stato adottato dal legislatore fra condotte astrattamente suscettibili di essere elevate ad illecito penale, esso sembra ispirarsi non tanto alla tipologia delle condotte, quanto all'età del soggetto coinvolto nell'attività di prostituzione (non è infatti penalmente rilevante la condotta del cliente che compie atti sessuali a pagamento con un minore di età superiore a sedici anni).

cornice sanzionatoria analoga (almeno quanto alla pena detentiva) rispetto all'art. 600-bis, ma esclude la punibilità del mero fruitore della esibizione anche quando essa coinvolga minori di età inferiore a sedici anni.

8. Se dunque, sulla scorta delle anzidette considerazioni, il legislatore, disciplinando il settore dei reati contro la pedofilia, ha accuratamente evitato dilatazioni del concetto di «prostituzione» che pure in quel contesto sarebbero state in certo qual modo giustificabili (tenuto conto del carattere strettamente personale dell'interesse tutelato), esigenze di coerenza sistematica interna dovrebbero condurre, sul piano strettamente interpretativo, all'applicazione di criteri analoghi anche nel campo degli illeciti che riguardano soggetti adulti.

Non mancano del resto ulteriori spunti sistematici — anche se questa volta più discussi e controversi — a conforto di questa soluzione. Se, infatti, la suprema Corte nell'evidente tentativo di istituire un parallelo fra la nozione di «prostituzione» e la disciplina dei reati sessuali, conclude che, per aversi meretricio, occorrerebbe almeno il compimento da parte del soggetto che si prostituisce di «atti sessuali su se stesso», è però interessante notare che, fuori dai casi di violenza, minaccia e abuso di autorità, l'induzione del minore di quattordici anni a compiere atti sessuali su sé stesso (se tale condotta non prelude al compimento, da parte del soggetto agente, di atti sessuali «con» il minore) non integra, a norma dell'art. 609-quater c.p., il reato di «atti sessuali con minore». Com'è noto infatti l'art. 609-quater c.p., nel descrivere la condotta penalmente rilevante, utilizza un'espressione del tutto analoga a quella che è stata successivamente ripresa nell'art. 600-bis: «chiunque [...] compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici...».

Tale soluzione normativa è stata criticata dalla dottrina che, non a torto, ne ha sottolineato l'incoerenza con la più ampia formulazione della norma prevista nel progetto originario, a sua volta espressione di un'esigenza di tutela «a tutto tondo» del primario interesse del minore all'armonico sviluppo della propria sessualità (30). Se queste critiche sembrano cogliere nel segno è però altrettanto vero, sotto un diverso profilo, che l'interprete deve fare innanzitutto i conti con il diritto vigente (e non con le riforme auspiccate), sforzandosi (se possibile) di trarre dalle apparenze (o reali) contraddizioni del sistema motivi e spunti per una più razionale ed armonica lettura della trama normativa nel suo complesso. Riguardata in questa prospettiva, la somiglianza tipologico-linguistica fra le espressioni utilizzate nell'art. 600-bis, comma 2 e nell'art. 609-quater c.p., sembra indicare, senza ombra di dubbio, una più preoccupata attenzione del legislatore per quelle condotte che, comportando il diretto coinvolgimento del minore in atti sessuali compiuti con soggetti più maturi (o addirittura maggiorenni), possano incidere più profondamente sull'equilibrio psico-fisico dello stesso in un campo così delicato com'è quello dello sviluppo della sessualità, rispetto ad altre condotte che — non comportando un diretto «scambio» sessuale tra minore e adulto — assumono rilevanza penale solo ove sorrette dalle modalità comportamentali costrittive di cui all'art. 609-bis c.p.

Se quest'assetto di tutela può risultare effettivamente discutibile — così come correttamente segnala la dottrina — in relazione al settore della tutela dei minori, esso non può però essere ignorato dalla giurisprudenza di legittimità quando essa — traendo spunti proprio dalla attuale disciplina dei reati sessuali — va alla ricerca di una nozione di «prostituzione» utilizzabile anche in chiave di delimitazione del limitrofo concetto di «spettacolo osceno». Qui, trattandosi di definire il concetto di «prostituzione» con riferimento agli adulti — a soggetti, quindi, cui l'ordinamento riconosce un pieno diritto al libero esercizio della propria sessualità — il distinguo introdotto dal legislatore nell'ambito degli artt. 600-bis e 600-quater c.p. deve essere adeguatamente considera-

(30) Le critiche sono unanimi; si vedano fra gli altri VENEZIANI, *Commento all'art. 5, L. 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, III ed., Cedam, 2002, p. 214 ss.; PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, pp. 24 e 25; MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996, n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 395; MONACO, *Commento all'art. 609 quater*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve del codice penale*, III ed., Cedam, 1999, p. 1700.

to e ulteriormente valorizzato, rischiandosi altrimenti di enfatizzare le incoerenze del sistema anziché risolverle. Si noti del resto che, anche nell'ottica di una auspicata maggiore «personalizzazione» delle norme in tema di sfruttamento della prostituzione, con correlativo spostamento del baricentro della tutela dall'astratto concetto di moralità pubblica agli interessi della persona che si prostituisce (31), la prospettiva interpretativa sin qui segnalata non appare del tutto peregrina.

Se infatti sul piano della dignità della persona appare senza dubbio degradante lo sfruttamento del soggetto tanto per realizzare esibizioni che comportano l'esposizione del proprio corpo nudo e il compimento di atti sessuali su sé stessi, quanto per soddisfare la libidine del «cliente» mediante il compimento diretto di atti sessuali con lo stesso, sembra tuttavia corretto recuperare, attraverso l'utilizzo di una nozione di «prostituzione» ristretta alla seconda tipologia di condotte, una differenziazione fra «prostituzione» e «spettacolo osceno» che, non solo caratterizza (in generale) l'attuale assetto normativo, ma che appare tanto più persuasiva in una dimensione di tutela meno astratta e moralistica, ma finalmente incentrata sulla persona del soggetto che si prostituisce; tutela che andrà pertanto ancorata all'effettivo grado di lesione o compressione non solo della dignità umana, ma anche della salute e della integrità fisico-psichica del soggetto «sfruttato», suscettibili di essere diversamente compromesse a seconda delle condotte considerate.

9. Molte, come si vede, sono ancora le questioni aperte e le permanenti incoerenze del sistema. E probabilmente mai come in questo settore sarebbe necessario un più deciso e profondo intervento legislativo volto, da un lato, a «svecchiare» alcune disposizioni penali incriminatrici che peccano ormai di anacronismo e, dall'altro, a disciplinare in modo più coerente e sistematico (anche a tutela dei minori) forme di produzione e diffusione della pornografia che sempre più approfittano dei nuovi formidabili mezzi di comunicazione (fra cui, in particolare, *internet*) che lo sviluppo della tecnologia mette a loro disposizione e che già da ora pongono seri ed urgenti problemi di regolamentazione.

Nell'attesa di un intervento di riforma che, filtrando la sensibilità moderna rispetto a questi fenomeni (certamente più aperta e disincantata di quella che ha ispirato le norme in vigore), si assuma il compito di tracciare il delicato confine fra condotte solo moralmente discutibili e fatti meritevoli di sanzione penale, in quanto lesivi della libertà morale e dei diritti fondamentali della persona, è dovere dell'interprete calarsi nella realtà del proprio tempo e cogliere, all'interno del sistema, quegli spunti ermeneutici capaci di armonizzare un apparato repressivo un po' datato con la mutata sensibilità sociale verso i comportamenti e la morale sessuale.

Le pronunce in commento paiono invece trincerarsi dietro una formalistica adesione al dettato legislativo che, per quanto convalidata dal richiamo alla tradizione giurisprudenziale, rischia (a ben vedere) di tradursi in una estensione (se non addirittura in una applicazione analogica *in malam partem*) di fattispecie incriminatrici già probabilmente «sovradimensionate» rispetto alle esigenze di tutela percepite dalla attuale coscienza sociale. Un approccio, insomma, un po' «passatista» — soprattutto perché incurante degli spunti di carattere sistematico provenienti dalla più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale — che meriterebbe, forse, di essere rivisto e riconsiderato.

ROBERTO BORGOGNO

Ricamatore di diritto penale Università di Roma La Sapienza

1517 - Sez. IV — Ud. 2 dicembre 2003 (dep. 6 febbraio 2004), n. 4842 — Pres. Coco — Rel. Piccialli — P.M. Ciampoli (concl. parz. diff.) — Elia ed altri (229370).

[6888/72] Prostituzione - Favoreggiamento - Nozione - Reato solo eventualmente abituale. (L. 20 febbraio 1958, n. 75, art. 3-octies).

Il reato di favoreggiamento della prostituzione, ravvisabile in qualsiasi attività che faciliti alla persona che intende prostituirsi la possibilità di offrirsi e di avere rapporti carnali con chi è disposto

(31) In questo senso le già citate proposte di riforma di CADOPPI-VENEZIANI, *op. cit.*, p. 507 ss.

a comprare i favori, è solo eventualmente abituale, non essendo necessaria ad integrarlo una attività a carattere continuativo, ben potendo il favoreggiamento essere ravvisato in un solo episodio (1).

(1) In senso conforme, Sez. III, 25 giugno 2002, Marchioni, in *questa rivista*, 2003, p. 3170, con nota di ulteriori richiami.

1518 - Sez. III — Ud. 14 maggio 2004 (dep. 14 luglio 2004) n. 30582 — Pres. Zumbo — Rel. Grillo — P.M. Iacoviello (concl. diff.) — Rama (230054).

[6888/72] Prostituzione - Favoreggiamento - Vendita abituale di confezioni di preservativi a diverse prostitute - Configurabilità del reato - Esclusione. (L. 20 febbraio 1958, n. 75, art. 3, 4).

Non integra il reato di sfruttamento della prostituzione la condotta di colui il quale vende abitualmente confezioni di preservativi a diverse prostitute, consegnandole sul luogo in cui esse operano, in quanto il favoreggiamento deve riguardare l'attività di prostituzione e non la prostituta, nel senso che è l'attività a dover risultare facilitata dal comportamento del favoreggiatore (1).

La sentenza così motiva:

«La Corte di appello di Milano, con la decisione menzionata in premessa, in parziale riforma (solo *quoad poenam*) della sentenza 19 gennaio 2001 pronunziata dal G.u.p. presso il Tribunale di Milano a seguito di procedimento con rito abbreviato, condannava Rama Piro alla pena di anni 2 di reclusione e lire 6.000.000 di multa in ordine al reato, continuato ed aggravato dal numero delle persone, di favoreggiamento della prostituzione (artt. 81 cpv. 110 c.p., 3 n. 8 e 4 n. 7 L. n. 75/58), consistito nel vendere abitualmente confezioni di preservativi a diverse prostitute, consegnandole sul luogo di lavoro di costoro.

Ricorre per cassazione l'imputato, deducendo manifesta illogicità della motivazione della sentenza impugnata, in quanto è titolare di regolare licenza di commercio per tali prodotti, rilasciatagli dal Comune di Sesto S. Giovanni, ed esercita professionalmente la detta attività, fornendo farmacie, distributori, tabacchiere e privati. Aggiunge che la merce veniva venduta alle prostitute al prezzo corrente, senza alcuna riduzione, e le forniture erano sempre regolarmente fatturate, donde l'insussistenza del reato; le predette, infatti, avrebbero potuto comunque rifornirsi di preservativi, ma preferivano rivolgersi a lui per sottrarsi al controllo dei propri protettori, in quali le munivano di pezzi contati al fine di verificarne gli incassi. Evidenza, infine, di essere regolarmente in Italia da molti anni e di essere sposato con un'italiana.

All'odierna udienza, il P.G. conclude come riportato in epigrafe.

Il ricorso merita accoglimento.

Ritiene, invero, il Collegio che l'attività addebitata al prevenuto non concreti il delitto di favoreggiamento della prostituzione.

Premesso che il concetto di favoreggiamento si presta ad essere esteso a dismisura, potendo teoricamente comprendere qualsiasi attività comunque utile alla prostituta e quindi alla prostituzione, si è costantemente affermato da questa Corte suprema che integra tale reato qualsiasi condotta «effettivamente» agevolatrice del meretricio, attività — è bene ricordarlo — di per sé non vietata dalla legge; in altri termini il comportamento favoreggiatore deve fornire un «concreto contributo», ancorché limitato, all'esercizio della prostituzione.

Nel caso in esame risulta pacifico: a) che il prevenuto esercitava legittimamente — in quanto titolare di specifica licenza comunale — il commercio di profilattici; b) che la vendita della merce alle prostitute avveniva al prezzo corrente (cioè lo stesso praticato a farmacie e privati) e con regolare fatturazione; c) che le consegne venivano effettuate sul «luogo di lavoro» delle prostitute.

È proprio quest'ultima circostanza che è stata valorizzata dai giudici del merito, peraltro con concisa motivazione, al punto da ravvisare l'interposizione agevolativa dell'imputato nel fatto di consentire alle acquirenti, con la consegna della merce sul posto di lavoro, di non abbandonarlo neppure per poco tempo, e quindi, in sostanza, di potersi prostituire con maggiore continuità.

Il Collegio ritiene non condivisibile l'argomentazione, perché assiomatica, superficiale ed anche illogica.

Il favoreggiamento deve riguardare la prostituzione, non la prostituta, nel senso che è l'attività a dover risultare facilitata dal comportamento del favoreggiatore. Orbene, nel caso in esame, non è contestata la possibilità del prevenuto di effettuare consegne della merce a domicilio, e quindi di portarla — ad esempio —