

La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento.

Adelmo Manna

1. La legge Merlin, che porta il nome di una senatrice del Partito socialista che ne fu autrice, è una legge, in netta controtendenza col passato, che aveva lo scopo di tutelare le donne¹. Costituisce infatti la reazione a quella che era la regolamentazione della prostituzione in epoca fascista dove esistevano, come in altri Paesi europei, le cosiddette “case di tolleranza” o, più comunemente, “case chiuse” perché nessuno potesse scrutare all’interno che cose accadesse². Quel tipo di disciplina penale della prostituzione incideva pesantemente sulla dignità delle prostitute, perché prevedeva la schedatura da parte della polizia delle stesse al pari dei delinquenti, oltre alla sottoposizione a periodici controlli sanitari ed anche a limitazioni relative alla libertà di spostamento³. In questa maniera la prostituzione era sostanzialmente gestita dallo Stato e queste donne erano trattate sostanzialmente come “merce”, una sorta di “schiave di Stato”. Rispetto a questa situazione la legge Merlin costituisce una vera e propria “rivoluzione copernicana”, dando attuazione ad un *trend* normativo, affacciato già negli altri Paesi, che prevedeva l’abolizione delle cosiddette case chiuse, proprio per evitare che la prostituta fosse una sorta di “vittima sacrificale” o, meglio, una sorta di merce in mano allo Stato. Ecco dunque perché la legge Merlin, all’art. 1, punisce l’esercizio di case di prostituzione nel territorio dello Stato e nei luoghi sottoposti all’amministrazione di autorità italiane⁴.

¹ Testo riveduto e corretto, con l’aggiunta delle note, della Relazione al Convegno “*Cultura, culture e diritto penale. Sintesi e discussione dei risultati*”, svoltosi a Parma il 24 e 25 maggio 2013.

² In argomento, da ultimo, v. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Scritti in onore di Alfonso Stile*, di prossima pubblicazione; nonché GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *Giust. pen.*, 2013, II, 473 ss..

³ Sulla regolamentazione della prostituzione, v. BALESTRIERI, *I delitti di prostituzione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Torino, 2009, pp. 99 ss.; CADOPPI, BALESTRIERI, *Prostituzione e diritto penale*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di RODOTÀ - ZATTI, Milano, 2011, pp. 915 ss.

⁴ PIOLETTI U., voce *Prostituzione*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1995, X, pp. 274 ss.

⁵ LA CUTE, voce *Prostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1989, pp. 452 ss.

2. Fatte queste premesse storiche, bisogna considerare un primo problema di carattere dogmatico, su cui la dottrina si è interrogata in passato, riguardante le ipotesi di reato previste dall'art. 3, nn. 1 - 8⁵.

Il problema era di capire se si trattava di una norma cosiddetta a più fattispecie oppure di una disposizione a più norme incriminatrici. È chiaro che se si riteneva che si trattasse di una norma a più fattispecie, la commissione di una pluralità di queste condotte comportava un unico reato e, al limite, il giudice poteva considerare la reiterazione del comportamento a livello di commisurazione della pena⁶.

Altri autori, invece, ritenevano che si trattasse di una disposizione a più norme incriminatrici per cui, se un soggetto integrava una pluralità di queste ipotesi, commetteva un pluralità di reati⁷.

Problema tipico di un'epoca in cui ci si occupava prevalentemente di dogmatica senza valutare anche l'importanza di altre problematiche legate alla politica criminale⁸. Quest'ultima ci fa propendere, però, per l'idea, già prospettata dal compianto Giuliano Vassalli⁹, che sosteneva appunto la tesi, condivisibile anche per evitare un innalzamento eccessivo del carico sanzionatorio, che si trattasse di una norma a più fattispecie, cioè di una norma che prevedeva diverse modalità di esecuzione di uno stesso reato e non, viceversa, di una pluralità di reati¹⁰. D'altronde, le norme tutelano lo stesso bene giuridico, costituendo soltanto diverse modalità di offesa allo stesso e sono contenute nella stessa disposizione normativa¹¹.

⁵ BONTEMPI, *Sub art. 3, L. 20 febbraio 1958, n. 75, in C.p. comm., Parte speciale*, Dolcini, Marinucci, Milano, 1999, pp. 5226 ss. La struttura di tale articolo è stata più volte criticata dalla dottrina per la tecnica legislativa utilizzata, sia sotto l'aspetto della eccessiva analiticità delle fattispecie, per la casistica delle figure di reato descritte, sia sotto il profilo delle genericità delle stesse, nonché per l'entità assai elevata delle pene previste (LA CUTE, voce *Prostituzione (dir. vig.)*, cit., p. 452). Può certamente affermarsi comunque in via sistematica l'unicità della struttura del reato previsto dall'art. 3, anche in ragione del livellamento delle pene previste per le singole ipotesi di reato e della difficoltà a ritenere configurabile il concorso di reati (VASSALLI G., *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della legge Merlin*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, III, Milano, 1965, p. 408). Può quindi concludersi che il legislatore ha inteso creare un unico reato a fattispecie alternative.

⁶ DE SANCTIS, *Gli effetti del tempo nel reato: uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006, p. 307.

⁷ DELOGU, *Le norme penali congiunte*, in *Annali dir. e proc. pen.*, 1936, 521 ss..

⁸ MOCCIA, *Euforie tecnicistiche nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, 456 ss.

⁹ VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della "legge Merlin"*, cit., 411; Cass., Sez. III, 5 novembre 1999, Gori, n. 2730, in *Mass. Uff.*, n. 2767892.

¹⁰ In realtà criteri formali di risoluzione di questa dicotomia dogmatica non ve ne sono, perciò è preferibile farsi orientare dalla politica criminale, in chiave di garanzia per il reo. Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2012, pp. 397 ss.

¹¹ Cass., Sez. III, 7 luglio 2011, J.B., Y.Q, n. 41404, in *Mass. Uff.*, n. 251300.

3. Affermato ciò, approfondiamo soprattutto due problematiche che riguardano questa materia, ovvero i reati di favoreggiamento e i reati di sfruttamento della prostituzione¹².

Iniziando dal reato di sfruttamento, ma, *mutatis mutandis*, ciò vale anche per il favoreggiamento, ci si è chiesti se per integrare la commissione di questi reati basti un unico atto, oppure questi reati richiedano una pluralità di atti¹³. In altri termini, si è al cospetto di reati istantanei o abituali? Già nei primi anni di applicazione della legge in oggetto si è ritenuto che questi reati fossero abituali, perché, come esattamente dimostrato da Alessandro Alberto Calvi, l'abitualità fa emergere il tipo normativo d'autore che, evidentemente, ha ispirato il legislatore nel costruire questo tipo di norme¹⁴.

È evidente che, per esempio, per restare allo sfruttamento della prostituzione, non basta un unico atto, ma è necessaria una pluralità di atti, perché solo una pluralità di atti teleologicamente orientati allo sfruttamento, possono integrare il tipo normativo d'autore¹⁵. In quest'ottica, è bene precisarlo, il tipo normativo d'autore non agisce in chiave repressiva, come nella scuola di Kiel¹⁶, ma opera in chiave garantista¹⁷, perché, evidentemente, rende questi reati, appunto, di tipo abituale e quindi non basta che sia commesso un unico fatto, ma è necessaria una pluralità di atti. Il tipo normativo d'autore è ben noto nel nostro ordinamento¹⁸, se si pensa al reato di associazione di stampo mafioso si è consci che proprio l'utilizzazione in quella norma, costruita con termini di carattere sociologico, dimostra come il legislatore nella tipizzazione della norma si ispira al tipo d'autore¹⁹. Criterio utilizzato anche da alcune sentenze della Corte costituzionale, in particolare le nn. 247 dell'89 e 35 dell'91, in

¹² HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile*, Padova, 2006, pp. 66 ss.; CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, p. 28; LEONE, *Delitti di prossenetismo e adescamento*, Milano, 1964, p. 34; NUVOLONE, *Sul concetto di prostituzione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1960, pp. 247 ss.

¹³ In generale, COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979; FORNASARI, voce *Reato abituale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; M. PETRONE, voce *Reato abituale*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 20 ss.

¹⁴ CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, pp. 111 ss.

¹⁵ GUARNERI, *Il delinquente tipo*, Milano, 1942, pp. 24 ss.

¹⁶ MANTOVANI, *Il tipo criminologico d'autore nella dottrina contemporanea*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 753 ss.

¹⁷ DI GIOVINE, *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 627 ss.; nonché, il "ritratto" di Calvi tracciato da AMBROSETTI, *Il nuovo volto della recidiva*; MANTOVANI, *Il tipo criminologico di autore nella dottrina contemporanea*; MARINUCCI, *Ricordo di Alessandro Alberto Calvi*, in AA.VV., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2012.

¹⁸ PATERNITI, *Premesse ad uno studio sull'autore del reato*, in *Quaderni del Dipartimento di studi politici*, a cura di ALEO, BARONE, Milano, 2007, pp. 259 ss.

¹⁹ MANNA, *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997, pp. 76 ss.

tema di frode fiscale, laddove emerge l'individuazione di questo parametro di ordine sostanziale, attraverso il quale saggiare la determinatezza della norma incriminatrice. Il "tipo criminoso", che può essere più o meno elastico, deve comunque potersi riconoscere nella norma incriminatrice, pena, altrimenti, la sua illegittimità costituzionale. Vero è che, nonostante la individuazione di criteri sottostanti, di indole sostanziale, da parte della stessa Corte costituzionale, in tema di determinatezza, resta l'esiguità delle pronunce di illegittimità costituzionale, probabilmente dovuta al timore, sempre immanente alla Corte medesima, di creare conseguenti vuoti di tutela, che dimostra, in conclusione, come la stessa determinatezza, come principio, prometta molto di più di quanto, in realtà, mantenga²⁰. Ciò non toglie, però, che il recupero di determinatezza che spetterà, tuttavia, all'interprete, almeno finché la Corte in argomento continuerà ad adottare questo *self restraint*, non può che passare attraverso l'utilizzo di criteri valoriali volti a restringere la portata applicativa di disposizioni che, dal punto di vista letterale o processuale (per utilizzare l'altra accezione di determinatezza della sentenza n. 96 del 1981²¹), risultano (o possono risultare) ambigue. Un tipico esempio è dato proprio dai reati abituali, ultima apparizione la fattispecie di atti persecutori (art. 612-*bis*), nella quale ci si è chiesti quale fosse la soglia minima di reiterazione, così da recuperare quel *deficit* di determinatezza anche sotto questo particolare aspetto del reato²². A nostro avviso, la reiterazione delle condotte è un criterio che è condizione sufficiente, ma non ancora necessaria per interpretare, come constateremo, specialmente la condotta di favoreggiamento. La Cassazione è ambigua sul punto ed ad una nozione generale, apparentemente valida per tutti i casi, fa discendere poi una serie di distinzioni che rendono il precetto assai vago²³. La Cassazione specifica che l'attività di favoreggiamento non deve esaurirsi in un aiuto alla prostituta, ma in un ausilio diretto all'attività della stessa²⁴. È evidente come il confine sia molto labile, perciò deve soccorrere un criterio sostanziale: è infatti corretto ritenere che il favoreggiamento deve indirizzarsi all'attività e non al singolo per essere penalmente rilevante, ma per sostenere

²⁰ MANNA, *Corso di diritto penale*, 2 ed., Padova, 2012, pp. 57 ss.

²¹ FLICK, *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Milano, 1972.

²² Sia consentito sul punto per maggiori approfondimenti il rinvio a MANNA, *Il nuovo delitti di "atti persecutori" e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura Vinciguerra, Dassano, Napoli, 2010, pp. 469 ss., e specificamente pp. 482 ss.

²³ Per una *excursus* sulla condotta di favoreggiamento v. Cass., Sez. III, 29 gennaio 2013, R.K., n. 20384, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. III, 14 gennaio 2008, S.M.G., n. 1820, in *Riv. Pen.*, 2008, 1234; Cass., Sez. III, 13 aprile 2000, Donati, n. 8345, in *Cass. Pen.*, 2001, 2796; Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2003, Elia e altri, n. 4842, in *Riv. Pen.*, 2005, 1114; Cass., Sez. III, 4 dicembre 2005, Palmiero, n. 47226, in *Riv. Pen.*, 2007, 1, 115.

²⁴ Cass., Sez. III, 29 gennaio 2013, R.K., cit.

ciò è altresì necessario, non solo come criterio di essenza ma anche di prova, richiedere una pluralità di condotte ausiliatrici²⁵.

4. Detto questo però cominciamo ad affrontare alcuni casi difficili, partendo da un caso giurisprudenziale che fu discusso in Germania fra le due guerre mondiali. Si trattava del caso di uno studente universitario il quale viveva con una prostituta che lo manteneva agli studi, fornendogli vitto ed alloggio. Il ragazzo poteva mantenersi agli studi soltanto in base al denaro, vitto ed alloggio che la prostituta gli forniva. In questo caso, sussiste da parte del ragazzo lo sfruttamento della prostituzione? Se noi partiamo da una concezione formale (*rectius* formalistica) del concetto di sfruttamento, si dovrebbe rispondere affermativamente, perché sicuramente il ragazzo viveva dei proventi della prostituzione e, quindi, ricorrendo allo sfruttamento della prostituta²⁶. Tuttavia, ad una riflessione più di carattere sostanziale, che si lega al tipo normativo d'autore, è evidente che una soluzione del genere si traduce in un paradosso, perché questo ragazzo non lucrava alle spalle della prostituta²⁷. Ecco che il concetto di sfruttamento equivale a lucrare a scapito di altri, in questo caso della prostituta. Per questo non si può condividere l'assunto, fatto proprio dalla Cassazione²⁸, secondo cui l'instaurazione di un rapporto di convivenza di tipo familiare con una donna non discrimina, alla stregua di quanto avviene nei rapporti coniugali, l'attività di sfruttamento della prostituzione di lei, a nulla rilevando, data la "*ratio*" della norma incriminatrice, che i proventi della prostituzione siano impiegati allo scopo dichiarato di mandare avanti il "*menage*" familiare.

5. Il *punctum dolens* della legge in oggetto riguarda il concetto di dignità ad essa sotteso. Giustamente Alberto Cadoppi²⁹ distingue fra una dignità *oggettiva* ed una dignità *soggettiva*, nel senso che la legge Merlin evidentemente aveva in mente per la prostituta una concezione della dignità oggettiva, cioè a dire che la prostituta sostanzialmente era considerata una vittima, sia nello sfrut-

²⁵ Criterio non adottato da Cass., Sez. III, 9 novembre 1983, Valentini, n. 589, in www.personaedanno.it.

²⁶ LEONE, *Delitti di prossenetismo e adescamento*, cit., p. 111.

²⁷ PAVONCELLO SABATINI, voce *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, pp. 3 ss.; SANTORO, voce *Prostituzione (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 222 ss.; ROSSO, *I delitti di lenocinio e sfruttamento della prostituzione*, Roma, 1960, pp. 76 ss.

²⁸ Cass., Sez. III, 11 febbraio 2000, Faraldi, n. 7734, in *Cass. pen.*, 2002, 1158.

²⁹ CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., p. 3.

tamento che nel favoreggiamento, senza che, soprattutto, emergesse una sua libertà di autodeterminazione³⁰. Questo spiega non solo perché è punito, appunto, lo sfruttamento della prostituzione che, tranne problemi d'interpretazione in taluni casi difficili, non v'è sostanzialmente discussione nella sua forma di sfruttamento di carattere economico³¹. Nello stesso sistema C.e.d.u., la Corte e.d.u. ha affermato che la prostituzione è incompatibile con i diritti e la dignità della persona umana quando è oggetto di costrizione, come nello sfruttamento³².

Diverso il “sostegno”, per usare la terminologia del modello francese, che invece sembra essere molto simile al nostro favoreggiamento. La condotta di favoreggiamento può assurgere a rilevanza penale solo in un'accezione “oggettiva” della dignità, ma se, invece, ci si riferisce alla dignità declinata in chiave soggettiva³³, cioè come libertà di autodeterminazione della prostituta, c'è seriamente da domandarsi se abbia ancora un senso e, soprattutto, se sia legittimo costituzionalmente continuare ad incriminare il favoreggiamento della prostituzione.

Il favoreggiamento consiste, infatti, in un'attività in cui il favoreggiatore opera uno “scambio” con una prostituta, cioè, ad esempio, concede in affitto³⁴ ad una di esse un locale affinché lei svolga quel tipo di lavoro e la prostituta gli paga il canone, il che dovrebbe considerarsi lecito in un'ottica laica, liberale e non paternalistica³⁵. Così come, nell'ambito della legge tedesca del 2002, dove la prostituzione è considerata un “lavoro”, in questa ottica perché punire il favoreggiamento? Il favoreggiamento non è altro che un aiuto, appunto, nei confronti della prostituta e, soprattutto, integra una sorta di “rapporto sinallagmatico”, dove cioè alla prostituta, pensiamo all'ipotesi già sviluppata del fitto di un appartamento, si dà la possibilità di svolgere il suo lavoro, cosa che avviene soprattutto nei Paesi del Nord e dell'Est europeo, laddove il fatto è perfettamente lecito.

E allora, se il favoreggiamento non incide sulla libertà di autodeterminazione della prostituta, in una concezione laica della prostituzione, in cui, evidente-

³⁰ CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., p. 4.

³¹ CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, pp. 56 ss.

³² Corte eur. dir. uomo, 11 settembre 2007, Tremblay c. Francia, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. III, 18 dicembre 2012, N.J.A.N., n. 4139, in *CED* rv. 254481.

³³ Ottica prospettata da CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., pp. 4 ss.

³⁴ Da ultimo, sulla non rilevanza penale dell'affitto di immobili dove si esercita la prostituzione, v. Cass., Sez. III, 20 marzo 2013, E.P., in *www.dejure.it*.

³⁵ In argomento, v. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di Fiandaca, Francolini, Torino, 2008, pp. 283 ss.; TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, pp. 35 ss.

mente, il reato non equivale al peccato³⁶, bisogna chiedersi, come giustamente si domanda anche lo stesso Cadoppi³⁷, se il favoreggiamento della prostituzione non sia una fattispecie di dubbia costituzionalità e, in particolare, egli ritiene che sia in contrasto con l'articolo 2 Cost., cioè con i diritti fondamentali della persona ed in particolare con la libertà di autodeterminazione³⁸. Ecco perché, a nostro giudizio, il favoreggiamento della prostituzione, che pure poteva comprendersi dal punto di vista del legislatore del 1958³⁹, oggi sembra una fattispecie di assai dubbia costituzionalità solo che non riguarda soltanto l'articolo 2 Cost., ma riguarda anche il principio di laicità⁴⁰.

6. In dottrina, si suole, infatti, trattare il problema della secolarizzazione del diritto penale nel solco dell'insegnamento dell'illuminismo penale, che per primo ha affermato la distinzione tra diritto e morale, negando la possibilità che la sanzione penale intervenga nel caso di violazione di precetti etici o religiosi⁴¹.

La distinzione tra diritto e morale rappresenta senza dubbio un'autentica "rivoluzione copernicana" per il diritto penale, che ha assunto una chiara teorizzazione, ma un'affermazione non sempre lineare in termini di diritto positivo, proprio dall'illuminismo in avanti. L'affermazione di principio secondo cui la laicità non può che rappresentare un connotato fondamentale dell'ordinamento giuridico non implica, però, che i precetti penali non possano possedere loro corrispondenti anche sul piano della morale.

Il concetto di laicità⁴² va piuttosto correttamente inteso nel senso che la mora-

³⁶ Un insegnamento tramandato nella dottrina italiana, ad esempio, dal compianto Giorgio Marinucci, v. DOLCINI, *In ricordo di Giorgio Marinucci*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 511 ss.

³⁷ CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., pp. 7 ss.

³⁸ Per una identificazione fra dignità e autodeterminazione, seppur nel diverso settore delle scriminanti culturali, v. SALCUNI, *Multiculturalismo e forme di democrazia*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di Stortoni, Tordini Cagli, Bologna, 2012, pp. 101 ss.

³⁹ CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., pp. 3 ss.

⁴⁰ Sul punto, v. i lavori di CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, CORNACCHIA, Placing Care. *Spunti in tema di paternalismo penale*, MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, pubblicati, in il punto su ... *Paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2011, 223 - 340.

⁴¹ FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2011, 1383 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 5 ss.

⁴² Sul concetto di laicità e sulle sue complesse implicazioni storiche, politiche, filosofiche, culturali, sociali e giuridiche v. *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti, L. Garlati, Milano, 2007; *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M. La Torre, M. Lalatta Costerbo, A. Scerbo, Torino, 2007; *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Torino, 2006; *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Bologna, 2005; FERRONE, ROCHE, *L'Illuminismo nella cultura contemporanea*, Bari, 2002; GIORELLO, *Di nessuna chiesa. La libertà del laico*, Milano, 2005; HABERMAS, *Tra scienza e*

le, l'etica ed il sentimento religioso non possono essere le uniche fonti di legittimazione del diritto penale, in quanto, affinché il legislatore possa emanare una nuova incriminazione, è necessario che questa sia posta a tutela di un bene giuridico⁴³ e che questo bene giuridico sia identificabile, in una sua accezione liberale - utilitaristica, con un "danno ad altri"⁴⁴.

Il tema della laicità, quindi, tocca proprio la posizione che lo Stato deve assumere rispetto ad una o più confessioni religiose o morali.

Uno Stato liberaldemocratico, soprattutto in materia penale, non può però che assumere una connotazione di laicità, vale a dire di "terzietà", rispetto a tutte le dottrine morali e religiose esistenti. Negli ordinamenti liberali la convivenza col pluralismo passa attraverso due modelli di integrazione, l'uno attinente al piano dell'etica, l'altro afferente a quello della politica. Se uno Stato liberaldemocratico non può esigere un consenso sui valori, che consiglierebbe di assumere una posizione neutrale, può invece pretendere un consenso sulle procedure relative alla legittima produzione giuridica ed al legittimo esercizio del potere⁴⁵.

Quanto alla natura del rapporto tra laicità e diritto penale, si ritiene in dottrina che la laicità integri solo un carattere del diritto penale, vale a dire una li-

fede, Bari, 2006; LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Roma-Bari, 2006; RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994; SCARPELLI, *Bioetica laica*, a cura di M. Mori, Milano, 1998; STUART MILL, *La libertà*, 1859, in *La libertà, L'utilitarismo, L'asservimento delle donne*, Milano, 1999; ID., *Saggi sulla religione*, 1874, Milano, 1972; VIANO, *Laici in ginocchio*, Roma-Bari, 2006. Sul ruolo della laicità come principio basilare del diritto penale moderno v., sia pure con orientamenti talora radicalmente eterogenei, CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, pp. 139 e ss.; DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, 440 ss.; EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, pp. 163 ss.; FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 339 ss.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano, 1991, pp. 167 ss.; MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, 1382 ss.; MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979; PULITANO, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2006, 55 e ss.; ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, 493 e ss.; ID., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1981, 477 ss.; SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983; STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, Milano, 1985, p. 310; VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, 1029 ss.

⁴³ RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesioni tipiche: l'impraticabilità di un equivalente funzionale al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 608 ss.

⁴⁴ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. I: Harm to Others*, Oxford U.P., Oxford, 1984; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, capp. IV-VIII.

⁴⁵ HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2002, 106; RAWLS, *Liberalismo politico*, Roma, 1994, p. 206, nota 32; p. 303.

nea di politica criminale che sarebbe opportuno seguire, ma che non costituisce un obbligo per il legislatore⁴⁶.

Al contrario, noi riteniamo che la laicità costituisca un principio e non un semplice carattere⁴⁷, dal momento che esso è ricavabile da una serie di norme costituzionali, quali, in particolare, gli artt. 19 e 21, che imporrebbero allo Stato di assumere una posizione neutrale rispetto alla religione e alla morale⁴⁸. Così si aprono nuovi scenari, come quello riguardante la ritenuta incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, previsto dall'art. 4, co. 3, e punito, con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro, dall'art. 12, co. 1, D.Lgs. n. 40 del 2004. Tale illecito, infatti, privilegia una particolare posizione religiosa, a scapito, però, di altre, parimenti legittime, posizioni culturali e scientifiche⁴⁹. La violazione della laicità si traduce, quindi, anche in una violazione del principio di uguaglianza⁵⁰ o ragionevolezza⁵¹, laddove costringe alla migrazione coppie sterili in altri Paesi europei, dove tale divieto non è previsto ed è pertanto possibile il ricorso a tecniche di fecondazione assistita eterologa, con conseguenti ulteriori profili di discriminazione fondati sulle condizioni economiche delle coppie stesse. I profili di legittimità costituzionale della normativa in esame emergono in tutta la loro evidenza nel momento in cui si impone un sacrificio del diritto a procreare sulla scorta dell'adesione unilaterale ad un preciso codice etico-religioso, che però in alcun modo può costituire un bene giuridico degno di protezione, dal momento che la lesione di questo bene non produce un danno ad altri oppure, in una diversa accezione, non è un bene essenziale per la pacifica ed ordinata convivenza⁵². I rilievi testé enunciati sono stati fatti propri dalla Corte e.d.u. di

⁴⁶ CANESTRARI, DE SIMONE, CORNACCHIA, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, p. 66.

⁴⁷ Per la laicità come principio, v. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, pp. 30 ss.; MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, 1392 ss.

⁴⁸ Corte cost., n. 203 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, 890 ss., con nota di Masselli; Corte cost., n. 334 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 2919 ss., con note di Mangiameli e Di Cosimo. Più in particolare, come la stessa Corte costituzionale insegna, la laicità rappresenta un principio giuridico supremo nel nostro ordinamento costituzionale, ricavabile dall'art. 3 Cost., che garantisce l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge senza distinzione di religione, dall'art. 21 Cost., che attribuisce a tutti il diritto di manifestare apertamente il proprio pensiero, nonché dagli artt. 8, co. 1, e 19 Cost., in tema di eguaglianza e di libertà di tutte le confessioni religiose. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa"... in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 353 ss. e, quivi, 356 ss.

⁴⁹ MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 345 ss.

⁵⁰ DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, pp. 112 ss.

⁵¹ MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., 345 ss.; DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita "eterologa"... in attesa di giudizio*, cit., 356 ss.

⁵² Sulla nozione di bene giuridico, v. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. 25 ss.

Strasburgo, che ha dichiarato il contrasto della normativa austriaca in materia di fecondazione eterologa, che vietava tale tecnica solo se *in vitro*, ma non *in vivo*, con gli artt. 8 e 14 della C.e.d.u., che a loro volta sanciscono, rispettivamente, il divieto di discriminazione e il rispetto della vita privata e familiare⁵³. Il principio di laicità si collega, inoltre, al principio di offensività, laddove ai sensi dell'art. 25, co. 2, Cost., si fa espresso divieto di punire un individuo per la commissione di un fatto inoffensivo, ovvero sia privo di offesa ad un bene giuridico, almeno nell'accezione che abbiamo precisato più ampiamente in precedenza. Lo Stato non può, infatti, emanare giudizi morali positivi su condotte rientranti nella liceità, né esprimere giudizi morali negativi se le condotte costituiscono illeciti. I fatti di reato devono essere valutati negativamente, ma solo da un punto di vista giuridico, cioè quando sono produttivi di un danno sociale⁵⁴.

In questa prospettiva il favoreggiamento della prostituzione, non ledendo l'autodeterminazione della vittima e non ledendo alcun ulteriore bene giuridico (nell'accezione penalistica)⁵⁵, contrasta con il principio di laicità perché non danneggia altre persone, ecco perché il favoreggiamento costituisce un'ipotesi classica di "paternalismo penale"⁵⁶. Un atteggiamento paternalistico quello che si riscontra nella giurisprudenza, anche in casi saliti all'onore della cronaca, in cui, senza discutere della legittimità dell'incriminazione quando ha ad oggetto minori, lascia francamente perplessi quelle volte in cui ad essere "favorite" risultino adulte, consenzienti e che svolgono tale attività professio-

⁵³ Corte eur. dir. uomo, 1 aprile 2010, n. SH c/ Austria, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵⁴ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 31 ss. Ne consegue che, nelle ipotesi in cui il legislatore non possa esprimere giudizi (né positivi, né negativi) su di un dato comportamento, magari perché lecito per alcune morali e illecito per altre, non potrà che non punire quella data condotta, oppure, sempre mantenendo una posizione di neutralità, non potrà che ricorrere alle c.d. scriminanti procedurali, che garantiscono, da una parte, la neutralità dello Stato rispetto al merito della vicenda (ad es. l'aborto) e, dall'altro, un controllo sociale sull'esercizio delle scelte di libertà che il singolo può liberamente compiere. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 32; sulle scriminanti procedurali, v., da ultimo, anche DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neurotica*, Torino, 2009. Ma vi è di più. Oltre alla tematica delle scriminanti procedurali già indagata dalla dottrina e che mostra come il legislatore stia iniziando ad essere sensibile all'argomento, il tema della laicità inizia ad essere affrontato anche dalla Corte costituzionale, la quale, qualora interviene con sentenze di accoglimento, implementa l'operatività del principio in esame. ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 984 ss.; ID., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, 1269; DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, 1646 ss. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, 345 ss.

⁵⁵ FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, pp. 72 ss.

⁵⁶ MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in www.udg.edu.

nalmente⁵⁷. Davvero il favoreggiamento del mestiere di “escort” lede la libertà di autodeterminazione delle donne? E, soprattutto, la “dignità” teoricamente lesa da tale attività costituisce un *quid* in grado di legittimare la sanzione penale? Qualche riserva critica sia consentita, almeno per il penalista laico, dal momento che la dignità è un concetto ad ampio spettro, in grado di essere plasmato a piacimento dal legislatore e dall’interprete ed incapace di fornire qualsivoglia direttrice selettiva del penalmente rilevante⁵⁸. Una diversa prospettiva, capace di legittimare la tutela penale, potrebbe solo essere quella offerta da una lettura restrittiva della dignità, declinata in chiave soggettiva come capacità di autodeterminazione, così da scongiurare tendenze paternalistiche.

7. Nell’ambito della letteratura inglese sono emersi importanti contributi sul tema, in particolare quello di Joel Feinberg, il quale ha elaborato una teoria che, sviluppando alcuni principi liberali di matrice illuministica, tenta di coniugare diritto e morale all’interno dell’impalcatura tipica dello Stato liberale. Secondo quest’ultima impostazione, compito principale del diritto penale è quello di tutelare determinati beni giuridici da possibili offese, che, secondo il lessico di Feinberg, assumono penale rilevanza in particolare solo se si traducono in un danno a terzi (principio dell’*Harm to others*)⁵⁹.

In tale prospettiva, molte fattispecie previste nel nostro ordinamento risulterebbero prive di legittimazione. Si pensi, ad esempio, alla coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale, dal momento che il soggetto assuntore, in questi casi, provoca un danno a sé, ma non ad altri⁶⁰. Si pensi ancora al reato di ingresso clandestino nel territorio dello Stato (art. 10-bis, TU Immigrazione), oppure, al reato di inottemperanza all’ordine di espulsione (art. 14, co. 5-ter, TU Immigrazione), laddove si puniscono condotte prive di ricadute su terze persone, ma soltanto su beni giuridici ad ampio spettro, spesso inafferrabili, facilmente riconducibili alla più ampia e generica locuzione di ordine

⁵⁷ Ruby bis, un lungo processo tra cronaca, politica e gossip, in milano.repubblica.it, del 23-07-2013.

⁵⁸ Seppur nel diverso settore della bioetica, ci sentiamo di condividere quanto espresso da FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, 546 ss.; HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, pp. 131 ss.

⁵⁹ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. I: Harm to Others*, Oxford U.P., Oxford, 1984; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, capp. IV-VIII. Va tuttavia rilevato che lo stesso Feinberg giustifica l’intervento penale anche nelle ipotesi di “offesa ad altri”, cioè di fatti che creino molestie o disturbo alle persone. Sul punto, però, non appare condivisibile il pensiero dell’illustre autore, perchè in tal modo rischia di allontanarsi dai canoni del diritto penale tipico di uno Stato sociale di diritto, ovvero sia che intervenga legittimamente *solo* a protezione di concreti interessi.

⁶⁰ RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il Sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 133 ss.

pubblico⁶¹. In questo elenco ci si deve, come anticipato, far rientrare il favoreggiamento della prostituzione, dal momento che tali condotte non risultano lesive di alcun bene giuridico di terze persone.

Una possibile obiezione è che il principio del danno ad altri, preso alla lettera, risulti eccessivamente selettivo nel delimitare l'area del penalmente rilevante, dal momento che non sempre sono ravvisabili incriminazioni che producono danni a terzi. Questo è, però, il vero elemento di novità nella speculazione di Feinberg ed è l'elemento progressista che certamente deve essere mantenuto fermo, dal momento che per il penalista è utile soltanto il principio dell'*Harm to others*, cioè dell'effettivo danno a terzi, che risulta l'unico criterio distintivo, sia per la sua efficacia euristica, che per la sua giustiziabilità, tra ciò che può assumere penale rilevanza e ciò che, invece, può giustificare solo forme di tutela meno intensa⁶².

Incostituzionali, tornando alla legge Merlin, ci sembrano anche le condotte c.d. di adescamento. Tale figura criminosa, introdotta dalla legge Merlin, ricomprende una serie di attività, ma la condotta, rilevante ai sensi dell'art. 3, n. 5, prevede l'opera di un soggetto diverso da chi si prostituisce, il quale svolga attività di intermediazione in luogo pubblico, aperto al pubblico, ovvero con i mezzi di diffusione quali la stampa, o altra forma di pubblicità⁶³. Se il fatto-base è lecito, anche in questo caso, v'è seriamente da domandarsi quale offesa arrechi la pubblicità compiuta da terzi su soggetti in genere capaci di autodeterminarsi. L'unico argomento a sostegno dell'incriminazione starebbe nel ricostruire il bene protetto in un'accezione di "morale pubblica", quindi in chiave paternalistica. Una tale accezione, però, non può essere condivisa per le ragioni anzidette, dal momento che i sentimenti e le emozioni, di per sé, non possono costituire fonte di legittimazione del diritto penale⁶⁴, almeno di un diritto penale che si ispiri agli ideali illuministici⁶⁵. Da ciò discende, a cascata, che il principio di laicità entra in crisi ad esempio anche con riguardo alla

⁶¹ VIGANÓ, MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 1711 ss.; ID., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2010, 560 ss.

⁶² Sia nuovamente consentito il rinvio a MANNA, *Di alcune trasgressioni nel codice penale ticinese del 1873 e dei rapporti fra diritto penale e morale*, in VINCIGUERRA (a cura di), *Codice penale del Cantone del Ticino (1873)*, Padova, 2011, CCXIII.

⁶³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte spec., I, Milano, 1981, 478; PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1975, 688 ss.; Cass., Sez. III, 29 gennaio 2013, B.R., n. 20384, in www.dejure.it.

⁶⁴ FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in *Diritto penale e neuroetica*, a cura di Di Giovine, Padova, 2013, pp. 215 ss.

⁶⁵ MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di Moccia, Napoli, 2002, I, pp. 15 ss.

fattispecie codicistica di istigazione ed aiuto al suicidio (art. 579 c.p.) che, punendo le condotte di chi istiga o aiuta taluno al suicidio, finisce per incriminare un comportamento che accede ad un fatto di per sé lecito, qual è il suicidio, che infatti l'ordinamento non punisce nemmeno a titolo di tentativo⁶⁶. È di tutta evidenza, infatti, che il legislatore del '30, introducendo detta fattispecie incriminatrice, ha inteso aderire ad una ben precisa visione etica e/o religiosa, di chiara ispirazione cattolica, secondo cui il bene vita è indisponibile da parte del suo titolare e rappresenta, secondo i punti di vista, un dono della divinità, oppure un interesse pubblicistico funzionale agli scopi che lo Stato persegue. Questo tipo di norme, tuttavia, reclamano un confronto con la Carta costituzionale, che invece, qualificando la salute, nell'art. 32, in primo luogo come diritto della persona e, solo subordinatamente, come interesse della collettività e, soprattutto, ancorando l'obbligatorietà di trattamenti sanitari ad una riserva di legge, interpretata solo in relazione a malattie diffuse, sembra aprire la possibilità al riconoscimento del diritto a non curarsi, comprensivo, a nostro avviso, anche del diritto a morire⁶⁷. Più in particolare, seguendo questa impostazione, v'è in primo luogo da chiedersi se contrasti o meno con la Carta costituzionale la norma che incrimina l'istigazione o l'aiuto al suicidio, dato che assegna rilievo penale ad una forma speciale di concorso in un atto che è, invece, doveroso riconoscere non essere punito, nemmeno a livello di tentativo, da parte del diritto penale, per cui, conseguentemente, non può non considerarsi lecito⁶⁸. Discorso in parte analogo può porsi anche in rapporto all'omicidio del consenziente, da cui più chiaramente emerge l'intendimento del legislatore del '30, per cui il bene della vita non è disponibile in quanto appartiene sia allo Stato, che a Dio. Non è, infatti, applicabile la norma di cui all'art. 579 c.p., laddove il soggetto passivo versi in uno stato di deficienza psichica, conseguente ad infermità, che è l'ipotesi in cui, in genere, versano i c.d. malati terminali, che sono coloro che, più di frequente, richiedono l'intervento del terzo, per cui, in tali casi, si applica addirittura la norma dell'omicidio doloso comune. La progressiva "riappropriazione" indi-

⁶⁶ MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, pp. 175 ss. e specificamente pp. 217 ss.; LEONCINI, *I delitti contro la vita*, Torino, 2012, pp. 12 ss.

⁶⁷ MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione od aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, Torino, 2007, pp. 202 ss.; TORDINI CAGLI, *Piergiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, pp. 543 ss.; VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi*, 2008, 55 ss.; DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 903; VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 1601 ss.

⁶⁸ RAMACCI, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 1707 ss.; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, 79 ss.

viduale del bene della vita o, almeno, di taluni suoi aspetti, è, però, attestata dal divieto di accanimento terapeutico e dalla ritenuta conformità all'art. 32 Cost., anche dell'eutanasia *passiva*⁶⁹. Ci sembra, infatti, che non si possa negare come il pensiero giuridico, anche in Italia, sia da tempo in movimento verso il riconoscimento di spazi di disponibilità del bene vita, che dimostrano come, nelle altre ipotesi, il bene in questione deve rimanere indisponibile, ma non perché appartiene allo Stato, o a Dio, bensì in quanto, a ben considerare, l'indisponibilità risulta strumentale rispetto alla funzione di "orientamento culturale" della norma, legata, nel caso di specie, anche alla protezione dell'istinto di conservazione. Va però considerato che sotto il profilo che stiamo trattando, la giurisprudenza, dopo alcuni iniziali tentennamenti, ha invece decisamente optato per la via della liceità di trattamenti che interrompono artificialmente il ciclo vitale⁷⁰, facendo prevalere l'autodeterminazione del singolo su presunti meta-valori, oppure meta-beni giuridici.

8. La giurisprudenza, per quanto riguarda il favoreggiamento della prostituzione, soprattutto alcuni anni fa, ha utilizzato una chiave di lettura che ha suscitato notevoli perplessità. Deve ricordarsi l'atteggiamento di una parte della giurisprudenza, non solo di merito, che incriminava come favoreggiamento anche l'attività del cliente che, dopo aver consumato il rapporto sessuale con la prostituta, la riportava nel luogo dove aspettava il cliente prossimo⁷¹. Così l'automobile, che veniva usata allo scopo, era chiaramente considerata "corpo del reato" perché costituiva il mezzo che serviva per riportare la prostituta sul luogo di lavoro e, dunque, in tale discutibile prospettiva, rientrava nell'ambito del favoreggiamento. Tale orientamento è stato però giustamente censurato dalla maggioranza della Cassazione, ritenendo che il favoreggiamento non possa ricomprendere queste condotte⁷². Si sostiene, infatti, con ragione che il reato di favoreggiamento della prostituzione si qualifica, da un lato, per la posizione di terzietà della figura del favoreggiatore nei confronti dei soggetti ne-

⁶⁹ MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, pp. 100 ss.; TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, pp. 57 ss.

⁷⁰ Sul punto, cfr. LEONCINI, *Laicità dello Stato, pluralismo e diritto costituzionale all'obiezione di coscienza*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, cit., pp. 367 ss.; COSMACINI, *Testamento biologico: idee e esperienze per una morte giusta*, Bologna, 2010; CANESTRARI, *Delitti contro la vita*, in Canestrari, Cornacchia, Gamberini, Insolera, Manes, M. Mantovani, N. Mazzacuva, Sgubbi, Stortoni, Tagliarini, *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, 5a ed., Bologna, 2009, pp. 424 ss.

⁷¹ Di recente, ancora Cass., Sez. VI, 9 novembre 2012, P. A., n. 45250, in *Mass. Uff.*, n. 254003; Trib. Perugia, 21 novembre 2000, Lotti, in *Riv. pen.*, 2000, 1042.

⁷² Cass., Sez. III, 9 novembre 2004, n. 1716, Palamara, in *Guida dir.*, 2005, 60, 2000 ss.; Cass., Sez. III, 10 aprile 2007, 17673, F.S., *Guida dir.*, 2007, 24, 67 ss.; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2001, Mazzanti, in *Riv. Polizia*, 2003, 537.

cessari (prostituta e cliente), dall'altro lato, per l'attività d'intermediazione tra offerta e domanda, volta a realizzare le condizioni (o anche assicurarne la permanenza) per la formazione del futuro accordo, il quale deve rientrare nella prospettiva dell'autore del reato; non integra, dunque, il reato di favoreggiamento della prostituzione la condotta del cliente che, dopo la consumazione del rapporto di meretricio, accompagna in auto la donna nel luogo di esercizio della prostituzione, in quanto tale comportamento non è realizzato da un soggetto in posizione di terzietà, non concretizza un aiuto nel senso richiesto dalla norma incriminatrice ma costituisce, invece, una condotta accessoria alla consumazione del rapporto che risponde ai principi di cortesia e rispetto della dignità personale della prostituta⁷³.

Altra applicazione "formalistica" è avvenuta con riguardo agli agenti di polizia. La Cassazione in alcune pronunce ha infatti affermato che il reato di favoreggiamento della prostituzione si perfeziona con ogni forma di interposizione agevolativa e con qualunque attività che sia idonea a procurare più facili condizioni per l'esercizio del meretricio e venga posta in essere dall'agente con la consapevolezza di facilitare l'altrui attività di prostituzione, così confermando la decisione dei giudici di merito i quali avevano ritenuto responsabile del delitto in parola un funzionario di polizia che dava consigli ad alcune prostitute straniere in merito alla regolarizzazione della loro posizione di soggiorno⁷⁴. Atteggiamento rigoristico che, però, non è unanimemente condiviso dalla stessa Corte, la quale in circostanze analoghe ha, più correttamente, negato la configurabilità del reato, dal momento che l'aiuto è prestato solo alla prostituta, ossia riguarda direttamente quest'ultima e non la sua attività di prostituzione, anche se detta attività ne venga indirettamente agevolata⁷⁵.

Con ciò si abbandona finalmente l'idea di fornire col diritto penale una risposta a quesiti di carattere puramente etico, per di più presupponendo o, meglio, illudendosi che, colpendo la domanda, l'offerta possa calare⁷⁶. In

⁷³ Cass., Sez. III, 18 maggio 2011, R. B. N., in *Foro it.*, 2012, 1, 2, 8.

⁷⁴ Cass., Sez. III, 04 novembre 2005, Palmiero, in *Riv. pen.*, 2007, 1, 115.

⁷⁵ Cass., Sez. III, 22 maggio 2012, T.M., in *Mass. Uff.*, n. 253390.

⁷⁶ Per una critica delle politiche proibizioniste, v. VERGA, *La droga espiatoria. Un'analisi critica del proibizionismo*, Milano, 2007, pp. 42 ss. Non mancano anche pronunce in cui è evidente un approccio moraleggiante, laddove si fa, ad esempio, rientrare nella legge Merlin la cosiddetta prostituzione *online* (Cass., Sez. III, 21 marzo 2006, T.A., in *Riv. pen.*, 2007, 227; Cass., Sez. I, 27 marzo 2007, C. S., in *Riv. pen.*, 2007, 9, 872; Cass., Sez. Un., 3 maggio 2006, H.E., in *www.dejure.it*). A nostro avviso non può trovare applicazione la legge Merlin, perché il concetto di prostituzione comporta non solo nell'immaginario collettivo, ma quindi e, conseguentemente, anche nel linguaggio giuridico, la necessità di un rapporto *corpore corporis*, cioè di un rapporto sessuale. Non può, quindi, ritenersi equivalente la prostituzione *on line* perché, altrimenti, sussiste il fondato rischio di una interpretazione analogica e, quindi, di un contrasto con il principio di stretta legalità (MANNA, *Corso di diritto penale*, Padova, 2° ed., 2012, 84). Da ultimo, in controtendenza, v. Cass., Sez. III, 31 agosto 2012,

quest'ottica si utilizza, sempre per citare l'opera di Feinberg, una diversa accezione del principio *dell'Harm to others*, dal momento che l'Autore "attenua" la portata del principio in oggetto, ammettendo, come abbiamo già ricordato, la legittimità di incriminazioni che, seppur non lesive di diritti di terze persone, siano offensive, moleste, lesive della sensibilità altrui, che, per quel che ci pare di intuire, non violano altro se non una non meglio definita "morale pubblica" (principio dell'*offense*)⁷⁷.

In questa visione di paternalismo *soft*, vale a dire di forme attenuate di tutela della morale da parte dello Stato, le condotte di favoreggiamento presenti nella legge Merlin risulterebbero legittime, dal momento che, nella società post-secolare, la prostituzione viene ritenuta contraria alla morale (o ad "una" morale).

Senonché, simili conclusioni devono essere respinte, dal momento che rischiano di continuare a legittimare condotte offensive soltanto di sentimenti⁷⁸ e, soprattutto, di beni giuridici di scarsa consistenza⁷⁹ e, comunque, del tutto "inafferrabili".

Il legislatore ritorna, però, periodicamente su questa idea di punire la "domanda", cioè di regolare il "turpe mercato" con la pena, tant'è che con la Convenzione di Lanzarote è arrivato a punire lo spettatore di spettacoli pedopornografici, oppure, per altro verso, ad incriminare la detenzione di materiale pedopornografico puramente "virtuale"⁸⁰.

9. Tra i recenti spunti per una riforma della legge Merlin, si deve segnalare un discusso progetto di riforma dell'allora Ministro delle pari Opportunità, on. Mara Carfagna⁸¹.

L'intento di questo disegno di legge era quello di punire non solo la prostituta, ma persino il cliente, se la prostituzione veniva esercitata in luoghi pubblici. Ciò non perché danneggiasse altri, ma perché poteva "disturbare" la mora-

M.N., in *Giust. pen.*, 2013, 67 ss.

⁷⁷ Per una critica, sul punto, al pensiero di Feinberg, v. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 1546 ss.; FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., pp. 153 ss.

⁷⁸ Contrario a tale possibilità è infatti FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, 554.

⁷⁹ Sia consentito il rinvio a MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, p. 86.

⁸⁰ MANNA, *Il minore autore e vittima di reato: la situazione italiana e le indicazioni europee*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, pp. 1251 ss.

⁸¹ Cfr. *Prostituzione: ok al ddl Carfagna. Via le lucciole dalla strada*, in www.repubblica.it.

lità pubblica⁸² o, più in generale, il decoro o la sicurezza urbana. In poche parole beni, almeno questi ultimi, assai poco afferrabili e di chiara ispirazione moralisteggiante⁸³.

L'idea sottesa al d.d.l. era evidentemente quella di "riportare" la prostituzione nell'ambito degli appartamenti, laddove essa avrebbe, invece, costituito un fatto penalmente irrilevante. Le associazioni degli amministratori di condominio tuttavia criticarono vivacemente il provvedimento, perché, se la prostituzione fosse stata trasferita negli appartamenti, avrebbe recato disturbo ai condomini ed addirittura provocato un calo di valore economico degli immobili. Queste ragioni spiegano, dunque, il perché il progetto dell'on. Carfagna non è, fortunatamente, mai stato trasfuso in legge.

Nell'intento di riportare la prostituzione nei luoghi "chiusi", deve ricordarsi un altro sistema, escogitato dall'ex sindaco di Roma, Alemanno, il quale aveva emanato un'ordinanza sindacale per cui la polizia doveva andare a misurare la lunghezza delle gonne e, comunque, degli abiti indossati dalle prostitute perché, se risultavano troppo corte, le stesse avrebbero evidentemente violato l'art. 650 del codice penale⁸⁴. Anche questo provvedimento suscitò, tuttavia, nutrite critiche anche negli ambienti della polizia, che rimarcavano le difficoltà applicative di detta ordinanza senza contare la dubbia possibilità che la violazione del provvedimento possa davvero integrare l'art. 650 c.p.⁸⁵.

Una proposta, invece, assai più condivisibile potrebbe essere quella relativa ad un recente progetto di legge, che è stato presentato da una senatrice del Partito democratico⁸⁶, che, a sua volta, recupera una precedente proposta di legge della senatrice Livia Turco, quando era Ministro della salute, che proponeva la creazione di cooperative autogestite da parte delle prostitute, senza schedatura di polizia ma con controlli periodici sulla salute per tutelare anche i clienti e, infine, con rilevanza tributaria della relativa attività. Lo scopo principale della proposta era quello di cercare di eliminare il problema (o, quantomeno, di ridurlo) della dipendenza dai c.d. lenoni.

⁸² MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1959, 452.

⁸³ DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558; PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, 547 ss.

⁸⁴ Cfr. *Roma, multe a prostitute e clienti. Il primo colpito: "Non rivoterò Alemanno"*, in www.repubblica.it.

⁸⁵ Sui poteri di ordinanza e l'art. 650 c.p., v. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il Sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 133 ss.; SALCUNI, *"Ondate" securitarie e "argini" garantistici: il declino della riserva di legge nelle (il)logiche scelte del pacchetto sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2009, 2671 ss.

⁸⁶ Sen Maria Spilabotte, cfr. *La senatrice PD: coop e partita iva per le prostitute*, in *La Repubblica*, 22 giugno 2013.

Ultimo problema da affrontare è quello dei luoghi, perché a nostro giudizio i “quartieri a luci rosse” non costituiscono una soluzione appagante, perché rischiano di integrare una sorta di “ghettizzazione” della prostituzione e si rischia altresì di creare zone facili preda della criminalità organizzata. Sarebbe molto più opportuno, quindi, che queste cooperative fossero collocate in edifici situati soltanto in luoghi possibilmente appartati e, quindi, non particolarmente visibili, per tutelare anche i minori, senza, però, bisogno di quartieri *ad hoc*.