

FASCICOLO 1/2024

Q L

**QUOTIDIANO
LEGALE**

**RIVISTA TRIMESTRALE
DI DIRITTO PUBBLICO
ISSN 2975-1985**



Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

QUOTIDIANO LEGALE

Organigramma

DIRETTORE RESPONSABILE:

Fulvio Conti Guglia

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Augusto Cerri (Professore Emerito in Diritto Pubblico, Università di Roma “La Sapienza”) – **Raffaele Chiarelli**

(Professore Straordinario di Diritto Pubblico, Università degli Studi Guglielmo Marconi)

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

ISSN 2975-1985

COMITATO DIRETTIVO:

Simone Budelli (Professore Associato di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Perugia) – **Ruggiero Dipace** (Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi del Molise) – **Gian Paolo Dolso** (Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Maria Dolores Ferrara** (Professoressa Associata di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Trieste) **Paolo Giangaspero** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Ludovico Mazzaroli** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Udine) – **Roberto Miccù** (Professore Ordinario di Diritto Pubblico, Università di Roma “La Sapienza”).

COMITATO SCIENTIFICO:

Luca Ballerini (Ricercatore – RTDB – di Diritto Privato, Università degli Studi di Trieste) – **Paolo Bianchi** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Camerino) – **Marco Brocca** (Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università del Salento) – **Matteo Carrer** (Ricercatore – RTDB – di Diritto Pubblico, Università degli

Studi di Bergamo) – **Stefano Ceccanti** (Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università di Roma “La Sapienza”) – **Salvatore Cimini** (Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Teramo) – **Antonio Colavecchio** (Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Foggia) – **Luigi Colella** (Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”) – **Sandro De Gotzen** (Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Trieste) – **Ruggiero Dipace** (Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi del Molise) – **Daniela Di Paola** (Funzionario MIUR – Cultore di Diritto Amministrativo) – **Gian Paolo Dolso** (Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Renato Federici** (Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università di Roma “La Sapienza”) – **Paolo Giangaspero** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Joseph F. C. Dimento** (Professore Emerito University of California, Irvine) **Dimitri Girotto** (Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Udine) – **Maria Assunta Icolari** (Professoressa Associata di Diritto Tributario, Università degli Studi Guglielmo Marconi) – **Francesco Longobucco** (Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi Roma Tre) – **Ludovico Mazzaroli** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Udine) – **Roberto Miccù** (Professore Ordinario di Diritto Pubblico, Università di Roma “La Sapienza”) – **Antonio Mitrotti** (Dottore di ricerca in Diritto Pubblico Comparato presso l’Università degli Studi di Teramo) – **Stefano Nespor** (Avvocato e Professore a contratto di Diritto Amministrativo Politecnico di Milano) **Dante Flávio Oliveira Passos** (Professor Adjunto de Administracao, Universidade Estadual de Paraiba) – **Vincenzo Pepe** – (Professore Associato in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”) – **Daniele Porena** (Professore Associato di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Perugia) – **Corrado Procaccini** – (Avvocato e Dottore di ricerca) – **Ugo Salanitro** (Professore Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi di Catania) – **Antonio Saporito** (Docente a contratto di Diritto Amministrativo, Università degli Studi Niccolò Cusano) – **Sara Spuntarelli** (Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Camerino) – **Mario Tocci** (Avvocato e Dottore di ricerca) – **Luca Maria Tonelli** (Cultore della materia in Diritto costituzionale Università degli Studi di Foggia) – **Dario Elia Tosi** (Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Torino) – **Gianluca Trenta** (Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche e politiche).

COMITATO DI REDAZIONE

Paola Brambilla, Nicoletta Laurenti Collino, Carlo Luca Coppini, Matteo Ceruti, Dario Immordino, Morena Luchetti, Giulia Gavagnin, Gerardo Guzzo, Angelo Maestroni, Eva Maschietto, Maria Elena Mancuso, Emanuele Perrotta (Lyon), Leonardo Salvemini, Luca Palladini, Nicole Picozzi, Marco Terrei, Ruggero Tumbiolo, Daniele Trabucco.



La collaborazione con Quotidiano Legale è gratuita e volontaria. Può consistere nell'invio di articoli di qualsiasi genere o materie in qualche modo collegate al mondo giuridico (documentazione giuridica, sentenze, ordinanze, commenti etc.). Gli scritti e quant'altro inviato, anche se non pubblicati, non verranno restituiti. Invia una proposta di collaborazione o il pezzo alla seguente mail: *redazione @ quotidianolegale.it*

QuotidianoLegale.it – nasce come supplemento di AmbienteDiritto.it dal 2020 inizia il suo percorso come Rivista Scientifica

Autonoma

QUOTIDIANOLEGALE: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*

Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore, Fulvio Conti Guglia – Via Filangeri, 19 – 98078 Tortorici ME – C.F.:

CNTFLV64H26L308W – P.IVA 02601280833 – Pubblicata in Tortorici dal 2011.

Indice generale

Sommario

QUOTIDIANO LEGALE	1
<i>Organigramma</i>	1
COMITATO DI REDAZIONE	2
<i>Indice generale</i>	4
LA TUTELA DELL'AMBIENTE, QUALE PRIMA INTEGRAZIONE DEI PRINCIPI FONDAMENTALI E DEL TITOLO III DELLA COSTITUZIONE.	
Ilaria Fiaoni*	5
RIPENSARE LA PROSTITUZIONE IN UN'OTTICA DI EVOLUZIONE SOCIALE. BREVI SPUNTI A PARTIRE DALL'ESPERIENZA NEOZELANDESE.	
Luana Leo*	13
L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN PROSPETTIVA GIURIDICA: UNA RISORSA O UN NOCUMENTO PER LA GIUSTIZIA?	
Chiara Piccinni e Luca Bianco*	34
LA SOFT LAW ALL'INTERNO DEGLI UFFICI DEL PROCESSO, TRA NORMATIVA REGIONALE, PROTOCOLLI D'INTESA E PROVVEDIMENTI ORGANIZZATIVI INTERNI	
Maria Rosaria De Lucia	63
PROCESSO VERBALE DI CONSTATAZIONE, PRESUNZIONI TRIBUTARIE E DOLO DI EVASIONE	
Nota a sentenza della Corte di cassazione penale, III, n. 44170 del 2023	
Avv. Micaela LOPINTO	74

LA TUTELA DELL'AMBIENTE, QUALE PRIMA INTEGRAZIONE DEI PRINCIPI FONDAMENTALI E DEL TITOLO III DELLA COSTITUZIONE.

Ilaria Fiaoni*

Abstract [It]: L'articolo esamina la L. c. 11.2.2022 n. 1 di riconoscimento della tutela ambientale nel quadro dell'acquisizione dell'esistenza di miliardi di pianeti, ma anche della verosimile eccezionalità del Pianeta Terra, sottoposto inoltre negli ultimi decenni a un eccezionale sviluppo demografico e a gravi cambiamenti climatici. Viene individuato il valore positivo dell'introduzione a livello costituzionale della tutela dell'ambiente, con enucleazione di uno specifico diritto soggettivo. I nuovi principi di tutela degli animali, quali esseri senzienti, e di funzionalizzazione dell'attività anche a fini di miglioramento ambientale concorrono a determinare la coerenza dell'intervento di riforma con i principi costituzionali.

Abstract [En]: *The article examines L. c. 11.2.2022 n. 1 of recognition of environmental protection in the context of the acquisition of the existence of billions of planets, but also of the probable exceptional nature of Planet Earth, which has also been subjected in recent decades to exceptional demographic development and serious climate changes. The positive value of the introduction of environmental protection at a constitutional level is identified, with the identification of a specific subjective right. The new principles of protection of animals, as sentient beings, and of functionalisation of the activity also for the purposes of environmental improvement contribute to determining the coherence of the reform intervention with the constitutional principles..*

Sommario: **1.** L'introduzione con sostanziale unanimità della L. c. 11.2.2022 n. 1 di integrazione degli art. 9 e 41 Cost. – **2.** Il rinnovato interesse per il Pianeta Terra anche per la sua eccezionalità tra i miliardi di pianeti. – **3.** L'eccezionalità dello sviluppo demografico del Pianeta Terra e i rischi di scomparsa della vita sul Pianeta. – **4.** L'elevazione del livello di tutela dell'ambiente e l'enucleazione di un diritto soggettivo. – **5.** La previsione di tutela "anche nell'interesse delle future generazioni". – **6.** Il nuovo principio di "tutela degli animali". – **7.** L'integrazione dell'art. 41 Cost. e la conferma di un diritto soggettivo. – **8.** La funzionalizzazione dell'attività economica a fini di miglioramento ambientale. – **9.** La L. c. n. 1/2022 come integrazione coerente con i principi fondamentali della Costituzione.

1. L'introduzione con sostanziale unanimità della L. c. 11.2.2022 n. 1 di integrazione degli art. 9 e 41 Cost.

Il 9 marzo 2022 è entrata in vigore nell'ordinamento giuridico italiano, a seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022, la Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, intitolata "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente".

La legge ha integrato l'articolo 9 della Costituzione aggiungendovi un 3° comma, secondo cui la Repubblica "Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali".

E ha integrato l'articolo 41, prevedendo al 2° comma che l'iniziativa economica privata non deve recare danno, in primo luogo, "alla salute" e "all'ambiente" e al 3° comma che "La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata", oltre che a fini sociali, a fini "ambientali".

Questa legge costituzionale¹, approvata da entrambi i rami del Parlamento con distinte votazioni a maggioranza di due terzi (e nella votazione finale alla Camera dei Deputati l'8 febbraio 2022 con 467 voti a favore su 477 presenti, con un solo voto contrario e 9 astenuti, e quindi pressoché all'unanimità) merita di essere considerata nel quadro più generale dell'evoluzione del Pianeta Terra e delle conoscenze scientifiche dell'umanità a distanza di 75 anni dall'approvazione, nella seduta dell'Assemblea Costituente del 22.12.1947, dell'originario testo costituzionale.

2. Il rinnovato interesse per il Pianeta Terra anche per la sua eccezionalità tra i miliardi di pianeti.

Pur nel profondo sviluppo scientifico avutosi già allora che aveva portato alla creazione e all'utilizzo nell'agosto del 1945 della bomba atomica, il Pianeta Terra veniva considerato in modo autoreferenziale, tanto che non si era avuta neppure oggettiva acquisizione dell'esistenza nell'intero Universo di altri pianeti.

La situazione è poi cambiata radicalmente, in quanto fra il 1992² e il 1995³ l'umanità ha acquisito la definitiva certezza dell'esistenza di altri pianeti, taluni dei quali presentanti condizioni non del tutto dissimili da quelle che hanno consentito, pur dopo circa 4 miliardi di anni dalla sua formazione, lo sviluppo della vita e infine dell'umanità sapiens nel Pianeta Terra.

Ad oggi i pianeti confermati sono oltre 5400, ma si tratta solo di un numero lillipuziano rispetto a quelli esistenti nell'Universo da ritenere nell'ordine di miliardi di miliardi.

* *Dottoressa di Ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico.*

¹ La legge, che è il frutto dell'unificazione di una serie di disegni di legge costituzionale fra cui il primo n. 83 e poi n. 212, n. 938, n. 1203, n. 1532, n. 1627, n. 1632 e n. 2160 della XVIII legislatura (2017-2022), è stata approvata la prima volta dal Senato il 9.6.2021, cui sono seguite la prima approvazione della Camera (12.10.2021), la seconda approvazione del Senato (3.11.2021) e la finale approvazione della Camera (8.2.2022). L'esame nella Commissione Affari Costituzionali del Senato, iniziato l'8.10.2019, si era concluso il 19.5.2021 e il testo unificato era stato approvato dall'assemblea del Senato il 9.6.2021.

² Risale al 1992 l'annuncio della scoperta da parte degli astronomi Alexander Wolszczan (polacco) e Dale A. Frail (canadese) di due pianeti di massa non inferiore a 3,4 e 2,8 volte quella terrestre e orbitanti, rispettivamente a 0,36 e 0,47 UA, attorno alla pulsar PSR B1257+12 (una pulsar si forma quando una stella esplose come supernova) nella costellazione della Vergine.

³ Nel 1995 Michel Mayor e Didier Queloz, due astronomi svizzeri appartenenti all'Osservatorio di Ginevra, annunciarono la definitiva scoperta del primo pianeta extra-solare in orbita attorno a una stella simile al Sole; poiché ruotava intorno alla stella 51 Pegasi, venne denominato 51 Pegasi b.

Da ciò è nato un rinnovato estremo interesse per il Pianeta Terra, non visto più come un mondo scontato, ma come un mondo prezioso, se non unico, sicuramente “eccezionale” e come tale da difendere in via assoluta e primaria.

Le lotte degli umani non sono nulla in confronto alla loro fragilità come abitanti e soggetti partecipi del Pianeta Terra.

3. L’eccezionalità dello sviluppo demografico del Pianeta Terra e i rischi di scomparsa della vita sul Pianeta

Sotto altro piano, i circa 75 anni dal 1947 al 2022 sono stati anni eccezionali della storia del Pianeta Terra, in quanto hanno visto la proliferazione di una specie, quella umana, in una misura quale mai vi era stata in tutta l’evoluzione precedente, e in particolare nei circa 200.000 anni di presenza dell’*homo sapiens*.

Nel 1947 la popolazione complessiva del Pianeta era di circa 2 miliardi e mezzo; in meno di un secolo, anzi in soli tre quarti di secolo, essa ha superato gli 8 miliardi con un ritmo di incremento mai verificatosi in precedenza.

Tale enorme incremento, unito alla conseguente maggiore produzione di inquinamento atmosferico, ha portato a cambiamenti climatici suscettibili di mettere in pericolo le condizioni ambientali complessive del Pianeta Terra.

I due rischi fondamentali per l’umanità, quello di un conflitto nucleare spinto all’utilizzo di tutto il materiale atomico disponibile (oltre 12.000 bombe nucleari) e quello di un surriscaldamento ingovernabile, hanno fatto prospettare per la prima volta la possibilità di una scomparsa della vita sulla Terra nei prossimi cento anni.

4. L’elevazione del livello di tutela dell’ambiente e l’enucleazione di un diritto soggettivo

In tale quadro, preceduta da innumerevoli dichiarazioni, programmi, atti legislativi di enti e organismi sovranazionali⁴ e di altri Stati, anche l’Italia ha inteso aggiornare il suo testo costituzionale,

⁴ In ordine cronologico, e senza pretesa di esaustività, si possono richiamare, sulla base anche dell’approfondito saggio di GIOVANNI CHIOLA, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in *Nomos*, 2022 p. 2: la Dichiarazione delle Nazioni Unite alla Conferenza di Stoccolma del giugno 1972 sulla salvaguardia delle risorse naturali della Terra a beneficio delle generazioni presenti e future anche con una programmazione accurata; la Direttiva della Comunità Europea n. 337 del 27.6.1985 sulla necessità di previa valutazione dell’impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati; la Convenzione sulle diversità biologiche firmata a Rio de Janeiro il 5.6.1992 e ratificata dall’Italia con L. 14.2.1994, n. 124; la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, approvata a Nizza il 7.12.2000 e poi entrata con un testo adattato a far parte del Trattato dell’Unione Europea il 12.12.2007, il cui art. 37, intitolato “Tutela dell’ambiente”, afferma

e in particolare la formulazione dei principi fondamentali, introducendo, in via sintetica, il principio della tutela dell'ambiente e declinandolo in modo specificativo anche nella tutela della biodiversità e degli ecosistemi, nonché in una certa misura nella tutela di esseri senzienti, che di questo ambiente fanno parte, quali gli animali, e sottolineando l'intenzione di dare luogo a questa tutela anche nell'interesse delle future generazioni.

La modifica della Costituzione si è estesa anche all'articolo 41, per cui si tratta del primo intervento di revisione, o meglio di aggiornamento della Costituzione, sia per quanto riguarda i principi fondamentali di cui agli articoli 1-12, sia della normativa del Titolo III (articoli 35-47) relativa alla materia particolarmente delicata dei rapporti economici.

La riforma così attuata non solo merita piena valutazione favorevole, ma rappresenta ormai un fatto storico costituzionalmente acquisito.

La sostanziale unanimità del Parlamento nella sua approvazione ha superato infatti completamente quelle, peraltro isolate, voci dottrinarie scettiche o addirittura contrarie al suo inserimento⁵.

La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, inteso nella sua generalità, era già stata introdotta nella Costituzione con la Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che, riformando le norme del Titolo V della seconda parte, aveva previsto nel nuovo articolo 117 alla lettera s) fra le materie di esclusiva legislazione statale quelle della “tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali”.

La complessiva modifica di cui alla Legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 porta però ad un livello normativo più alto la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, questa volta considerati nella loro pluralità, fissando questo principio fra quelli di massima rilevanza costituzionale⁶.

La preservazione dell'ambiente è, d'altronde, la condizione primaria per l'esistenza della vita umana sul Pianeta Terra e quindi per il riconoscimento di diritti soggettivi di ogni persona (al

che “Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile”; il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea di Lisbona del 13.12.2007, ratificato dall'Italia con L. 2.8.2008, n. 130, il cui art. 13 prevede che “Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale”.

⁵ Per una posizione scettica v. TOMMASO E. FROSINI, La Costituzione in senso ambientale. Una critica, in *Federalismi.it*, Paper – 23 giugno 2021; per una critica polemica GIAMPIERO DI PLINIO, L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente, in *Federalismi.it*, Paper – 1 luglio 2021, secondo cui l'ambiente avrebbe “un profumo di valore costituzionale”, ma non potrebbe essere considerato “sovrano e tiranno”.

⁶ V. per tale impostazione DANIELE PORENA, Memoria presentata alla 1ª Commissione Permanente del Senato della Repubblica (Affari Costituzionali) 24 ottobre 2019, che rilevava la mancanza di una norma costituzionale, che nella materia ambientale assumesse “portata sostanziale: che sia, cioè, finalizzata a canonizzare un'autentica scelta di tipo valoriale”.

consolidato principio per cui “non vi è libertà senza giustizia sociale” si sta aggiungendo quello per cui “non vi è giustizia sociale senza giustizia ambientale”).

Pur non essendo la norma formulata nei termini tradizionali dell’attribuzione di un diritto soggettivo, dalla connessione dell’art. 9 con gli artt. 2 e 32 e con l’art. 41 modificato appare poi indeclinabile il riconoscimento a ciascun soggetto del diritto di opporsi a quelle leggi, a quegli atti amministrativi, a quegli atti privati e a quei comportamenti materiali, che comunque violassero la tutela dei beni fissati nell’articolo 9, restando salvo il potere dell’autorità giudiziaria (ordinaria o amministrativa e in certi casi contabile) di valutare il contemperamento con altri diritti, interessi e valori di analoga rilevanza.

5. La previsione di tutela “anche nell’interesse delle future generazioni”

Il principio, fissato nel nuovo articolo 9, che la tutela viene garantita “anche nell’interesse delle future generazioni”, non è pleonastico, ma l’espressione dell’acquisita consapevolezza della fragilità complessiva del Pianeta Terra e dell’esigenza di salvaguardarlo per le generazioni future.

Un’indicazione del genere era impensabile quando ancora nel 1946-1947 la popolazione complessiva del Pianeta non costituiva un problema, tanto che ad esempio nell’intero continente africano vasto di 30.370.000 Km² la popolazione africana era di meno di 220 milioni di abitanti. Ora invece con lo sviluppo demografico enorme in Africa (attualmente 1.470 milioni) e anche in Asia (attualmente 4.800 milioni) e con una devastazione climatica allora inipotizzabile si sente l’esigenza di difendere il Pianeta Terra, il cui *Earth Overshoot Day* (giorno finale di consumi delle risorse disponibili) è stato nel 2023 al 28 giugno, da uno sfruttamento eccessivo e spregiudicato.

L’accenno alle “generazioni future” non vuole quindi vincolare, come era la preoccupazione costituzionalistica di una volta (ad es. al tempo della Rivoluzione francese), il loro potere normativo, ma consentire le condizioni di una loro utilizzazione del Pianeta Terra.

6. Il nuovo principio di “tutela degli animali”

Il secondo periodo del nuovo 3° comma, relativo all’attribuzione allo Stato del potere-dovere di disciplinare con legge “i modi e le forme di tutela degli animali”, è in evidente connessione con il primo, in quanto della biodiversità gli animali sono una componente essenziale, largamente precedente di circa 500 milioni di anni la specie umana e in qualche modo sua progenitrice.

La previsione normativa rappresenta un ragionevole contemperamento fra una impostazione meramente antropocentrica e un'apertura volta a riconoscere agli animali, in quanto esseri senzienti, una posizione per alcuni versi assimilabile a quella della persona umana⁷.

E non è un caso che in una materia così delicata si sia utilizzata una formula di rinvio analoga a quella individuata per un'altra materia particolarmente controversa, quale quella dello sciopero, in cui con l'art. 40 si volle riconoscere, e quasi dare per scontata, l'esistenza del diritto di sciopero, prevedendo però, con mutuazione dell'analoga formula contenuta nel preambolo della Costituzione francese del 1946 (*“Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent”*), che tale diritto si esercitava “nell'ambito delle leggi che lo regolano”, o meglio delle leggi che il legislatore avrebbe introdotto per regolarlo.

Analogamente il secondo periodo del 3° comma fissa il principio della “tutela degli animali”, demandando al legislatore ordinario di disciplinare “i modi e le forme” di tale tutela.

La materia è diventata di palpitante attualità con il fatto luttuoso avvenuto a Caldes (TN) il 5 aprile 2023, che ha determinato, secondo la più ragionevole ricostruzione, la morte di una persona umana ad opera di un orso.

Ma la soluzione di sintesi, desumibile in qualche misura dall'articolo 27 Cost. e dagli articoli 52, 54 e 544-bis cod. pen., non può essere quella di un abbattimento vendicativo e punitivo della specie umana sull'animale, ma nella prevenzione di tali fatti e quindi, ove necessario, nell'adozione di misure che escludano futuri rischi per l'integrità fisica della specie umana.

7. L'integrazione dell'art. 41 Cost. e la conferma di un diritto soggettivo

La modifica dell'articolo 41 Cost. ha avuto un sostanziale, se pur di nuovo condivisibile, carattere di contorno.

E invero, alla luce dei già vigenti art. 2, 32 e 35 Cost., nessuno poteva dubitare che nel divieto di svolgimento dell'iniziativa economica privata “in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana” fosse compreso il divieto di recare danno “alla salute”, essendo la stessa una componente primaria della sicurezza ed anche un diritto primario e quindi inviolabile della persona umana.

La specificazione poi fatta (con inserimento al secondo posto) dell'ambiente, come bene oggettivo di tutela e che non può essere leso dall'iniziativa economica privata, e ovviamente anche da quella

⁷ Per una linea di massima attenzione ricostruttiva per la tutela della dignità animale v. FRANCESCA RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it*, Paper – 23 giugno 2021.

pubblica, è una conferma del carattere di diritto soggettivo scaturente dal principio fondamentale di cui al primo periodo del nuovo 3° comma dell'articolo 9.

Ed è chiaro che i più immediati fruitori, e quindi titolari di tale diritto, saranno sia i lavoratori (di ogni tipo e quindi anche non subordinati) operanti nei luoghi in cui si svolge l'iniziativa economica, sia gli abitanti delle zone vicine, sia anche i consumatori di eventuali prodotti e servizi difettosi.

Vi è quindi una connessione, non solo logica, ma ideale, fra il nuovo articolo 9 e il nuovo articolo 41 Cost.

8. La funzionalizzazione dell'attività economica a fini di miglioramento ambientale

La modifica apportata al 3° comma dell'articolo 41 (secondo cui "La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali.") è significativa, poiché recupera un valore propositivo che era presente nell'originario disegno di legge costituzionale n. 83 della XVIII legislatura in cui si prevedeva l'inserimento, dopo il secondo comma, dei seguenti commi:

"Tutela l'ambiente e gli ecosistemi, come diritto fondamentale della persona e della comunità, promuovendo le condizioni che rendono effettivo questo diritto.

Persegue il miglioramento delle condizioni dell'aria, delle acque, del suolo e del territorio, nel complesso e nelle sue componenti, protegge la biodiversità e promuove il rispetto degli animali.

La tutela dell'ambiente è fondata sui principi della precauzione, dell'azione preventiva, della responsabilità e della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente".

A parte l'evidente richiamo della formulazione prospettica dell'articolo 4 Cost. (in cui si sancisce che "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto"), l'enunciazione, quale principio costituzionale, del perseguimento del "miglioramento delle condizioni dell'aria, delle acque, del suolo e del territorio, nel complesso e nelle sue componenti" indicava un intento di miglioramento attivo, che conferiva alla norma un carattere promozionale.

Se tale formula è venuta meno nel testo, più sintetico, definitivamente approvato, la previsione del 3° comma dell'articolo 41 consente in qualche misura di recuperarlo, poiché pone fra i compiti della legge ordinaria quello di determinare, non solo i controlli, ma anche i programmi opportuni "perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali", il che comporta una necessaria funzionalizzazione anche a fini di miglioramento ambientale.

9. La L. c. n. 1/2022 come integrazione coerente con i principi fondamentali della Costituzione

In definitiva, l'intervento di modifica dell'articolo 9 e dell'articolo 41, realizzatosi con la Legge Costituzionale 11.2.2022 n. 1, si muove perfettamente nel solco dell'apertura a procedimenti di revisione costituzionale, prefigurata dall'articolo 138, in cui si è previsto che con maggioranze qualificate e reiterate di entrambi i rami del Parlamento si possa pervenire a modifiche del testo costituzionale senza necessità di consultare il popolo, e per esso il corpo elettorale.

D'altra parte, non si tratta neppure di revisione in senso effettivo, ma di integrazione, in quanto viene assunto fra i principi fondamentali un nuovo valore che non presenta alcuna incompatibilità con i valori già acquisiti, ma che ne rappresenta anzi uno sviluppo e un allargamento.

È stata quindi una pagina positiva della storia costituzionale italiana.

RIPENSARE LA PROSTITUZIONE IN UN'OTTICA DI EVOLUZIONE SOCIALE. BREVI SPUNTI A PARTIRE DALL'ESPERIENZA NEOZELANDESE.

Luana Leo*

Abstract [It]: Prendendo le mosse dall'ondata progressista innescatasi in Nuova Zelanda volta alla decriminalizzazione della prostituzione, il presente lavoro intende porre in luce il superamento della normativa nazionale in materia (c.d. legge Merlin), rea di trascurare l'esercizio dell'attività prostitutiva volontaria e consapevole, espressione non vigente nel periodo post-bellico. L'inerzia del legislatore e la posizione rigorosa della giurisprudenza costituzionale risultano imputabili non solo a richiami di carattere morale, ma anche alla permanenza di posizioni conservatrici. L'urgenza di affrontare tale questione deriva dalla necessità di offrire una valida risposta ai nuovi fenomeni e ai mutamenti maturati a livello sociale.

Keywords: *Starting from the progressive wave triggered in New Zealand aimed at the decriminalization of prostitution, this work intends to highlight the overcoming of the national legislation on the matter (so-called Merlin law), guilty of neglecting the exercise of voluntary and conscious prostitution, an expression not in force in the post-war period. The inertia of the legislator and the rigorous position of constitutional jurisprudence are attributable not only to moral references, but also to the permanence of conservative positions. The urgency of addressing this issue derives from the need to offer a valid response to new phenomena and changes occurring at a social level.*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il modello neozelandese: aspetti positivi e negativi della decriminalizzazione. – 2.1. Timide prospettive di riforma oltre i confini. – 3. Le “piaghe” della Legge Merlin. Sull'ormai evidente scostamento della normativa italiana dal contesto storico vigente. – 4. L'approccio restrittivo della giurisprudenza costituzionale. I limiti “vistosi” della sentenza n. 141/2019. – 4.1. L'ascesa della dignità umana. – 5. “Il mestiere più antico del mondo” tra buon costume, morale pubblica e laicità. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Ove si volesse tentare di offrire una prima e puntuale definizione al fenomeno della “prostituzione” sarebbe sufficiente consultare il Digesto di Giustiniano del 533: in tale cornice, la figura della “prostituta” coincide con la donna che concede l'uso del proprio corpo a scopo di lucro. Praticata sin dal 2000 a.c., tale fenomeno trova terreno fertile anche nella Bibbia, giacché i termini “prostitute”, “meretrici” e “ruffiani” sono rinvenibili con costante frequenza. Quel che desta perplessità non è la sua esistenza già in età risalente, quanto invece l'approccio favorevole adottato dagli organi governativi¹, a fronte di una concezione che considerava la prostituzione “un male necessario”, avente

* Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale – Università Lum “Giuseppe Degennaro”.

¹ Sul punto, si veda I. TAVOLATO, *Elogio della prostituzione*, in Lacerba, n. 9, 1913.

il compito di allontanare il pericolo di peccati più gravi, tra cui l'adulterio, il disonore delle giovani consorti, gli atti innaturali ed il concubinaggio; sulla medesima linea, San Tommaso paragonava tale fenomeno al "pozzo nero in casa", essendo "sgradevole ma necessario"².

Oggi, la prostituzione, intesa generalmente come "vendita del proprio corpo" o più specificatamente come "far commercio del proprio corpo e della propria sessualità"³ è un processo in persistente trasformazione e in rapida evoluzione e modificazione nei tempi e negli spazi, uno scenario complesso e vulnerabile per la vastità degli attori coinvolti e per tutta una serie di altre realtà e fenomeni che ne sono indirettamente interessati⁴. Il fine perseguito in tale sede non è quello di provare a tracciare un quadro comparatistico della disciplina della prostituzione, che risulterebbe arduo essendo la prostituzione un fenomeno molto eterogeneo⁵. Chi scrive intende analizzare da vicino il modello di regolamentazione accolto in Nuova Zelanda, volto a decriminalizzare la prostituzione, divenuto un rilevante punto di riferimento per attivisti pro sex work. La necessità di prestare maggiore attenzione al modello progressista scaturisce dall'indiscutibile arretratezza della legge n. 75/1958 (c.d. Legge Merlin)⁶ rispetto al contesto storico vigente, ritenendo ormai preminente non solo compiere una definitiva separazione tra prostituzione libera e coatta, ma anche giungere ad una disciplina tesa a conciliare la dignità, la libertà e la sicurezza della persona che si prostituisce con la dignità, la libertà e la sicurezza di tutti i cittadini⁷.

2. Il modello neozelandese: aspetti positivi e negativi della decriminalizzazione

Sul piano internazionale, la Nuova Zelanda rappresenta un unicum in materia di prostituzione, avendo optato per l'adozione di un modello progressista basato sulla sua "decriminalizzazione": il *Prostitution Reform Act 2003* ammette il libero esercizio della prostituzione, in maniera individuale e anche in forma associata, purché essa sia esercitata volontariamente e tra soggetti adulti⁸. Alla luce

² A. BARZAGHI, *Donne o cortigiane? La prostituzione a Venezia*, Verona, 1980, p. 7.

³ C. CIPOLLA, *Epistemologia della tolleranza*, Milano, 1997, p. 2280.

⁴ C. CIPOLLA, *La sessualità come obbligo all'alterità*, Milano, 2005, p. 91.

⁵ Come ammesso da P. PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, in *Consulta Online*, 2019, p. 770, "pur operando una semplificazione (certo non scevra di semplicismo) tale da considerare il fenomeno come unitario, emerge chiaramente come le soluzioni presenti nei vari ordinamenti siano estremamente diversificate, tanto da rendere assai aleatorio qualunque tentativo di classificazione".

⁶ Legge 20 febbraio 1958, n. 75 ("Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui").

⁷ A. ANNECCHIARICO, *La prostituzione tra regolazione giuridica e politiche di sicurezza*, in *Astrid-Online*, 2009, p. 18.

⁸ In realtà, il modello neozelandese non può essere considerato a completa decriminalizzazione, considerata la presenza di un'apposita clausola (Section 19) che proibisce a tutte le persone migranti senza permesso di soggiorno permanente di lavorare in tale contesto.

di ciò, la prostituzione è intesa come una ordinaria attività di prestazione di servizi su base contrattuale; essendo la *sex worker* pienamente riconosciuta, il rapporto di lavoro è sottoposto alle regole ed alla giurisdizione proprie della generalità delle prestazioni lavorative⁹. Appare doveroso precisare che la “decriminalizzazione” non implica la totale assenza di ogni regolamentazione del lavoro sessuale, bensì l’abrogazione di talune fattispecie penalistiche; nel caso neozelandese, quelle che puniscono l’adescamento, la gestione di un bordello e il vivere dei proventi della prostituzione¹⁰. È indiscutibile la “vicinanza” di tale modello legislativo a quello regolamentare in termini di riconoscimento della prostituzione come sex work, oltre all’introduzione di una normativa che garantisca una tutela assistenziale e sociale alle persone che si prostituiscono. Tuttavia, una sottile differenza emerge in ordine all’esercizio della prostituzione in strada: l’ordinamento neozelandese non prevede peculiari oneri di registrazione per i sex worker e considera lecita la prostituzione, senza restrizioni; al contrario, i Paesi regolamentaristi ne limitano la liceità, individuando specifiche aree in cui è possibile praticarla¹¹.

Prima di soffermarsi sugli aspetti positivi e negativi del modello neozelandese, si ritiene necessario entrare nel merito dell’approvazione della storica riforma del 2003. È interessante constatare la notevole influenza esercitata da un gruppo di attivisti sulla scelta legislativa di adottare un modello progressista: il *New Zealand Prostitutes Collective* (Nzpc), avente un ruolo centrale nella prevenzione dell’Aids negli anni ’80 e ’90 del XX secolo, fa propria la teoria della “riduzione del danno”, ispirata alla protezione della salute e del benessere della categoria dei sex worker, visti come individui emarginati e a rischio¹².

Le ricerche condotte a partire dal 2003 mostrano un lieve miglioramento della condizione delle sex worker sotto vari profili. Innanzitutto, tale categoria gode di servizi e forme di sostegno sociale grazie all’impegno del Nzpc, che presenta tre sedi in tutto il territorio nazionale¹³. Si rileva, altresì,

⁹ P. PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, cit., p. 777. Sul punto, P. DEGANI, *Diritti umani e questioni di policy nel dibattito sulla prostituzione in Europa*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 3, 2017, p. 59 aggiunge che “la prostituzione si configura oggi come una issue inserita all’interno di un’agenda di ricerca e di lavoro politico delle organizzazioni internazionali a carattere intergovernativo sulle global policies che ha portato in questi anni ad importanti iniziative non riducibili al mero coordinamento delle politiche nazionali, ma piuttosto al delinearsi di evidenti intenti *problem solving* in materia”.

¹⁰ In tale senso, P.G. MACIOTI, *I processi di decriminalizzazione del sex work in Australia e Nuova Zelanda*, in G. GAROFALO GEYMONAT, G. SELMI (a cura di), *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, Torino, 2022, p. 203.

¹¹ F. PARISI, *Prostituzione: Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018, p. 64. Sulle realtà a vocazione regolamentarista, si veda M. HELFER, *La prostituzione nell’ordinamento austriaco e in quello tedesco*, in AA.VV., *Prostituzione e diritto penale*, Padova, 2014, p. 87 ss.; E.C. RAUTENBERG, *Prostitution: Das Ende der Heuchelei ist genossen!*, in NJW, 2002, p. 650 ss.; M. HEGER, *Zum Einfluss der Prostitutionsgesetzes auf das Strafrecht*, in StV, 2003, p. 350 ss.; M. GALEN, *Rechtsfragen der Prostitution. Das ProstG und seine Auswirkungen*, Beck, München, 2004.

¹² P.G. MACIOTI, *I processi di decriminalizzazione del sex work in Australia e Nuova Zelanda*, cit., p. 210.

¹³ G. ABEL, C. HEALY, *Sex Worker-Led Provision of Services in New Zealand: Optimising Health and Safety in a Decriminalised Context*, in *Sex Work, Health, and Human Rights*, 2021, p. 175 ss.

un incremento della fiducia nei confronti delle autorità di polizia, prevenendo così potenziali casi di violenza sessuale e sfruttamento¹⁴. Infine, il modello neozelandese sembra avere generato effetti proficui anche nel campo della salute, giacchè le sex worker si sottopongono con continuità a test per Hiv e malattie sessualmente trasmissibili; lo stesso Nzpc collabora con il Ministero della Salute per garantire che le sedi di lavoro rispettino le misure di sicurezza e di igiene¹⁵.

In senso opposto, si denuncia un incremento considerevole dei casi di abuso e sfruttamento a partire dal 2004, nonché proprio a seguito dell'approvazione della *Prostitution Reform Act 2003*; in realtà, i report annuali elaborati dalla Prostitution Law Review Committee smentiscono quanto riportato, pur dovendo tenere conto della loro parziale trasparenza in termini di imparzialità trattandosi di indagini a carattere sostanzialmente governativo¹⁶. In via generale, chi scrive rileva nella decriminalizzazione una risposta efficace alle diverse piaghe della prostituzione, intravedendo il problema effettivo nella mancata circolazione del modello; come ben osservato in dottrina, quest'ultimo finisce per essere “una sorta di eccezione nel panorama comparatistico”¹⁷. Il tratto interessante del modello neozelandese risiede – a parere di chi scrive – nel riconoscere la prostituzione come una prestazione di servizi su base contrattuale. È innegabile che quello del sesso non possa essere considerato un mercato come tutti gli altri per via della natura dell'attività svolta. Tuttavia, il tema del sex work non implica categoricamente il suo inquadramento nei contratti collettivi del lavoro o nelle categorie professionali; a tale proposito, vi è chi invita piuttosto a “proporre un pensiero critico sull'uso sessualizzato del corpo in tutte le sue forme, anche al di fuori di ciò che è comunemente definito prostituzione, e insieme riconoscere le lavoratrici o i lavoratori del sesso come soggetti di parola politica e di diritti”¹⁸. Si giunge, dunque, ad inquadrare il lavoro sessuale come un'attività economica con caratteristiche differenti che richiedono un trattamento specifico, accostato da politiche ad hoc, di protezione sociale e giuridica; ciò non esclude la condanna di talune fattispecie come la coercizione, lo sfruttamento e la riduzione in schiavitù.

2.1 Timide prospettive di riforma oltre i confini

¹⁴ L. ARMSTRONG, *Screening clients in a decriminalised street-based sex industry: Insights into the experiences of New Zealand sex workers*, in *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 47 (2), p. 207 ss.

¹⁵ G. ABEL, C. HEALY, *Sex Worker-Led Provision of Services in New Zealand: Optimising Health and Safety*, in a *Decriminalised Context*, cit.

¹⁶ F. PARISI, *Prostituzione: Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018, p. 65.

¹⁷ Così, P. PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, cit., p. 777.

¹⁸ Così, G. SERUGHETTI, *Prostituzione: violenza o lavoro? Riflessioni su volontarietà, costrizione e danno nel dibattito sulle alternative politico-normative*, in *Ag About Gender – International Journal of Gender Studies*, Vol. 8, n. 15, 2019, pp. 175-176.

In tale sede, si ritiene necessario prestare attenzione all'esperienza statunitense in materia di prostituzione al fine di comprendere l'importanza dei meccanismi progressisti innescatesi di recente nello Stato di New York. Le normative adottate dai singoli Stati federati incarnano un modello volto alla criminalizzazione totale della prostituzione, in quanto si punisce il cliente, la persona che si prostituisce e tutto ciò che possa favorirne l'esercizio in base ai valori morali del matrimonio, della castità e della dignità della donna¹⁹. Sebbene l'ondata proibizionista muove i primi passi già verso la fine degli anni Ottanta, è solo nel 1910 che si interviene a livello legislativo con il Mann Act, avente l'obiettivo originario di contrastare il trasporto commerciale interstatale od internazionale "di qualsiasi donna o ragazza allo scopo della prostituzione o di atti immorali, o a qualsiasi altro scopo immorale". Tale disciplina è stata oggetto di lievi modifiche nel 1978 (aggiornando la definizione di "trasporto") e nel 1986 (introducendo altre tutele per i minori, oltre a forme di protezione anche per gli adulti di sesso maschile). In realtà, è con lo *Standard Vice Repression Law* che il proibizionismo ottiene definitiva consacrazione, in quanto si invita ciascuno Stato a punire la prostituzione di per sé, a parte tutte le attività ad essa connesse.

In dottrina, si tende a condividere l'approccio repressivo seguito nel contesto statunitense; in una posizione intermedia si pone quella corrente di pensiero che ne richiede una modifica parziale, preferendo puntare su un modello orientato alla c.d. "riduzione della domanda": su esempio svedese, l'intento perseguito è quello di abrogare le disposizioni che incriminano la principale figura, lasciando intatte quelle che puniscono la condotta del cliente²⁰. Lo Stato del Nevada, invece, aderisce ad una linea più liberale, in quanto attribuisce alle singole contee ampia discrezionalità sulle decisioni da adottare: in talune la prostituzione è ammessa sulla base di un permesso rilasciato dalle autorità locali, in altre sussiste un rigido divieto²¹. In realtà, il Nevada potrebbe non rappresentare l'unica eccezione nello scenario statunitense, giacché anche lo Stato di New York, da sempre terreno di accesi scontri, appare orientato a regolamentare il mercato sessuale, accordando valore alle scelte della persona che si prostituisce. È recente la proposta di legge presentata da Tiffany Cabán, consigliera comunale del Queens e sostenitrice della depenalizzazione del lavoro sessuale, che mira a fornire sostegno economico alle *sex workers*, nonché sussidi pubblici attraverso organizzazioni non profit ed altre organizzazioni umanitarie. Il tratto rilevante della proposta in discussione risiede – a parere di chi scrive – nel suo dichiarato intento antidiscriminatorio, andando ad intervenire sulle norme locali

¹⁹ J. MEZEI, *Sex and taxes: Prostitution as a legal business*, in *Illinois Business Law Journal*, Vol. 21, 2013, p. 68 ss.

²⁰ A. FARREL, S. CRONIN, *Policing prostitution in an era of human trafficking enforcement*, in *Crime, Law and Social Change*, n. 64, 2015, p. 211 ss.

²¹ S. PASETTO, *Stati Uniti*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Cenni sull'inquadramento giuridico della prostituzione*, Servizi Studi Corte Costituzionale. Area di diritto comparato, febbraio 2019, p. 47.

relative alla *privacy*, al fine di prevenire qualsiasi discriminazione basata sull'impiego attuale o passato di una *sex worker* che voglia prendere in locazione un'abitazione. In origine, il fenomeno della prostituzione nella realtà newyorkese ha conosciuto un andamento altalenante, con periodi di clemenza alternati a periodi di intolleranza²², cedendo alla sua criminalizzazione verso gli anni '80, nel momento in cui la strategia politica della “*quality-of-life*” ha comportato un “giro di vite” da parte delle agenzie istituzionali, determinando un intensificarsi dell'azione repressiva soprattutto nei confronti delle *prostitute streetwalkers*; difatti, le principali autorità facevano leva sulla teoria delle *broken windows* a sostegno delle loro politiche repressive, dirette a migliorare la qualità della vita mediante la lotta al degrado urbano²³. Tale proposta sembra riflettere la volontà di mutare l'approccio del sistema di giustizia penale nei confronti delle *sex workers*, trovando – con molta probabilità – un punto di riferimento proprio nel *Prostitution Reform Act 2003* adottato in Nuova Zelanda. Da tempo, il sistema penale statunitense in materia di prostituzione soffre di sostanziali criticità, che si traducono in disuguaglianze di trattamenti. Tra le diverse, si segnala l'anomala tendenza ad incriminare soltanto uno dei soggetti coinvolti, violando così il dato normativo. Oggi, l'attività repressiva negli Stati Uniti si concentra con maggiore insistenza sui consumatori; tale circostanza trova conferma nella larga diffusione delle c.d. “John School”, ossia progetti rieducativi riservati ai clienti, identificati come portatori sani di una condizione di degrado, foriera di criminalità diffusa, di possibili malattie sessuali, di immoralità²⁴. Alla luce di ciò, la recente proposta, pur fortemente ambiziosa e ben sviluppata, risulta incompleta e ancora lontana dalla realtà statunitense, giacchè non offre una risposta a tutte le esigenze emerse in tempi moderni.

3. Le “piaghe” della Legge Merlin. Sull'ormai evidente scostamento della normativa italiana dal contesto storico vigente

Il confronto con il quadro comparato consolida la necessità di giungere ad un superamento della disciplina nazionale in materia di prostituzione, a fronte della mancata proposizione di alternative da parte del nostro legislatore, che si mostra ignaro del rilievo della tematica tanto per il suo impatto sociale, quanto per la sua incidenza sui principi fondamentali dell'ordinamento e sui principi connotati da una vocazione transnazionale. Innanzitutto, appare doveroso sottolineare come la legge

²² A.L. JACKSON, *The History of Prostitution Reform in the United States*, University of Tennessee Honors Thesis Projects, 2004.

²³ F. PARISI, *Prostituzione: Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, cit., pp. 189-190. Sul punto, si veda anche A.M. LUCAS, *Race, Class, Gender, and Deviancy: The Criminalization of Prostitution*, in *Berkeley Women's Law Journal*, vol. 10, 1995, p. 47 ss.

²⁴ F. PARISI, *Prostituzione: Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, cit., pp. 189-190.

n. 75/1958²⁵ – c.d. Legge Merlin – abbia destato forti perplessità sin dalla sua entrata in vigore, divenendo così un terreno di scontro ideologico e giuridico. In realtà, la stessa approvazione finale alla Camera, avvenuta il 29 gennaio 1958, si ottiene solo a seguito di un iter parlamentare decennale, segnato da persistenti stralci, rinvii e ostruzionismi, che testimoniano la condivisione istituzionale delle resistenze attive nella società post-bellica contro la volontà di restituire alle donne legalmente prostitute nelle case di tolleranza la dignità di cittadine, liberandole dalla degradazione della schedatura, senza offrire in cambio alcuna reale forma di protezione rispetto all’assoggettamento dei tenutari²⁶. In concreto, la predetta legge capovolge la prospettiva del sistema regolamentarista previgente, fondato sul principio della libertà di scelta del meretricio e sullo sfruttamento economico della prostituzione²⁷, facendo propria l’impostazione secondo cui “il corpo di una donna non può essere oggetto di regolamentazione pubblica, perché questo offende, a un tempo, l’eguaglianza e la libertà di ciascuna, e mette a repentaglio tutte le coordinate di una convivenza civile”²⁸. Da qui ne scaturisce la chiusura delle case di tolleranza, considerate luoghi di mortificazione dell’identità e della dignità delle prostitute, e l’estensione dell’area di rilevanza penale di tutte quelle condotte connesse alla prostituzione, volte a favorirla o a trarne benefici di vario genere²⁹.

Prima di entrare nel merito delle ragioni volte a giustificare il superamento del modello abolizionista, si ritiene imprescindibile fare leva sulle esigenze avvertite in Italia intorno alla metà del Novecento. Sull’onda di uno slancio rivoluzionario, la legge del ’58 risponde ad un profondo desiderio di emancipazione sociale della figura femminile, nonché ad uno spazio di libertà irrinunciabile; come ammesso in sede parlamentare, la stessa costituisce un elemento di rottura con il passato, auspicando di contribuire ad una mutazione del costume³⁰. In tale senso, vi è chi sostiene che tale legge nasca da un’interpretazione femminile della Costituzione, spinta da una “coraggiosa, spregiudicata e intelligente rivolta contro la patente violenza diffusa ai danni delle donne nelle pratiche e nella mentalità”³¹. È indubbio che la legge del 1958 tenda a conformarsi ai principi

²⁵ Legge 20 Febbraio 1958, n. 75 (“Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui”).

²⁶ B. PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, in A. APOSTOLI. (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, 2021, p. 71.

²⁷ Per un approfondimento sul fenomeno della prostituzione in Italia prima dell’entrata in vigore della legge Merlin, tra le numerose voci, si veda G. GIBSON, *Stato e prostituzione in Italia 1860-1915*, Milano, 1995; S. BELLASSAI, *La legge del desiderio. Il progetto Merlin e l’Italia degli anni cinquanta*, Roma, 2006.

²⁸ Così, S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, in D. DANNA, S. NICCOLAI, L. TAVERNINI, G. VILLA (a cura di), *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, Milano, 2019, p. 78.

²⁹ Per un primo commento sulla suddetta riforma, in ottica penalistica, si veda F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 452 ss.

³⁰ Così, R. LOMBARDI, seduta del 28 gennaio 1958, Atti Camera II Legisl., p. 39364.

³¹ È la posizione di S. NICCOLAI, *La legge Merlin: eredità femminile da riconoscere*, in P. TORRETTA, V. VALENTI (a cura di), *Il corpo delle donne. La condizione giuridica femminile (1946-2021)*, Torino, 2021, p. 197.

abolizionisti stabiliti dalla Convenzione ONU per la repressione della tratta degli essere umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949³², resa esecutiva in Italia però dopo quasi vent'anni³³: essa si proponeva di impedire a soggetti terzi di aiutare o comunque di trarre profitto dalla prostituzione altrui, finendo per imporsi come modello dominante a livello europeo. Tale intento emerge chiaramente nel preambolo della Convenzione, ove si sancisce che “la prostituzione e il male che l’accompagna, vale a dire la tratta degli esseri umani ai fini della prostituzione, sono incompatibili con la dignità ed il valore della persona umana e mettono in pericolo il benessere dell’individuo, della famiglia e della comunità”. Non deve ritenersi una semplice casualità se la legge Merlin richiami i seguenti riferimenti costituzionali: il principio di eguaglianza, in virtù del quale “tutti hanno pari dignità sociale”, sono eguali davanti alla legge, innanzitutto “senza distinzioni di sesso” (art. 3); il diritto alla salute, che implica il divieto di trattamenti sanitari obbligatori, se non per disposizione di legge (art. 32, co. 2); il principio per cui la libertà di iniziativa economica privata “non può svolgersi in contrasto con la dignità, la libertà e la sicurezza umana” (art. 41, co. 2).

Giunti a tale punto, appare ragionevole chiedersi se i propositi perseguiti dalla legge Merlin trovino riscontro nel contesto storico vigente. Tra le tante posizioni, desta interesse quella che ritiene ormai superata l’aura di rinnovamento morale e giuridico che accompagnava la nuova legge contro il meretricio – confusa con un moralismo tradizionale sulla sessualità – per due valide ragioni, condivisibili in tale sede: da una parte, la consapevolezza che il consumismo di massa abbia generato quella “mutazione antropologica”, quella “semplificazione dell’essere” tutt’altro che avverse alla crescita di tendenze discordanti rispetto ai precedenti umanesimi socialisti o cattolico-democratici volti ad una rinascita integrale della persona; dall’altra, la presa d’atto che il rifiuto di modelli etici imposti deponga a favore del paradosso di libere scelte pur eventualmente ostili al proprio “bene”, in virtù dell’impossibilità di imporre un “bene” di natura morale ad altri, nonché una fatale accettazione dello stesso fenomeno quale scelta individuale consentita, – anche se non incentivata dall’ordinamento – e oggettivamente non debellabile³⁴. In linea di principio, oggetto di discussione è la medesima adozione del modello abolizionista, che pone le *sex workers* in una condizione di debolezza sociale, oltre ad esporle a maggiori pericoli sul piano sanitario. A partire dalla metà degli anni Ottanta, le *sex workers* – strutturate in associazioni, collettivi e sindacati – iniziano a reclamare

³² La Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui è stata Adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 317 (IV) del 2 dicembre 1949.

³³ Legge 23 settembre 1966, n. 1173 (“Adesione alla Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione adottata a New York il 21 marzo 1950 e sua esecuzione”).

³⁴ A. SERENI, *Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia*, in M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V. N. D’ASCOLA, *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. II, Roma, p. 1390.

il rispetto della loro libertà di autodeterminarsi³⁵, evocando politiche pubbliche volte ad intervenire sui concreti episodi di violenza; tali rivendicazioni sfociano nel *World Charter for Prostitutes' Rights*, messo a punto dall'*International Committee for Prostitutes' Rights* (ICPR) e presentato in occasione del primo *World Whores Congress* tenutosi ad Amsterdam il 15 febbraio 1985. Tuttavia, all'interno del pensiero femminista affiora una profonda spaccatura: al c.d. femminismo *sex work* si accosta il c.d. femminismo abolizionista che, su forte pressione di talune posizioni a carattere conservatore volte a considerare la prostituzione come una forma di degradazione e svilimento della persona, richiedono la contrazione del predetto fenomeno, poiché porterebbe ad una sopraffazione di genere³⁶. In realtà, è proprio tale aspetto che segna uno spartiacque tra l'abolizionismo e gli altri due modelli vigenti (proibizionismo e regolamentarismo): nella prima prospettiva, il meretricio non è più criminalizzato e disciplinato in quanto atto intrinsecamente immorale, bensì quale espressione di una società autoritaria e patriarcale in cui la stessa rappresenta una forma di sfruttamento della donna ad opera del cliente; in sostanza, oggetto dell'intervento normativo non è più la lotta (o il controllo) contro la mercificazione della sessualità, quanto piuttosto la tutela della persona che risulta impossibilitata a prestare validamente il proprio consenso, per motivi sociali giudicati strutturali all'attività che esercita³⁷. Chi segue tale orientamento però tende a trascurare un elemento di particolare rilievo: a distanza di un breve lasso di tempo dall'entrata in vigore della normativa abolizionista, lo spazio in cui si svolge la prostituzione diviene “uno spazio intimo, che viene riconosciuto come dimensione di esperienza di rapporti umani [...]. Uno spazio da cui il diritto si ritrae per permettere la costruzione di una sessualità scelta dalle persone, uomini e donne, che ne fanno esperienza”³⁸.

Le numerose proposte di riforma della legge Merlin, avanzate sin dagli esordi, non sembrano prendere atto di tale mutamento, pur provenendo da diversi fronti politici³⁹. A conferma di ciò si pone

³⁵ In particolare, in Italia vige il Comitato per i diritti civili delle prostitute, un'associazione *no profit* fondata nel 1982, che svolge attività culturali per orientare scelte di politiche sociali tese al miglioramento della condizione di chi si prostituisce, per suscitare un dibattito per la sensibilizzazione della società in generale volta al rispetto della dignità e dei diritti delle *sex workers*, per interventi formativi per l'empowerment delle donne prostitute e migliorarne la qualità di vita.

³⁶ F. PARISI, *Prostituzione: Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, cit., p. 30.

³⁷ M.R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.S. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto* (curato da S. Canestrari, P. Zatti), I, Milano, 2011, p. 894.

³⁸ Così, B. PEZZINI, *La questione femminile e di genere nella Costituzione: leggere la prostituzione come questione paradigmatica*, in G. BASCHERINI, G. REPETTO (a cura di), *Per una storia costituzionale italiana attraverso la letteratura*, Milano, 2022, p. 170 ss.

³⁹ Per un approfondimento sulle plurime proposte di riforma della Legge Merlin, si veda G. SERUGHETTI, *Riflessioni critiche sulle alternative politico-normative sulla prostituzione in Italia*, in G. GAROFALO GEYMONAT, G. SELMI (a cura di), *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, cit., pp. 25-48; C. ANNECCHIARICO, *La prostituzione tra regolazione giuridica e politiche di sicurezza*, in *Astrid-Online*, 26 febbraio 2009; A. CADOPPI, *Una proposta di riforma della legge Merlin*, in *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014, pp. 333-344.

proprio l'ultimo disegno di legge presentato il 22 febbraio 2022⁴⁰, che interviene sulla normativa del 1958 introducendo, oltre le ipotesi già prescritte, anche la punibilità per il soggetto/cliente atto a compiere atti sessuali in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, con chi eserciti attività di meretricio, prevedendo una diversa gradualità di sanzioni in relazione all'abitudine della condotta del soggetto agente.

4. L'approccio restrittivo della giurisprudenza costituzionale. I limiti "vistosi" della sentenza n. 141/2019

È ormai assodato che le questioni c.d. "eticamente sensibili" costituiscano una sfida cruciale per gli apparati normativi e gli strumenti interpretativi disponibili, costringendo così il giudice costituzionale a fare leva su taluni "valori" di fondo. Il persistente richiamo alla "dignità umana" nella giurisprudenza costituzionale – non sempre tradotto in un suo punto di forza – scaturisce dalla mancanza di un interlocutore affidabile, che si attribuisca l'onere di mediare tra diritti e interessi implicati fornendo alla comunità la regola⁴¹. Nella celebre sentenza n. 141/2019⁴², la Corte costituzionale prende atto della sua estraneità alla questione, limitandosi ad appoggiare la rigorosa linea legislativa del 1958. In tale senso, vi è chi tiene a ricordare che la rimessione al legislatore delle scelte politiche eticamente sensibili "è un irrinunciabile dogma della democrazia rappresentativa, per il quale non è possibile erigere il giudice a "rappresentante popolare" privo di una legittimazione che non sia semplicemente tecnico-intellettuale"⁴³. In concreto, il giudice costituzionale predilige la strada meno travagliata, al fine di mitigare l'emersione di una nuova forma di prostituzione, quella per "libera scelta" che pone in luce la figura della sex worker, identificata come "l'accompagnatrice ovvero la persona retribuita per accompagnare qualcuno e che è disponibile anche a prestazioni

⁴⁰ Ddl n. 2537, comunicato alla Presidenza il 22 febbraio 2022 ("Modifiche alla legge 20 febbraio 1958, n. 75, e altre disposizioni in materia di abolizione della prostituzione").

⁴¹ R. BIN, *Libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in M. MANETTI, M. SICLARI (a cura di), *Libertà sessuale e prostituzione in una recente sentenza della Corte Costituzionale*, Roma, 2023, pp. 101-102.

⁴² Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141. Tra le prime voci ad intervenire, A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019; M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *ibidem*, 2019; C.P. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata "protetta" dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2019; P. SCARLATTI, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in *Diritti fondamentali*, n. 1, 2020.

⁴³ Così, A. LAURO, *Opzioni etiche e scelte individuali: la criminalizzazione della prostituzione fra giudici e legislatori nell' "Europa latina"*, in A. APOSTOLI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, cit., p. 122.

sessuali, con esclusione, quindi, di quelle forme di esercizio coattivo della prostituzione ovvero necessitato da ragioni di bisogno”⁴⁴.

Sebbene non si intenda procedere ad un’analisi scrupolosa, appare doveroso riportare sinteticamente i principali argomenti dell’ordinanza di rimessione della Corte d’Appello di Bari, la quale solleva incidente di costituzionalità nell’ambito di un procedimento di estrema valenza mediatica. La prima censura riguarda la presunta violazione della libertà di autodeterminazione della persona umana in campo sessuale, diritto collocato nel catalogo aperto di cui all’art. 2 Cost., tale da racchiudere la facoltà di disporre del proprio corpo “nei termini contrattualistici dell’erogazione della prestazione sessuale contro pagamento di denaro o altra compatibile utilità”. La seconda censura concerne invece la presunta violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)⁴⁵, dal momento che l’incriminazione del favoreggiamento e del reclutamento impedirebbero alla prostituta di svolgere la propria attività in idonee condizioni di sicurezza, incolumità ed igiene; in altri termini, il remittente giunge a chiedere la piena assimilazione di tale attività alle forme imprenditoriali vigenti nel nostro ordinamento. Desti peculiare interesse la risposta concessa dalla Consulta relativamente alla prima censura: la libertà di autodeterminazione sessuale non comprende l’attività prostitutiva, escludendo un collegamento con la tutela e lo sviluppo del valore della persona di cui all’art. 2 Cost. La prostituzione “volontaria e consapevole” – nell’ottica della Corte – non è altro che una particolare forma di attività economica, connotata da un rapporto a prestazioni corrispettive inerente l’offerta della prestazione sessuale in cambio di un’utilità economica. Alla base di tale ragionamento vi è la ferma convinzione che “anche nell’attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di “vendere sesso” trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell’individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali”. Replicando allo schema argomentativo elaborato dal giudice a quo, la Corte

⁴⁴ App. Bari, III sez., ord. 6 febbraio 2018. Per un commento su tale ordinanza, si veda A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, n. 1/2018; N. MADIA, *Legge Merlin e fenomeno delle Escort: un binomio al vaglio di costituzionalità*, in *Diritti comparati*, 22 febbraio 2018.

⁴⁵ Sulla libertà di iniziativa economica privata in una prospettiva costituzionale, a titolo esemplificativo, si veda C. ESPOSITO, *I tre commi dell’art. 41*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 37 s.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 582 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; ID., *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. V, Torino, 1991, p. 373 ss.; ID., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in AIC, *Annuario 2011. Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Napoli, 2014, p. 99 ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XVII, Roma, 1989; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7 ss.; A. PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 329 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica. Lezioni*, Bari-Roma, 1995; G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. e soc.*, 2010, p. 333 ss

raccoglie l'eredità del legislatore storico, giungendo alla seguente conclusione: l'ipotetica presenza di persone gratificate dall'esercizio dell'attività prostitutiva non muta “la sostanza delle cose”⁴⁶. Con tale chiusura, la Consulta non offre una risposta esaustiva, omettendo di riportare il motivo per cui il richiamo al parametro dell'art. 2 Cost. non permette di “elevare” a diritto inviolabile la scelta volontaria e consapevole di usare la propria libertà sessuale prostituendosi. In tale senso, un implicita risposta potrebbe ricavarsi nel puntuale passaggio che sconfessa l'assunto del giudice rimettente, per il quale la prostituzione volontaria rappresenterebbe una “modalità autoaffermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità”⁴⁷. Tuttavia, ciò sminuisce il concetto-chiave di “autodeterminazione individuale”; a tale proposito, si tiene a ricordare che la libertà di scelta delle donne è raramente difesa in senso assoluto, nonché solo rispetto ad alcuni specifici frangenti, di cui il meretricio costituisce un ottimo esempio, che rappresentano per altri i segni evidenti dell'oppressione patriarcale⁴⁸. Come osservato in dottrina “l'impressione è che la Corte costituzionale, in questa decisione, abbia agito come l'autore di quella *dissenting opinion*, ragionando, sì, di diritto, ma tralasciando il peso del ‘fatto’”⁴⁹, nonché sottovalutando l'incremento esponenziale della prostituzione volontaria e consapevole nel contesto nazionale. Partendo proprio dalla diffusa convinzione che il meretricio costituisca un “male necessario”⁵⁰, la Corte avrebbe dovuto intervenire con maggiore fermezza sulla questione, al fine di individuarne le principali cause e scongiurare una possibile escalation del fenomeno. È noto che un numero sempre più crescente di sex worker adottò strategie di autopromozione sul web; lo scenario attuale induce a collocare tale categoria di prostitute – in una vera e propria scala “gerarchica” predisposta sulla base del disvalore dei fatti di cui le stesse sono bene o male protagoniste – all'estremità “inferiore”⁵¹, giacché chi esercita questo mestiere “non corrisponde a nessuno dei tratti tipici di vulnerabilità e di costrizione che caratterizzano da sempre la prostituzione”⁵². Al contempo, ammettere l'esistenza di tale forma di prostituzione non sollecita “la necessità di richiedere un nuovo vaglio di costituzionalità della legge

⁴⁶ Per F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la “sostanza delle cose”*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, p. 25, la “sostanza delle cose” è “la realtà di un mondo caratterizzato da soprusi e da sfruttamento”.

⁴⁷ Sulla stessa linea, C.P. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata “protetta” dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, cit., p. 184.

⁴⁸ M. MARRAS, *Distopia femminista. Analisi di un genere*, Milano, 2023, p. 92.

⁴⁹ Così, D. BIFULCO, *Del reclutare escort per un premier: chi offende cosa? Riflessioni sul rapporto fra diritto e fatto in un affare giudiziario*, in *Etica & Politica*, XXIII/1, 2021, p. 447.

⁵⁰ Tale espressione è imputabile a S. AGOSTINO DI IPPONA, *De Ordine*, libr. II (4, 12).

⁵¹ Come ritenuto da A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2018, p. 157.

⁵² Così, R. BIN, *Libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, cit., p. 90.

Merlin”, in vista del “capovolgimento della prospettiva valutativa del concetto di libertà all’esercizio prostitutivo che il fenomeno delle escort comporta”. Vi è chi ben sottolinea che un intervento concreto sulla legge del 1958, pur volto alla depenalizzazione delle singolari condotte agevolatrici della prostituzione volontaria e consapevole, andrebbe ad incidere sull’individuazione delle forme di induzione, agevolazione e sfruttamento della prostituzione coattiva, rendendo ardua ogni azione penale finalizzata al loro contrasto; parimenti, risulterebbe complessa la perseguibilità di quelle condotte parallele al c.d. meretricio necessitato, non trascurando altresì l’introduzione di una presunzione di non vulnerabilità in virtù della quale una sex worker non potrebbe mai dirsi influenzata o influenzabile, anche solo da fattori ambientali o culturali o sociali o familiari⁵³. Senza esimere la Corte costituzionale da responsabilità, spetta in primis legislatore raccogliere le nuove istanze sociali, nell’ottica di una progressione del diritto.

4.1. L’ascesa della dignità umana

In tempi risalenti, il filosofo tedesco Immanuel Kant, pur ricollegandosi al solo genere maschile, ammetteva che “nel regno dei fini tutto ha un prezzo o una dignità. Ciò che ha un prezzo può essere sostituito con qualcos’altro come equivalente. Ciò che invece non ha un prezzo, e dunque non ammette alcun equivalente, ha una dignità”, ed è l’individuo “considerato come persona”⁵⁴. Su tale base poggia la risoluta risposta del giudice costituzionale in relazione ad uno dei quesiti più interessanti sollevati dall’ordinanza di rimessione: la prostituzione libera e consapevole, configurata soltanto come “una particolare forma di attività economica” (art. 41, co. 2, Cost.), entra in contrasto con la dignità umana (art. 3 Cost)⁵⁵. “È il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, un’attività

⁵³ C.P. GUARINI, *La Corte costituzionale ancora in tema di prostituzione. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 278 del 2019*, in *Diritto fondamentali*, n. 2, 2020, pp. 185-186.

⁵⁴ Così, I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma-Bari, 1997, p. 103 ss.

⁵⁵ Sul concetto di “dignità umana” in un’ottica costituzionale, tra gli innumerevoli, si veda A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, p. 129 ss.; G. FERRARA, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. II, Milano, 1974, p. 1089 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Trecc.*, XI, Roma, 1989; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, p. 47; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 343 ss; R. BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 63 ss.; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un’introduzione*, Roma, 2007; F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008 P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli 2008, p. 79 ss; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010, p. 99 ss; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo (a proposito della disciplina sul trattamento del malato mentale)*, in *Diritti fondamentali*, n. 2, 2012.

che degrada e svisciva l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente". In questo passaggio della motivazione della sentenza n. 141/2019 affiora la declinazione della dignità umana in senso oggettivo; una scelta che non rimane esente da contestazioni e dubbi. Come noto, il bene della dignità umana inteso in un'accezione oggettiva "maschera una riedizione sotto mentite spoglie di esigenze di tutela tradizionalmente espresse dai meno seducenti, anche se più 'sinceri', beni del buon costume o dell'ordine pubblico"⁵⁶, minando la libera scelta di un soggetto capace di autodeterminarsi⁵⁷. In realtà, la Corte costituzionale risulta consapevole dei limiti di una declinazione della dignità umana in senso oggettivo⁵⁸. A tale riguardo, si è chi tiene a sottolineare come la Corte non si preoccupi di compiere un'accurata riflessione "onnicomprensiva" di tale concetto, circoscrivendola all'interno della "cornice" dell'art. 41 Cost., ossia riferendosi all'individuazione del contenuto del limite alla libertà di iniziativa economica posto dalla tutela della dignità umana⁵⁹. Occorre considerare altresì che nella stessa giurisprudenza costituzionale risulta complicato restare coerenti circa il valore da riconoscere ora alla dignità in senso oggettivo ora a quella in senso soggettivo, come deducibile nelle varie pronunce inerenti il fine vita⁶⁰. Nella sentenza n. 141/2019, il Giudice delle Leggi attua una scelta di campo rispetto al fenomeno, reputandolo negativo tanto per la persona che si prostituisce quanto per la società, giungendo ad una piena penalizzazione dei comportamenti paralleli, in nome della dignità umana di tutti coloro che solo apparentemente possono ritenersi liberi⁶¹.

Tuttavia, l'effettivo aspetto problematico della pronuncia in commento risiede – ad avviso di chi scrive – nel chiedersi se la dignità umana, nella fattispecie della prostituzione volontaria e consapevole, sia o meno un bene disponibile, e dunque irrinunciabile. La questione è complessa; la stessa dottrina si presenta eterogenea, non mancando comunque di sottolineare la necessità di prendere posizione: solo una volta assodato ciò si potrà rispondere all'interrogativo se la prostituzione

⁵⁶ Così, A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *D&Q*, n. 11, 2011, p. 933.

⁵⁷ In tale senso, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Dignité de la personne*, in *Iuris Classeur Libertés*, fasc. 540, 2007, p. 5, secondo il quale "l'individuazione del bene protetto nella dignità oggettiva rappresenterebbe un tentativo per eludere le conseguenze del rilevato spostamento dell'asse di tutela dalla moralità pubblica al bene privatistico della libertà di autodeterminazione".

⁵⁸ P. SCARLATTI, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, cit., p. 40.

⁵⁹ In particolare, F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, cit., p. 28, aggiunge che "il richiamo (da parte della Corte) al ruolo del legislatore implica la necessità che il limite del rispetto della dignità umana da parte della libertà di iniziativa economica debba trovare esplicitazione in una norma di legge chiamata dunque a dare concretezza alla "tutela della dignità umana". Emerge così un ulteriore profilo di riflessione [...] che riguarda il rapporto intercorrente fra l'art. 2 Cost. e l'art. 41 Cost."

⁶⁰ Sul punto, si veda A. SERENI, *Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia*, cit., p. 1408.

⁶¹ L. VIOLINI, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte Costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in *Diritti fondamentali*, n. 1, 2021, p. 454.

sia semplicemente tollerata a livello giuridico o se essa, al contrario, sia ricollegabile ad una libertà garantita dall'art. 2 Cost., ovvero al diritto di esprimere la propria sessualità⁶². Ritornando alla sentenza costituzionale, chi scrive ritiene che la Corte non avrebbe potuto muoversi diversamente, al punto di deludere le aspettative: il principio della dignità umana, che trova applicazione nel quadro delle relazioni sociali, impone il riconoscimento del divieto di deumanizzazione non solo tra gli individui, ma anche rispetto ai poteri pubblici che devono ripristinare la dignità anche ove l'individuo dimostri di non rispettare sé stesso⁶³. Pertanto, qualificare la dignità come un bene disponibile avrebbe significato trasmettere un messaggio negativo sul piano culturale.

5. “Il mestiere più antico del mondo” tra buon costume, morale pubblica e laicità

Giunti a tale punto, appare indispensabile interrogarsi sui principali fattori che tendono ad ostacolare il riconoscimento dell'attività prostitutiva, anche nella sua forma libera e consapevole. Il tema della prostituzione – tanto dibattuto pubblico nazionale quanto nelle sedi istituzionali – non sembra trovare terreno fertile, data la difficoltà di reperire una chiave di lettura rispetto ad un fenomeno “perdurante, in termini fortemente morali, delle coscienze individuali e pubbliche”⁶⁴. Come già visto, l'obiettivo-chiave del regime abolizionistico adottato dalla legge del 1958 risiede nel tutelare la figura della prostituta, quale “vittima” del fenomeno. In tale senso, affrontare la predetta questione in una prospettiva di tutela della persona umana significa partire dal fermo presupposto che “il tentativo di appiattare la prostituzione a solo fenomeno criminale è determinato da una lettura parziale e sicuramente funzionale all'interpretazione moralizzante del fenomeno”⁶⁵. In realtà, nel 2004, la Suprema Corte tiene a chiarire che l'interesse protetto dalla legge abolizionista non risiede tanto nel buon costume e nella moralità pubblica, quanto invece nella dignità e libertà della persona⁶⁶. Tuttavia, le criticità collegate alla sessualità umana ed il mancato riconoscimento della prostituzione come lavoro autonomo inducono a smentire la giurisprudenza di legittimità⁶⁷.

⁶² A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, cit., p. 137.

⁶³ A. APOSTOLI, “*Questioni di genere*” tra Costituzione e corpo delle donne, in ID. (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, cit., pp. 6-7.

⁶⁴ Così, S. SCODANIBBIO, *La prostituzione femminile*, in AA.VV., *Porneia. Voci e sguardi sulle prostituzioni*, Padova, 2003, p. 67.

⁶⁵ Così, S. SCODANIBBIO, *La prostituzione femminile*, cit., 58.

⁶⁶ Cass. pen., sez. III, 8 giugno 2004, n. 35776.

⁶⁷ Sul punto, si veda G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori, e diritto penale. The Moral Limits of The Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, p. 208 ss. In un'ottica diversa, si veda C. RINALDI, *Sesso, se' e società. Per una sociologia delle sessualità*, Milano, 2016.

La distinzione tra prostituzione coattiva (o necessitata) e prostituzione libera assume un rilievo centrale ai fini che interessano, dal momento che l'inclinazione velatamente paternalistica della Legge Merlin attiene esclusivamente alla prima forma di meretricio, essendo la seconda invece sconosciuta al legislatore storico. Pertanto, occorre chiedersi se l'esercizio della prostituzione – anche in assenza di evidenti influenze – possa ritenersi contrario con la presunta morale comune del Paese, nonché se sia giustificato il ricorso alla sanzione penale da parte dello Stato relativamente ad un “danno” avvertito nella stessa società. Finendo per attirarsi un ventaglio di critiche serrate⁶⁸, il giudice è intervenuto – solo implicitamente – sulla definizione del bene giuridico tutelato dalle norme penali della normativa repressiva, insito nella dignità umana. A tale riguardo, una corrente di pensiero ammette che, laddove nell'atto del prostituirsi fosse ravvisabile ancora una forma di corrompimento dei costumi, si dovrebbe ricorrere ad una riproposizione della “vecchia” tutela penale della morale pubblica dominante; al contempo, ciò non significa escludere l'esistenza di una ristretta parte della società civile che confida nella funzione del diritto penale come mezzo di conservazione dei valori ormai vacillanti, come argine all'avvento di una società fragile, priva di solidi principi⁶⁹. Ai tempi dello Stato regolamentarista si erano intrecciate e sovrapposte altre e diverse ispirazioni, orientate da una tutela paternalistica; uno scenario inevitabile se si tiene conto che nelle sedi istituzionali la presenza femminile rappresentava una novità difficile da accettare, segnata da una cultura patriarcale che stentava a riconoscere l'autonomia femminile⁷⁰. Al contrario, oggi si è ben consapevoli che ciascuno possiede una sfera privata di cui “è dominus e che deve restare tale se non si vuole che lo Stato torni ad essere “etico” imponendo al corpo sociale propri valori o, più semplicemente, i valori della maggioranza. Tra un'etica pubblica uniforme e imposta per legge e una sfera privata interamente libera ci può tuttavia essere uno spazio anche minimo nell'ambito del quale far emergere elementi valutativi su taluni comportamenti pur liberamente scelti”⁷¹. Il rischio è quello di evocare la dignità

⁶⁸ In particolare, A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, cit., parla di “truffa delle etichette”. In senso critico, si veda anche G. M. LOCATI, *Libere di prostituirsi? Commento alla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2019.

⁶⁹ A. SERENI, *Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia*, cit., p. 1404. Sul punto, A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in *Archivio Penale*, n. 1, 2019, p. 38, osserva che “il paternalismo morale è – fra i vari paternalismi giuridici – quello che più coralmemente viene condannato dagli studiosi. Invero, ammettendo un intervento paternalistico di tipo morale nell'ambito del diritto penale, si finirebbe a tutelare col più terribile dei diritti la pura morale, cosa che confliggerebbe addirittura con il principio di laicità dello Stato e con altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Si punirebbe il “modo di essere” delle persone, e nel caso di specie addirittura un esercizio di una libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Simili rilievi si ritrovano, con specifico riferimento alla prostituzione”.

⁷⁰ B. PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, cit., pp. 72-73.

⁷¹ Così, L. VIOLINI, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte Costituzionale (sent. 141 del 2019)*, cit., p. 448.

umana per negare l'autonomia di scelta di chi si prostituisce senza costrizioni, appoggiandosi "su luoghi comuni più che su verità evidenti"⁷². Il Giudice delle Leggi è tenuto a prestare maggiore attenzione, senza sostituirsi al "legislatore, che in un sistema democratico-rappresentativo dovrebbe essere la prima "antenna" sensibile"⁷³ a recepire i mutamenti della coscienza sociale.

Oltre ad essere ispirata alla tutela della moralità pubblica e del buon costume, la normativa del 1958 sembra risentire dell'influenza cattolica; come osservato in dottrina, nelle intenzioni del legislatore "si voleva moralizzare la società, purgandola di una piaga sociale ritenuta insopportabile e disgustosa, nonché contraria ai principi della religione cattolica"⁷⁴. Gli archivi di Stato però smentiscono quanto riportato, rivelando l'atteggiamento ambiguo assunto dal fronte cattolico nella prima metà del Novecento: la prostituzione rappresentava una "piaga" prettamente sociale, come deducibile dalle varie richieste avanzate dal clero ai politici democristiani, richieste che rimasero sempre "lettera morta"⁷⁵; i ministri del culto si limitavano a condannare la presenza delle case di tolleranza accanto alle proprie parrocchie, non soffermandosi sul problema della liceità dell'istituto⁷⁶. Si ritiene emblematico – a giudizio chi scrive – che ciò avvenga proprio in un clima di rinnovamento per la religione cattolica, favorito dal processo di cambiamento epocale messo in atto sull'importanza dei diritti fondamentali della persona umana verso la fine della seconda guerra mondiale. Nel 1949, il Consiglio Ecumenico delle Chiese istituiva una commissione avente il compito di studiare il ruolo della donna nella Chiesa; in concomitanza, il versante cattolico – sotto la guida del magistero di Giovanni XXIII – avviava un processo di riflessione e di impegno culturale, che trovava nei documenti del Concilio Vaticano II il momento più alto di riflessione e di spinta al cambiamento⁷⁷. Occorre considerare che il magistero cattolico risultava ancora condizionato dal pensiero cristiano di Sant'Agostino. Partendo dalla convinzione che in una società preordinata al conseguimento del bene anche il male poteva assumere connotati positivi, quest'ultimo qualificava il meretricio come un "male necessario", riconoscendo alle meretrici la funzione sociale di distrarre la libido maschile dalle

⁷² Così, R. BIN, *Libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, cit., p. 95.

⁷³ Così, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 13.

⁷⁴ Così, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Sub-art. 2*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, III ediz., 2002, p. 504.

⁷⁵ Un'eccezione è rappresentata da M. JERVOLINO, *La regolamentazione della prostituzione. Aspetto politico-legislativo*, in *Cronache sociali*, n. 23-24, 31 dicembre 1948, pp. 4-8.

⁷⁶ Archivio di Stato di Padova, Prefettura, Gabinetto, b. 627, Cat. XV/1, "Affari di P.S. Varie", 1945-1948, f. xv/1 "Riservato", Merlin al prefetto Manno, 17-6-1946.

⁷⁷ Sul punto, G. DAMMACCO, *La condizione della donna nel diritto delle religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2007, pp. 10-11, tiene a sottolineare come il Concilio Vaticano II e i pontefici successivi (Paolo VI, Giovanni Paolo I, e soprattutto Giovanni Paolo II) abbiano contribuito fortemente a spingere il cattolicesimo verso la riscoperta della autenticità del messaggio evangelico, cercando di liberarlo dalle sovrastrutture culturali, che lo hanno incrostato nel tempo, e che sono anche alla base della questione femminile".

donne rispettabili, in un'ottica di necessaria stabilità del vincolo matrimoniale, a beneficio della comunità⁷⁸. È solo nel 1963 che la Chiesa cattolica romana adotta una posizione di estrema intolleranza, collocando la prostituzione ed il mercato delle donne tra quelle situazioni che offendono la dignità dell'uomo e pertanto suscitano profonda vergogna (“mentre guastano la civiltà umana, ancor più inquinano coloro che così si comportano, che non coloro che le subiscono”)⁷⁹.

Resta da chiedersi se la disciplina entri in contrasto con il principio di laicità⁸⁰. In primis, preme evidenziare che quello della laicità non è solo un “carattere” del diritto penale, ma anche (e soprattutto) un “principio supremo dell'ordinamento costituzionale”⁸¹, da intendersi “non solo come distanza dal confessionismo ma anche come rispetto degli stili di vita non confacenti con la morale apprezzata dai più o con la stessa “morale ufficiale” dello Stato”⁸². Il predetto problema è stato sollevato proprio nel contesto della richiamata sentenza n. 141/2019 in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione. È legittimo interrogarsi sulla ragione per cui dovrebbe considerarsi illecita una condotta di aiuto, o di collaborazione, rivolta nei confronti di un terzo che esercita la propria libertà sessuale⁸³, considerando che il nostro ordinamento non pone limiti alla possibilità di disporre liberamente del proprio corpo nella sfera sessuale, salvo che tale condotta limiti l'altrui libertà sessuale. A tale riguardo, la dottrina è piuttosto eterogenea. Vi è chi ritiene che la sentenza non rechi alcun *vulnus* al principio di laicità; la Consulta sarebbe mossa unicamente dalla volontà di fare i conti con “la realtà di una prostituzione maschile e femminile che nel nostro Paese, come ovunque nel mondo, è popolata di persone fragili, vulnerabili, in gran parte straniere e senza permesso di

⁷⁸ Aug. De nupt, 2.20.35; Aug. De bono coniug. 11.12; Aug. De ordine 2.4.12.

⁷⁹ CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, Costituzione, Gaudium et spes, II, 27.

⁸⁰ Per una lettura “laica” della ratio ispiratrice e dei contenuti della legge Merlin S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, in D. DANNA, S. NICCOLAI, L. TAVERNINI, G. VILLA, *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, Milano, 2019, p. 114 ss.

⁸¹ Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203. Sul tema, la dottrina è fiorente. A titolo esemplificativo, si veda S. DOMIANELLO, *Sulla laicità nella Costituzione*, Milano 1999; S. PRISCO, *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*, in *Costituzionalismo.it*, 2007; A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, in AA.VV., *Laicità e diritto* (a cura di S. Canestrari), Bologna, 2007; S. SICCARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2017, pp. 501-570; P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *ibidem*, n. 3, 2011, pp. 761-778; N. COLAIANNI, *Trent'anni di laicità (Rileggendo la sentenza n. 203 del 1989 e la successiva giurisprudenza costituzionale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21, 2020.

⁸² Così, A. CADOPPI, *Il “bicchiere mezzo pieno”*. Un tentativo di lettura costruttiva delle Sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione, in *Archivio Penale*, n. 3, 2020, p. 2. In tale prospettiva, A. MANNA, A. DE LIA, *Convinzioni etico-religiose e principio di laicità*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 2019, osservano che il principio di laicità “non può non comportare l'esistenza di una pluralità, anche antitetica, di “concezioni del mondo, che, proprio in rapporto all'impianto costituzionale, dovrebbero essere “tolerate” se non addirittura alimentate, dovendosi rifuggire da gerarchizzazioni fondate su interpretazioni che, specie in ambiti controversi, ambiscano ad identificare il ... “sano sentimento” del Popolo Italiano”.

⁸³ Si ricorda che il principio di laicità è collegato al principio di offensività, ove 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.

soggiorno, spesso minorenni; di persone, comunque, che non compiono in modo libero e responsabile le proprie scelte”⁸⁴. La Corte costituzionale giunge a tale conclusione facendo leva sulla necessità di proteggere la persona umana, in nome della dignità declinata in senso oggettivo, senza rendersi conto però che ciò “può sostanziarsi nella trasfigurazione di legittime, ma inoffensive visioni ideologiche”⁸⁵. Chi scrive ritiene che il giudice costituzionale – anche evitando accuse di “paternalismo morale” – avrebbe dovuto puntare sul bene giuridico della libertà sessuale, mettendo da parte l’incognita della “dignità oggettiva”⁸⁶.

6. Conclusioni

Sono trascorsi più di settant’anni dall’entrata in vigore della legge n. 78/1958, con la quale il nostro legislatore – volto ad innescare un mutamento culturale – si è posto l’obiettivo di colpire i terzi propensi a trarre benefici dall’esercizio della prostituzione, facendo leva sulla figura della prostituta quale vittima che implica protezione, giacché priva della piena capacità di scelta. Nel corso del tempo, tale disciplina è stata oggetto di discussione, sia per l’evidente difficoltà di definire i contorni delle condotte criminalizzate, sia per l’insorgenza di numerose forme di meretricio che inducono ad abbandonare l’inquadramento del fenomeno in senso unitario. Sebbene possa trovarsi in una condizione psico-fisica critica, la persona che decide in maniera volontaria e consapevole di concedere prestazioni sessuali a pagamento non richiede protezione, in quanto l’attività prostitutiva è svolta in assoluta autonomia, anche in presenza e con l’ausilio di un terzo. A tale riguardo, sembra sfuggire la distinzione cruciale tra favoreggiamento della prostituzione e agevolazione della persona che la esercita: l’aiuto alla prostituzione si esaurisce nell’intermediazione tra la prostituta ed i clienti, ossia nell’attività volta in modo specifico, univoco ed esclusivo a mettere in contatto chi concede la prestazione e chi ne usufruisce⁸⁷. Il terzo, dunque, riveste il ruolo di “mediatore”, il cui intento non è quello di recare un danno, certamente non alla persona che si prostituisce. Si tratta di uno dei diversi aspetti che inducono a ritenere ormai superata la legge n. 75/1958, non essendo in grado di cogliere i plurimi “volti” del fenomeno della prostituzione, che richiedono necessariamente un trattamento

⁸⁴ Così, F. VIGANÒ, *Il principio di laicità e le recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione*, in *Sistema Penale*, 2022, pp. 18-19. In particolare, egli tiene a ricordare che la prostituzione rientra tra quelle situazioni delle quali “è necessario che lo Stato si faccia carico venendo incontro ai bisogni reali delle persone che vi si trovino, anziché semplicemente attraverso il riconoscimento [...] della loro libertà di prostituirsi”.

⁸⁵ Così, F. GIUNTA, *I beni della persona penalmente tutelati*, in *Criminalia*, 2018, p. 18.

⁸⁶ Su tale scia, A. CADOPPI, *Il “bicchiere mezzo pieno”*. *Un tentativo di lettura costruttiva delle sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 13; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Archivio Penale*, n. 3, 2013, p. 11.

⁸⁷ F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *Giust. pen.*, n. 7, 2013, p. 479.

differenziato. Alla stasi legislativa si accompagna l'incapacità della giurisprudenza costituzionale di intervenire sui vistosi difetti della normativa vigente; per converso, si privilegia l'approccio moralistico, chiamando in causa la "dignità umana" per giustificare "odiose repressioni penali di libertà individuali, eludendo ulteriori più puntuali ma anche più complicate argomentazioni a sostegno di simili limitazioni"⁸⁸; ciò non è accettabile in un ordinamento rispettoso dei diritti di libertà dei singoli, tra i quali rientra il diritto di disporre liberamente del proprio corpo per scopi sessuali.

Dallo scenario riportato affiora chiaramente la distanza ideologica con la realtà neozelandese, ove le medesime sex workers reclamano il rispetto della loro libertà di autodeterminazione, e dunque il diritto di fare parte della cittadinanza attiva del Paese. Quella entrata in vigore nel 2003 è una riforma di stampo progressista, specialmente nel punto in cui attribuisce rilievo alle procedure di c.d. "riduzione del danno": si pone l'accento sulla necessità di contenere le conseguenze negative che la vendita di prestazioni sessuali può comportare, evitando di ricadere nella "violenza immaginaria" della prostituzione, ossia nel pregiudizio stereotipato e nelle semplificazioni mistificatorie secondo cui l'oppressione sarebbe intrinseca in tale attività⁸⁹.

Con riguardo al contesto italiano, quel che desta forte timore – a parere di chi scrive – è la volontà di lasciare ai giudici comuni il compito di interpretare i valori da proteggere a fronte dei cambiamenti sociali. Se è vero che il nostro legislatore ha dimostrato di non essere un interlocutore credibile, è altrettanto vero che allo stesso spetta sempre farsi interprete degli interessi della collettività⁹⁰. Occorre poi considerare che la predetta tematica si presenta complessa non solo in ordine alla distinzione storica tra prostituzione coattiva e prostituzione libera, ma anche in relazione al riconoscimento degli operatori che prestano assistenza sessuale alle persone affette da disabilità e che rivendicano da tempo la definitiva separazione sul piano professionale⁹¹.

In conclusione, è oggi avvertita la necessità di "rifuggire da schemi chiusi e norme eccessivamente e vanamente analitiche [...] (tale per cui) si tende a creare un diritto più aderente a una realtà in rapida trasformazione". In tale ottica, la comparazione gioca un ruolo-chiave, in ragione della marcata divaricazione delle soluzioni maturate nel corso del tempo⁹², una divaricazione che impone agli operatori del diritto una profonda riflessione.

⁸⁸ Così, A. CADOPPI, *Prospettive di riforma delle norme in tema di prostituzione*, in <https://www.aipdp.it/>.

⁸⁹ F. PARISI, *Prostituzione: Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, cit., p. 29.

⁹⁰ M. PICCHI, *Una nuova pronuncia sulle condotte criminali parallele alla prostituzione. (Brevi osservazioni sulla sentenza n. 278/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2020, p. 371

⁹¹ Per un approfondimento sul tema, si veda M.C. REALE, *Disabilità e diritti fondamentali in ottica costituzionale: accessibilità e assistenza sessuale come nuove possibili frontiere*, in *Gruppo di Pisa*, 2018; B. CASALINI, *Disabilità, immaginazione e cittadinanza sessuale*, in *Etica & Politica*, vol. XV, n. 2, 2013, pp. 301-320; L. LEO, "Animae duae, animus unus". *Note sul diritto alla sessualità delle persone disabili*, in *AmbienteDiritto*, n. 2, 2023.

⁹² Di tale avviso è anche P. PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, cit., p. 779.

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN PROSPETTIVA GIURIDICA: UNA RISORSA O UN NOCUMENTO PER LA GIUSTIZIA?

Chiara Piccinni e Luca Bianco*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Nozione e applicazioni dell'intelligenza artificiale (a cura di Chiara Piccinni). – 3. Nascita e sviluppo della disciplina (a cura di Chiara Piccinni). – 4. Fonti del diritto: gli strumenti di soft law (a cura di Luca Bianco). – 5. La giurisprudenza (a cura di Luca Bianco). – 6. Gli interrogativi dottrinali (a cura di Luca Bianco). – 7. Rapporto con le varie branche del diritto (a cura di Chiara Piccinni). – 7.1. IA e diritto pubblico. – 7.2. IA e diritto civile. – 7.3. IA e diritto penale. – 7.4. IA e diritto amministrativo e contabile. – 8. IA e processo: la figura del robot togato (a cura di Chiara Piccinni) – 9. Aspetto pratico: ChatGPT e le sue allucinazioni (a cura di Luca Bianco). – 10. Conclusioni. – 11. Bibliografia.

1. Premessa

Il presente elaborato si prefigura lo scopo di approfondire lo studio dei moderni sistemi di intelligenza artificiale e, principalmente, di vagliare l'impatto che l'automazione può avere sul diritto, anche in punto di vantaggi e svantaggi derivanti per il sistema.

Il tema è rilevante ed estremamente attuale, tenuto conto della trasformazione della società – da società dell'informazione in quella dell'algoritmo – a causa dell'ingresso massivo della tecnologia nei settori del sapere più disparati.

Molteplici sono le inedite opportunità che conseguono i cittadini, le imprese e le pubbliche amministrazioni dalla proliferazione delle nuove tecnologie su larga scala. Tuttavia, altrettanto numerosi sono i rischi che derivano da un uso non oculato ed inappropriato delle cd. macchine "intelligenti", le quali, se non correttamente "governate", possono condurre ad una compromissione dei diritti umani e delle libertà fondamentali dei loro utilizzatori.

Al fine di ridurre le "esternalità negative" nell'uso dell'intelligenza artificiale, si sono dunque resi necessari alcuni interventi regolatori da parte della soft law e della hard law, nonché in campo giurisprudenziale e dottrinale.

Il presente articolo, dopo aver offerto una definizione dell'intelligenza artificiale e aver ripercorso, se pur nelle sue tappe fondamentali, lo sviluppo della disciplina, dà atto:

- dei principali interventi normativi in materia di tecnologia volti a rispondere alle esigenze di tutela individuali e collettive, nel rispetto di una dimensione antropocentrica;

- delle più importanti riflessioni di dottrina e giurisprudenza sulla tematica;
- delle maggiori interconnessioni del fenomeno dell'intelligenza artificiale con le varie branche del diritto (e, in particolare, con il diritto pubblico, con il diritto civile, con il diritto penale e con il diritto amministrativo e contabile);
- dell'influenza dei relativi sistemi sul processo, in un'ottica di analisi delle problematiche e di riflessione, improntata anche a comprendere se “abdicare al ragionamento a favore di un robot togato possa costituire o meno un bene per la giustizia e per i suoi attori e destinatari”.

Il tutto allo scopo di approcciarsi all'idea di un uso pervasivo e incondizionato della tecnologia nel campo anche giuridico con delicatezza e ragionevolezza. Occorre, infatti, avere contezza dell'importanza della realizzazione di un “trade off” in materia, rectius della necessità – anche in una prospettiva futura – di riadattare i paradigmi tradizionali in virtù di una maggiore efficienza delle attività lavorative umane mediante una selezione delle forme di intelligenza artificiale più “virtuose” in funzione di un minor livello di rischio per l'individuo e nel rispetto dei principi costituzionali.

2. Nozione e applicazioni dell'intelligenza artificiale

L'intelligenza artificiale (abbreviata in “IA” – sigla a cui si farà spesso riferimento nel corso del documento – o “AI” dall'acronimo inglese “Artificial Intelligence”) rappresenta indubbiamente uno dei settori più innovativi della scienza, dell'ingegneria e dell'informatica.

Non esiste una definizione univoca e indiscussa del termine in quanto essa varia a seconda del campo di applicazione precipuo. Si registrano, infatti, da più parti e in diversi ambiti plurimi tentativi definatori.

Tuttavia, in termini generali, l'intelligenza artificiale può essere definita come la capacità di un sistema tecnologico di fornire prestazioni assimilabili a quelle dell'intelligenza umana ovvero l'abilità di pensare e svolgere compiti o attività tipiche della mente e del comportamento della creatura pensante. Ciò grazie all'utilizzo contemporaneo e automatizzato di dati, algoritmi – i quali si basano sulla concatenazione di regole (se X, allora Y), metodi statistici e reti – e computing power.

A livello europeo, su impulso dello stesso Parlamento europeo, si è pervenuti ad una nozione di intelligenza artificiale alquanto ampia di modo da ricomprendere tutti quei “sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi” (Comunicazione Artificial Intelligence for Europe del 2018 della Commissione Europea).

Partendo da tale nozione, un gruppo indipendente composto da 52 esperti, con funzioni di consulenza per la Commissione Europea, si è poi espresso facendo riferimento a tutti: “[quei] sistemi software (ed eventualmente hardware) progettati dall’uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale, percependo il proprio ambiente attraverso l’acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulla conoscenza o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l’obiettivo”.

Infine, il Parlamento Europeo nel 2023, ovvero in occasione dell’adozione dell’AI Act – di cui meglio si dirà oltre – ha definito l’IA come “un sistema basato su una macchina che è progettata per operare con diversi livelli di autonomia e che può, per obiettivi espliciti o impliciti, generare output come previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano ambienti fisici o virtuali”.

L’ampiezza della nozione, unitamente al livello di sofisticazione della disciplina, in costante evoluzione, hanno determinato l’accostamento pervasivo del termine ad una innumerevole varietà di campi, domestici, industriali e aziendali.

Del resto, le soluzioni adottabili di *Artificial Intelligence* in base alla finalità di utilizzo sono diversificate. Si spazia, infatti, dai cd. *Chatbot* o *Virtual Assistants* (che elaborano conversazioni umane, scritte o parlate) alle tecniche di NLP (id est, di elaborazione del linguaggio naturale), alla Computer Vision (volta a creare un modello approssimato del mondo reale partendo da immagini bidimensionali), alla IDP (per l’estrazione dei dati), alla *Recommendation System* (che crea delle raccomandazioni personalizzate in base all’utente), alle Soluzioni Fisiche (tra cui, le tecniche robotiche o i veicoli automatizzati).

In particolare, costituisce ormai fatto notorio l’utilizzo della tecnologia non solo nelle attività umane di quotidiano ovvero “ordinario” svolgimento – a titolo esemplificativo, attività di comunicazione (e, dunque, telefonia, messagistica, *social network*), attività ludiche e ricreative (cinema, videogiochi, fotografia), attività domestiche (elettrodomestici) – ma anche l’impiego della stessa in attività professionali intrinsecamente rischiose e richiedenti alti requisiti di competenza tecnica per i loro esercenti.

Paradigmatico, a tal riguardo, è lo sviluppo di meccanismi umanoidi nel campo medico, in cui oggi ci si trova di fronte a macchine robotiche che si sostituiscono materialmente alla mano del chirurgo, realizzando interventi medici complessi; nel campo della difesa, dove si assiste, per esempio, all’utilizzo di robot-killer, destinati ad operare in luogo dei soldati in missioni particolarmente perigliose; nel settore dei trasporti, nel quale si sono sviluppati treni metropolitani a

guida automatizzata; o, ancora, nel settore finanziario e assicurativo, per via dell'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito dell'assistenza ai clienti post vendita.

Tra i numerosi ambiti in cui gli algoritmi “intelligenti” vengono utilizzati si annovera poi anche quello della sicurezza pubblica, la cui minaccia principale è rappresentata dal terrorismo internazionale. In particolar modo, gli algoritmi vengono utilizzati dapprima al fine di riconoscere determinati contenuti presenti in rete nelle diverse piattaforme online (ad esempio, immagini, post sui social, messaggi) – correlati al terrorismo per lo più internazionale – e, in seguito, adoperati per porre in essere azioni preventive e/o repressive.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, la tecnologia attualmente detiene un ruolo significativo anche nel settore giuridico, ove, comunque, si discute di un uso della stessa in termini ancora più sofisticati, ovvero sotto l'aspetto di un ipotetico ingresso delle macchine “intelligenti” anche nelle “aule” dei tribunali. La questione è ad ogni modo delicata e, come si vedrà, solleva riflessioni e problematiche di non poco conto.

La conseguenza di tutto ciò è il periodo storico che stiamo vivendo, definito da taluni come “Quarta Rivoluzione Industriale” o “Industria 4.0”.

3. Nascita e sviluppo della disciplina

Occorre riconoscere che l'uomo, da sempre, ha manifestato una propensione verso lo sviluppo di realtà ideali in grado di riprodurre il proprio *modus operandi*.

Ciò nonostante, i primi scienziati e matematici che si dedicarono allo studio della tecnologia in tal senso appartengono alla prima metà del ventesimo secolo con sviluppi veramente importanti a partire poi dagli anni 50 del Novecento.

La prima opera generalmente associata all'intelligenza artificiale risale, infatti, al 1943 e vede in Warren McCulloch e Walter Pitts i suoi autori. Essi, nel 1943, crearono un modello di neuroni “*on*” o “*off*” con il quale comprovarono che reti di neuroni sufficientemente definite erano in grado di apprendere.

Da tale modello derivarono poi il lavoro di Donald Hebb nel 1949 (Hebbian learning rule) e il primo computer di rete neurale di Marvin Minsky e Dean Edmons nel 1950 (SNARC).

Ad ogni modo, il termine “intelligenza artificiale” fu coniato solo nel 1956 quando si tenne il primo convegno a Dartmouth dove parteciparono i principali esperti informatici del tempo. Tra questi, si segnala la presenza di Alan Turing, padre dell'informatica moderna, grazie al quale il tema

dell'Intelligenza Artificiale divenne attuale e degno di nota e la sua disciplina finalmente una scienza autonoma.

Lo studioso – produttore del primo computer a programma memorizzato già nel 1935 – ha fornito un contributo notevole allo sviluppo dell'IA per la sua analisi fondata sul cd. “Turing test”. Esso poneva a confronto l'intelligenza umana e quella meccanica tramite la proposizione di interrogativi: chi interrogava doveva, invero, indovinare se la risposta proveniva dal computer o dall'individuo; e alla fine, se la maggior parte di coloro che cercavano di identificare il soggetto interrogato non riconosceva la macchina, si attribuiva ad essa la natura di entità “intelligente e pensante”.

Il momento segna, senza ombra di dubbio, una tappa fondamentale nella storia dell'IA in quanto, a partire dal Turing test, si individuano nella ricerca del settore due opposte direzioni (su cui il dibattito odierno è ancora oggi orientato): la prima, fondata sul concetto di “emulazione” – mimare comportamenti intelligenti visibili dall'esterno; la seconda, basata sul concetto di “simulazione” – riprodurre la struttura fondamentale del sistema nervoso umano.

4. Fonti del diritto: gli strumenti di Soft Law

A livello sovranazionale, nel corso degli ultimi anni – anche in virtù della natura ancora prematura del dibattito in materia – si sono susseguite elaborazioni di documenti con lo scopo di fornire le iniziali linee guida in materia di intelligenza artificiale.

In tema di tutela dei diritti fondamentali, sembra opportuno richiamare i principi sull'Intelligenza Artificiale pubblicati dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nell'anno 2019, la cui raccomandazione – oltre a costituire il primo standard intergovernativo sull'intelligenza artificiale – è volta a investigare tanto la promozione della ricerca e dello sviluppo dell'automazione e di un ecosistema digitale per l'intelligenza artificiale quanto la cooperazione internazionale in materia. Si precisa che detto documento identifica cinque linee guida complementari fra loro per la gestione responsabile dell'intelligenza artificiale, ossia: la crescita inclusiva, il benessere e lo sviluppo sostenibile; la robustezza, l'affidabilità e la sicurezza; la salvaguardia dell'equità e di valori parametrati sull'uomo; la responsabilità; e, infine, la trasparenza e la comprensibilità.

In aggiunta, deve menzionarsi altresì, la Carta etica – adottata nel contesto del Consiglio d'Europa dall'European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) nel dicembre del 2018 – sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari, la quale si occupa di definire le linee guida, ovvero i principi che i legislatori e i professionisti dovrebbero adottare nell'affrontare il rapido sviluppo

dell'intelligenza artificiale nel campo della giustizia e, più in particolare, nei sistemi giudiziari nazionali, sottolineando al tempo stesso come questo utilizzo debba avvenire sempre nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea sui Diritti umani (CEDU) e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei dati personali.

A livello europeo, in un primo tentativo di regolamentazione del settore tecnologico, il Parlamento dell'Unione Europea si è occupato di fornire le introduttive linee guida in merito alla responsabilità civile nel settore della robotica, settore affine a quello dell'Intelligenza Artificiale. In particolare, la risoluzione in materia fornisce diverse proposte con riferimento alla responsabilità per danno causato da un robot come, ad esempio, la gestione dei rischi, l'applicazione degli istituti con riferimento alle ipotesi di responsabilità oggettiva, la creazione di un regime di assicurazione obbligatorio nonché l'istituzione di uno status giuridico ad hoc che permetta di ritenere i robot più sofisticati responsabili delle proprie azioni dannose. Ad ogni modo, sul punto si tornerà più approfonditamente nei successivi paragrafi.

In materia di intelligenza artificiale – sottolineando, da un lato, il ruolo sempre più fondamentale della stessa nella trasformazione digitale della società e, dall'altro, la difficoltà di immaginare un mondo senza l'utilizzo della tecnologia in molteplici beni e servizi – urge poi evidenziare che l'Unione Europea sta, di fatto, predisponendo il primo insieme di norme al mondo sull'intelligenza artificiale al fine di gestire le opportunità e i rischi collegati all'automazione e rendere, pertanto, l'Unione Europea quale punto di riferimento globale in materia.

Difatti, come parte della sua strategia digitale, l'Unione Europea intende “regolamentare l'intelligenza artificiale al fine di garantire migliori condizioni per lo sviluppo e l'uso di questa innovativa tecnologia” poiché essa può produrre molteplici benefici, quali, ad esempio, una miglioria tanto nel settore dei trasporti – i quali potrebbero diventare maggiormente sicuri ed eco-friendly – quanto in ambito sanitario, garantendo di fatto una maggiore assistenza medica.

Pertanto, a partire dall'aprile 2021 la Commissione aveva proposto il primo quadro normativo dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale, il quale classificava ed analizzava i sistemi di intelligenza artificiale utilizzabili in diverse applicazioni in base al rischio che rappresentano per gli utenti.

Successivamente la proposta della Commissione è diventata sempre più un elemento chiave della politica eurocomunitaria, la quale – come più volte espressamente affermato dai vertici dell'Unione – è rivolta alla promozione, sviluppo e adozione, in tutto il mercato unico comunitario, di una Intelligenza Artificiale corretta, lecita nonché rispettosa dei diritti fondamentali delle persone. La proposta, seguendo un approccio basato sul rischio derivante dall'utilizzo massiccio della IA, è volta

a stabilire un quadro giuridico orizzontale uniforme allo scopo di assicurare la cd. certezza del diritto, elemento cardine dello stato di diritto. Pertanto, il progetto di regolamento mira tanto alla promozione di investimenti e innovazione nella IA quanto a migliorare la governance e l'applicazione effettiva della normativa vigente in materia di diritti fondamentali, oltretutto di sicurezza nonché di agevolazione dello sviluppo di un mercato unico.

A distanza di qualche mese – il 6 dicembre 2022 – il Consiglio dell'Unione Europea ha raggiunto un accordo di orientamento generale su questa proposta di regolamentazione ed ha avviato colloqui interistituzionali con il Parlamento europeo.

Da allora, infatti, il lavoro è proseguito ed il 14 giugno 2023 il Parlamento europeo ha fissato la propria posizione negoziale sull'AI Act, approvando gli emendamenti alla proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio Europeo. Essa, di fatto, stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione [COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)]. La priorità del Parlamento è stata quella di assicurare che i sistemi di intelligenza artificiale in uso nell'Unione Europea siano sicuri, trasparenti, tracciabili e non discriminatori e – per far ciò – si è reso necessario creare una definizione neutra e uniforme dal punto di vista tecnologico per l'intelligenza artificiale, applicabile a tutti i futuri sistemi di IA.

A quasi un anno di distanza dal primo accordo generale di regolamentazione, la Commissione, il Consiglio e Parlamento europeo, nonché il Coreper (l'organo composto dai rappresentanti permanenti degli Stati Membri dell'UE), hanno approvato in data 9 dicembre 2023 l'AI Act, seppur in maniera non definitiva, in quanto – per la stesura del testo finale, che sarà votato dagli organismi europei – sono ancora al lavoro i tecnici giuridici incaricati. Il testo completo dovrà essere, infatti, confermato dalle istituzioni coinvolte e sarà sottoposto, infine, ad una revisione giuridico-linguistica prima dell'adozione formale da parte dei co-legislatori allo scopo di assicurare una migliore, chiara e semplice comprensione nonché conformità legale, preparando così il terreno per una applicazione pratica e uniforme del regolamento sulla IA all'interno dell'Unione Europea.

Ad ogni modo, si rammenta che il regolamento sulla IA “entrerà in vigore due anni dopo la sua adozione, salvo alcune eccezioni per disposizioni specifiche”. Pertanto, il periodo di transizione fornirà a tutti i cittadini, nonché agli Stati Membri, il tempo necessario per adeguarsi alle nuove regole e implementare le misure richieste ai sensi di legge, mantenendo quindi l'innovazione al centro e garantendo una protezione adeguata dei diritti fondamentali.

Deve precisarsi a tal punto che l'AI Act, quale futura normativa che regolerà l'intelligenza artificiale nel vecchio continente, costituisce il primo regolamento al mondo di questo tipo e con questa portata, segnando di fatto un momento storico per l'Europa e il mondo, analogamente a quanto

accaduto con il regolamento generale sulla protezione dei dati 679/2016 (GDPR). Del resto, la proposta legislativa in questione rappresenta non soltanto un importante passo avanti in materia bensì un potenziale standard globale per la regolamentazione della IA in generale a livello internazionale.

Essa, infatti, garantisce un bilanciamento tra innovazione e protezione ed assicura che la tecnologia non leda i diritti fondamentali e non costituisca un rischio per le persone, mantenendo così al centro della protezione normativa la tutela dell'integrità e dei diritti dell'individuo.

Il Regolamento, pionieristico a livello mondiale, stabilisce limiti all'uso della IA proteggendo, appunto, i diritti dei cittadini europei; esso, pur lasciando spazio a molte applicazioni, esclude tuttavia settori strategici, quale quello militare. Un elemento di particolare importanza del nuovo testo è rappresentato dalla definizione legislativa di intelligenza artificiale, la quale enfatizza l'autonomia, l'adattabilità e l'impatto sul mondo fisico o virtuale. Detta definizione, in linea con le direttive internazionali, "esclude i sistemi software tradizionali basati su regole fisse e prevede linee guida specifiche per la sua applicazione, sottolineando l'intento di non ostacolare l'innovazione".

L'approccio cd. "basato sul rischio" proposto dall'AI ACT risulta essere particolarmente rilevante in quanto le regole diventano sempre più stringenti in relazione al potenziale danno che può subire la società: ciò permette tanto di prevenire efficacemente possibili danni quanto di favorire l'adozione di tecnologie di intelligenza artificiale sicure.

Gli elementi chiave dell'accordo provvisorio sull'intelligenza artificiale presentano modifiche significative rispetto alla proposta iniziale della Commissione europea.

Invero, il nuovo accordo si concentra su modelli di IA ad alto impatto e sistemi ad alto rischio. Esso introduce una governance riveduta con poteri di esecuzione a livello dell'Unione Europea, nonché un elenco dei divieti ampliato rispetto al passato, con la relativa possibilità di utilizzare l'identificazione biometrica remota, rispettando quindi la tutela dei diritti, in particolar modo con riferimento al diritto d'autore, per la cui tutela vi sono molte preoccupazioni.

All'interno del testo attualmente approvato, seppur non in maniera definitiva, si precisa che la definizione di sistema di IA, allineandosi all'approccio dell'OCSE in materia, garantisce trasparenza e semplicità nella distinzione tra IA e sistemi software. Ad ogni modo, il regolamento "non si applica ai settori al di fuori del diritto dell'UE, preservando, di fatto, le competenze degli Stati membri e non copre sistemi utilizzati per scopi militari" affinché vengano disciplinati soltanto sistemi con potenziali violazioni dei diritti fondamentali, fra i quali, "la manipolazione comportamentale cognitiva e il riconoscimento delle emozioni sul luogo di lavoro".

Ciò chiarito, in tale quadro d'insieme, le iniziative susseguitesi fino ad oggi nell'ambito giuridico e regolatorio, al netto dell'AI Act, non ancora in vigore, documentano ancora una frammentarietà

nella declinazione di linee guida, tendenzialmente settoriali, e una carenza di interventi di carattere organico a livello mondiale sotto forma di hard law.

Tale frammentazione induce a riflettere sul ruolo del giurista nella società dell'algorithm, funzione che assume rilevanza fondamentale nelle fasi di transizione tra nuovi paradigmi che comportano cambiamenti radicali dello status quo. Pertanto, le nuove tecnologie dell'automazione costituiscono non solo una sfida per il giurista ma anche una opportunità nella gestione efficiente dei propri compiti, confermando il duplice binario che si sta delineando tra uomo e macchina.

Sul piano delle fonti, sembrerebbe forse maggiormente preferibile – alla luce della rapidità dei mutamenti tecnologici e della necessità di disporre di norme talvolta connaturate anche da un elevato contenuto tecnico che difficilmente potrebbero derivare dal procedimento legislativo ordinario – un processo di “deregulation” e delegificazione in favore dell'intervento di atti normativi di rango secondario, sempre da includersi entro un quadro opportunamente definito dal legislatore.

5. La giurisprudenza

Accanto allo sviluppo degli iniziali strumenti di soft law, anche la dottrina e la giurisprudenza hanno iniziato a muovere i primi passi in materia di intelligenza artificiale.

Nello specifico, è stata la necessità di risolvere un caso concreto nel rispetto del principio che esige la soggezione dei giudici soltanto alla legge (e, dunque, entro il perimetro dello strumentario giuridico esistente) a spronare la giurisprudenza ad esprimere delle prime, seppur embrionali, indicazioni sull'IA.

Dapprima, esse sono emerse negli Stati Uniti ove, a fronte della diffusione dei primi dispositivi di natura robotica e del verificarsi di alcuni incidenti produttivi di eventi dannosi e talvolta mortali, i giudici – “quali attori istituzionali più prossimi alle situazioni in cui si forniscono nonché creano nuove esigenze e istanze di tutela per effetto del mutato contesto tecnologico e sociale” – si sono dovuti esprimere al cospetto di casi reali realizzatisi nel quotidiano.

Nonostante ci si trovi di fronte alla mancanza, per un sistema di Common Law, di un vero e proprio leading case da parte della Corte Suprema, i temi al centro della giurisprudenza più risalente in materia di robotica riguardano nel dettaglio la definizione dello standard di diligenza richiesto ai produttori di componenti robotiche e ai relativi utilizzatori. Difatti alcune delle pronunce in materia – le quali, di fatto, avevano analizzato il contributo causale offerto da eventuali comportamenti negligenti da parte delle vittime – si sono incentrate sull'esistenza di un nesso di causalità che

rendesse addebitabili all'utilizzatore oppure al produttore le dannose conseguenze derivanti da incidenti.

Sul punto, anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha fornito indicazioni di significativa importanza. Quest'ultima difatti, in particolar modo nelle cause C-70/10, Scarlet c. Sabam e C-360/10, Sabam c. Netlog, si è confrontata con l'applicazione di sistemi di filtraggio automatici da parte delle piattaforme digitali sui flussi di comunicazione e sull'esistenza di una responsabilità di questi operatori per potenziali illeciti compiuti da utenti terzi a mezzo di servizi digitali.

A differenza delle decisioni incentrate sulla tematica della robotica – che hanno, nella gran parte dei casi, fatto ricorso alle categorie classiche della responsabilità da prodotto difettoso in relazione ad eventi dannosi – si segnala come un recente filone giurisprudenziale (per i sistemi di Civil Law, deve farsi riferimento al Consiglio di Stato italiano sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270 e al Conseil Constitutionnel francese, sentenza n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018, mentre per quelli di Common Law alla Corte Suprema del Wisconsin, richiamandosi sul punto la causa Loomis v. Wisconsin, 881 N.W.2d 749) abbia cercato di conciliare “l'utilizzo di sistemi algoritmici con l'amministrazione della giustizia e gli eventuali provvedimenti della pubblica amministrazione”.

Sul tema, pare opportuno fare riferimento a quanto espresso dal Consiglio di Stato, il quale – in una vicenda originata dall'utilizzo da parte del MIUR di un sistema algoritmico per la definizione delle assegnazioni del personale docente della scuola secondaria – ha precisato che “la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, creata dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi solamente applicata da quest'ultima”. Pertanto, la regola algoritmica deve rispettare alcuni requisiti: “ancorché declinata in forma matematica, ha piena valenza giuridica e amministrativa, e come tale deve soggiacere ai principi di pubblicità e trasparenza, di ragionevolezza e di proporzionalità; non può lasciare spazi applicativi discrezionali ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, cosicché la discrezionalità amministrativa, non demandabile al software, possa rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale; presuppone che sia l'amministrazione a compiere un ruolo ex ante di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo; deve contemplare la possibilità che sia il giudice a svolgere, sul piano umano, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica, per permettere di rilevare la correttezza in tutte le sue componenti del processo automatizzato”.

Di rilevanza, altresì, il caso State v. Loomis, ove la Supreme Court del Wisconsin ha confermato la decisione d'appello in un procedimento penale conclusosi con la condanna dell'imputato in cui era

stato tenuto in conto, ai fini della recidiva, il risultato di un Presentence Investigation Report prodotto attraverso l'uso di un software, il cui funzionamento risulta coperto da segreto industriale.

In questa pronuncia, la Corte, di fatto, ha ritenuto che l'utilizzo del software non implicasse una violazione del principio del giusto processo, in quanto i risultati di detto Report sono rilevanti solamente per la valutazione della recidiva e non per la decisione, avuto riguardo alla condanna. A ciò deve aggiungersi, secondo la Corte, la necessità di prevedere alcune cautele al fine di garantire che il risultato ultimo sia sempre il frutto di un apprezzamento da parte di un agente umano, il quale, tuttavia, potrà eventualmente rivedere gli esiti del processo algoritmico.

6. Gli interrogativi dottrinali

Accanto allo sviluppo degli iniziali strumenti di soft law, anche la dottrina ha iniziato a muovere i primi passi in materia e, di fatto, i primi studiosi si sono fin da subito confrontati con la difficoltà – tratto comune, del resto, con la giurisprudenza in materia – di sussumere all'interno di fattispecie concepite prima dell'avvento della società algoritmica o, meglio, dell'intelligenza artificiale avvenimenti che appaiono discostarsi dai paradigmi ormai consolidati.

Difatti, la letteratura giuridica, nonostante sia incline da decenni al confronto con l'emersione del fattore tecnologico e con le sue conseguenze sotto un'infinita di prospettive (cfr. la filosofia del diritto, l'analisi economica del diritto, il diritto privato, il diritto pubblico e il diritto penale), sembra percorrere una fase ancora primitiva. Del resto, l'apporto tanto della dottrina quanto della giurisprudenza ha sicuramente risentito delle medesime questioni che già in passato si erano venute a creare in relazione all'ambito della robotica.

A conferma della difficoltà di abbinare le categorie giuridiche esistenti e il carattere innovativo della tecnologia nonché dell'intelligenza artificiale, si cita, a titolo esemplificativo, il dibattito dottrinale sulla possibilità nonché, in particolar modo, sulla “convenienza” di realizzare una perfetta sostituzione tra automi o sistemi di intelligenza artificiale e agenti umani nell'espletamento di attività lavorative. Infatti, come sopra anticipato, oggi la tecnologia detiene un ruolo di importanza sempre più crescente nell'adempimento di numerose attività professionali, di cui nel passato è stato l'Umano a detenere la direzione, il comando e il potere.

La dottrina, nello specifico, si è interrogata in materia, in particolar modo avendo riguardo a due principali aspetti sui quali lo studio degli stessi si concentrerà nei paragrafi successivi.

Il primo aspetto riguarda lo studio di tutte le problematiche legali correlate all'utilizzo ormai frequente delle macchine “intelligenti” nelle varie attività normalmente di competenza dell'uomo,

tra le quali spicca, nelle varie branche del diritto, quella avente ad oggetto il profilo della responsabilità.

Deve premettersi, in via di principio, che la Carta costituzionale non ostacola bensì favorisce l'uso della tecnologia, statuendo all'art. 9 che “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica” a tutela delle nuove generazioni, del progresso e, in ultima istanza, della qualità della vita. Ad ogni modo, deve constatarsi che la normativa italiana, se da un lato contempla le conseguenze giuridiche, sia sul piano civile (in relazione al quale opera l'art. 2052 c.c.) che penale (artt. 582 e 584 c.p.), dei danni, per esempio, cagionati dagli animali, dall'altro nulla prevede ancora, invece, per i danni cagionati da un errore di intelligenza artificiale.

Invero, uno dei principali interrogativi sorti sul piano dottrinale in relazione alle macchine “intelligenti” riguarda proprio la possibilità di ipotizzare un riconoscimento di soggettività giuridica in capo ai sistemi di intelligenza artificiale, sul presupposto di imputare a detti sistemi – come si vedrà meglio infra – non solo il riconoscimento di diritti e doveri bensì anche la possibilità di attribuire responsabilità per possibili eventi lesivi derivanti dal loro funzionamento. Nel dettaglio, le riflessioni dei commentatori sono rivolte all'esame delle varie ipotesi di responsabilità civile già codificate all'interno dell'ordinamento giuridico al fine di appurare la possibilità di estenderne l'applicazione in via analogica anche all'intelligenza artificiale.

Parimenti, nell'ambiente dottrinale nordamericano, è venuta a crearsi la teorizzazione di possibili forme di responsabilità penale delle apparecchiature da fondarsi sull'implicita attribuzione di personalità giuridica alle stesse e, pertanto, con una sostanziale assimilazione tra agenti umani e agenti robotici. Anche questo tema, data la sua importanza, verrà di seguito approfondito. Ad ogni modo, si anticipa che questo modello di teorizzazione postula, di fatto, la differenziazione tra tre possibili scenari: a) la “perpetration through another”, nella quale il sistema di intelligenza artificiale è un mero esecutore materiale – e pertanto privo di capacità cognitiva e volitiva – di una condotta voluta dal programmatore o dall'utente; ne consegue che in dette circostanze, l'Intelligenza Artificiale sarebbe paragonabile a un soggetto incapace e, pertanto, non potrebbe subire alcuna imputazione di responsabilità; b) la “natural probable consequence”, ove programmatori e utenti – come conseguenza naturale di un loro eventuale comportamento doloso o colposo – sono considerati penalmente responsabili di un reato commesso da un sistema di intelligenza artificiale, per esempio a causa di un errore nella programmazione o nell'uso; c) la “direct liability”, nella quale si è giunti a supporre che all'Intelligenza Artificiale, poiché dotata di mens rea, sia dunque attribuibile una responsabilità per una condotta materialmente eseguita da quest'ultima; ne consegue che, in questo terzo scenario, risulta applicabile l'ipotesi della cd. aberratio delicti, ove l'intelligenza artificiale –

una volta programmata una macchina per commettere un determinato reato – deviando dagli input di programmatori o utenti, ne commetta uno di diverso tipo.

Il secondo aspetto su cui la dottrina si è interrogata riguarda, invece, la possibilità che i sistemi di intelligenza artificiale possano agire in veste di “attori protagonisti” anche nel campo giuridico, sostituendosi “alla mente e alle mani” degli operatori di diritto. Anche tale aspetto sarà oggetto nel prosieguo di dedicato approfondimento, tenuto in considerazione che l’attività degli operatori di diritto e, soprattutto, quella dei Magistrati non può sovrapporsi del tutto ad ogni altra attività lavorativa umana. Il lavoro dei Giudici richiede, infatti, il più delle volte, non solo competenze tecniche ma anche ingegno e prudenza, raziocinio e ponderazione, sentimento e comprensione, collocandosi così al di fuori da automatismi decisorii in un’ottica di valorizzazione del caso concreto.

7. Rapporto con le varie branche d’el diritto

7.1. IA e diritto pubblico

Il rapporto tra l’IA e la materia del diritto pubblico si apprezza su più fronti e sotto diverse prospettive.

Da una parte, emerge, infatti, per il costituzionalista l’aspetto della tutela dei diritti fondamentali degli utilizzatori dell’IA; dall’altra, viene in evidenza l’esigenza di public regulation della tecnologia mediante adeguate forme di concertazione.

Per quanto riguarda il tema della tutela dei diritti fondamentali, esso si comprende pienamente considerando che i sistemi di intelligenza artificiale possono vedere come propri fruitori sia singoli individui che pubblici poteri. Questi ultimi, infatti, possono servirsi della tecnologia per conseguire plurimi obiettivi, ad esempio per l’efficientamento dell’attività amministrativa.

Da qui, si intuisce come il tema dell’automazione impatti sulle norme di diritto costituzionale – le quali regolano, per definizione, il rapporto tra potere pubblico e individuo – e abbia ripercussioni non solo sulla sfera dei diritti umani ma anche su altri principi costituzionali, rectius su quelli inerenti all’organizzazione della giustizia e all’attività della pubblica amministrazione.

Da questo punto di vista, l’influenza dell’IA sulla materia del diritto pubblico è dunque “duplice”, essendo interessato dal tema dell’automazione non solo il rapporto orizzontale tra privati ma anche quello tra privato e pubblici poteri, nei confronti dei quali il sistema delle garanzie deve necessariamente estendersi.

Ad ogni modo, è soprattutto sul piano dei rapporti intersoggettivi che si rende indispensabile l'azione del costituzionalista, il quale deve attivarsi per assicurare che i valori tutelati dalla Carta fondamentale e dalla Carta di Nizza vengano salvaguardati anche al cospetto dei sistemi di intelligenza artificiale.

Se, infatti, sul piano del rapporto tra individuo e poteri pubblici, il “sistema di giustiziabilità” può generalmente dirsi abbastanza adeguato, potendosi ricorrere – come vedremo – ai principi dell'attività amministrativa (tra cui quello della trasparenza, che garantisce un controllo dell'operato di chi esercita il potere) – rispetto ai quali la tecnologia deve necessariamente conformarsi – nei rapporti orizzontali tra privati si profilano esigenze di protezione più specifiche.

Dei primi sviluppi in tal senso si sono registrati sotto il profilo della tutela dei dati personali.

Il GDPR, al Considerando 71 e all'art. 22, ha infatti offerto fondamento giuridico ad un nuovo diritto, id est quello alla spiegazione nell'ambito dei processi decisionali automatizzati, rispondente ad un'esigenza primitiva di trasparenza sul piano (anche) privatistico.

Tale diritto restituisce centralità al fattore umano, permettendo ai cittadini di godere di un significativo grado di protezione rispetto a decisioni interamente aliene dall'intervento umano che lo pregiudicano.

Ad ogni modo, l'intervento del GDPR, per quanto indubbiamente meritevole, non appare sufficiente se analizzato da una prospettiva generale. Del resto, il tema della codificazione di nova iura necessita di essere apprezzato entro confini normativi più ampi (e, dunque, non limitati alla normativa sui dati personali), trovando riconoscimento anche su un piano costituzionale.

Le implicazioni di carattere costituzionale concernenti il tema della tutela dei diritti fondamentali non si esauriscono poi su questo aspetto. Infatti, l'impiego dell'IA si riverbera anche sul diritto all'uguaglianza, da intendersi da un punto di vista sostanziale nei termini di parità di chances, e sui diritti politici.

È, del resto, evidente come la tecnologia influenzi il settore occupazionale.

La Oxford University, già nel 2013, nell'ambito dell'Oxford Martin Programme on the Impact of Future Technology, ha analizzato oltre settecento diverse occupazioni e ha osservato che almeno la metà è destinata a scomparire. Il maggiore impatto si registra nell'ambito delle professioni operaie e artigiane (ordinariamente esercitate da persone con un minor grado di istruzione) – dove si prognostica una progressiva sostituzione della macchina al lavoratore – piuttosto che nel campo professioni intellettuali – in cui si registra una maggiore resistenza dell'uomo all'automazione; ciò con l'effetto che coloro che hanno un livello di istruzione più basso subiscono una diminuzione delle

opportunità lavorative di gran lunga maggiore rispetto ai professionisti ovvero agli esercenti attività che richiedono più interazioni sociali.

Negli stessi termini, merita menzione anche il settore medico, ove il ricorso alle macchine “intelligenti” è sempre più frequente e sofisticato, determinando un aumento dei costi sanitari e, quindi, anche del divario tra i cittadini che possono accedere a determinati servizi e quelli che non hanno la possibilità di farlo.

Sul piano, poi, della sfera dei diritti politici, l'utilizzo di tecniche algoritmiche ha condotto ad una selezione degli annunci forniti sul web agli utenti “virtuosa”, perché automatizzata e dipendente dalle preferenze del singolo, le quali vengono registrate dal sistema informatico sulla base delle ricerche pregresse effettuate.

A tal proposito, ci si è espressi nei termini di “*bubble democracy*” ovvero di “customizzazione”, la quale, se, da un lato, ha determinato un miglioramento dell’offerta, dall’altro, ha ostacolato una rivisitazione delle opinioni di partenza (si parla, nel senso opposto, di “*confirmation bias*”) tramite il confronto con posizioni contrarie, “neutralizzate” dalla rete.

Per quanto concerne, infine, il versante della *public regulation*, emerge l’esigenza di identificare un’autorità indipendente che assuma le vesti di garante di uno sviluppo dei sistemi di IA improntato al rispetto di una dimensione antropocentrica e alla tutela dei diritti fondamentali. In tal senso, potrebbe ritenersi giovevole affidare la governance ad un soggetto imparziale, con idee neutrali sul piano politico e caratterizzato da un elevato grado di preparazione e di specializzazione dei suoi componenti. A questi potrebbe devolversi l’esercizio di poteri amministrativi, “quasi legislativi” e “quasi giudiziali”, di funzioni di carattere regolatorio dell’iniziativa privata ovvero di certificazione pubblica a garanzia dell’affidabilità e della trasparenza per i produttori e gli utenti e, ancora, di funzioni di vigilanza e di controllo rispetto ai rischi di manipolazione e proliferazione.

Tale autorità potrebbe essere, inoltre, affiancata dalla costituzione di un organo consultivo permanente, volto alla promozione del dibattito sulle questioni etiche, giuridiche ed economiche che sollevano i sistemi di intelligenza artificiale.

7.2. IA e diritto civile

Come evidenziato in precedenza, nell’ambito del diritto civile, lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale solleva le problematiche principali in tema di responsabilità, specificamente

sotto l'aspetto dell'applicabilità delle norme relative all'illecito in ipotesi in cui una scelta, che si rivela dannosa, sia stata compiuta in base alle elaborazioni di un algoritmo.

Sono in discussione, principalmente, i parametri in base ai quali attribuire detta responsabilità e la funzione della responsabilità medesima, la quale dovrebbe continuare a garantire una certa carica deterrente nei confronti dei possibili tortfeasors e, altresì, rispondere all'esigenza di indennizzare adeguatamente i soggetti danneggiati.

Più nel dettaglio, si è discusso della possibilità di considerare i robot come soggetti di diritto e della possibile esistenza di una garanzia patrimoniale volta a risarcire i danni sofferti dai fruitori della tecnologia ovvero da soggetti terzi.

Si è parlato, a tal proposito, di “personalità elettronica”, grazie alla quale i programmatori e gli utilizzatori vedrebbero, di contro, limitata la propria responsabilità e, dunque, attenuate le pretese risarcitorie dei terzi nei loro confronti.

Un ambito peculiare in cui si presenta la descritta problematica attiene, ad esempio, al settore dei veicoli a guida autonoma, in cui, allo stato, le norme sulla responsabilità civile trovano più sovente applicazione e sono coinvolti interessi economici di notevole rilevanza.

Sul tema, la disciplina per danno da prodotti difettosi contenuta nella direttiva 85/374 è stata da taluni considerata inadeguata. È stato, infatti, sottolineato come le norme di conio europeo si riferiscano a tecnologie obsolete e non chiariscano con precisione in quali casi un sistema operativo in grado di apprendere autonomamente è da considerare difettoso.

La *European Robotic Technology Platform* (EUROP) ha distinto gli automi in tre classi: i robot tele-operati, il cui funzionamento dipende unicamente dall'uomo; i robot in grado di svolgere mansioni in modo autonomo ma sulla base di regole definite dall'uomo; i robot di self learning, capaci di prendere delle decisioni senza l'influenza dell'uomo, avendo riguardo ai dati esperienziali raccolti.

Orbene, è soprattutto la terza classe dei robot descritta ad aver alimentato il dibattito dottrinale sulla responsabilità, mettendone in discussione i modelli tradizionali.

Nello specifico, la dottrina formatasi sull'argomento appare divisa.

Invero, da una parte, viene negato il riconoscimento della personalità elettronica alle macchine “intelligenti” – su cui, inizialmente, il Parlamento Europeo, nella risoluzione del 2017 (ove si invitava la Commissione europea a valutare “l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi”), si è espresso a favore.

Del resto, la personalità elettronica figurerebbe come un *tertium genus* non riconducibile né alla personalità umana (per l'evidente impossibilità dei robot di vedersi titolari di diritti umani), né alla personalità giuridica (la quale richiede l'esistenza di plurime persone fisiche), né al trust anglosassone (caratterizzato dalla figura del trustee, cui è affidata la gestione del robot concesso).

Inoltre, deve opportunamente evidenziarsi che il robot, a differenza dei soggetti che ordinariamente intrattengono rapporti nell'ambito del diritto privato, non persegue un interesse proprio: egli, invero, agisce a favore di un soggetto diverso che si avvale degli strumenti messi a disposizione dall'Intelligenza Artificiale.

Dall'altra, una diversa parte di studiosi teorizza un nuovo status giuridico per gli automi e invoca la creazione di un patrimonio dedicato o di un fondo assicurativo per far fronte alle pretese risarcitorie conseguenti ai danni cagionati dalle entità artificiali.

Significativa, a tal proposito, è la tesi elaborata da Teubner che ha ipotizzato la sussistenza di una soggettività giuridica parziale per effetto della quale la macchina sarebbe considerata alla stregua di un ausiliario del dominus principale e quest'ultimo risponderebbe ai sensi dell'art. 1228 c.c. (secondo cui "salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro").

Degne di nota risultano poi altre impostazioni dottrinarie che, invece, fanno riferimento alla responsabilità oggettiva da attività pericolosa (art. 2050 c.c.), o del custode (art. 2051 c.c.), o del precettore e maestro (art. 2048 c.c.), o, ancora, al danno cagionato dall'incapace (art. 2047 c.c.).

La dottrina prevalente esclude, ad ogni modo, in questo ambito il ricorso automatizzato all'art. 2236 c.c. che prevede una limitazione di responsabilità nei soli casi di dolo o colpa grave per il prestatore di opera professionale. È stato, infatti, sottolineato come siffatta disposizione normativa non possa trovare un'applicazione generalizzata per ogni attività svolta con l'ausilio dei dispositivi intelligenti, poiché presupposto indefettibile per l'applicazione concreta di detto precetto codicistico è che la prestazione richiesta al professionista implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà. È, di contro, evidente che l'utilizzo di macchinari mossi da AI non necessariamente provvede alla soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, ma, anzi, fa fronte a mere questioni ruotinarie, banali o ripetitive.

La Commissione Giuridica Juri del Parlamento Europeo, partendo dal grado di automazione del sistema, ha offerto due differenti paradigmi di responsabilità che verrebbero in rilievo nei casi di pregiudizi cagionati da una macchina "intelligente" alla vita, alla salute, all'integrità fisica, al patrimonio e, da ultimo, nelle ipotesi di danni immateriali significativi che causano una perdita economica verificabile.

Il primo modello – considerate le caratteristiche peculiari dell’IA, tra cui la sua complessità, l’autonomia della stessa e la sua opacità (il cosiddetto effetto “scatola nera”), che rendono difficile per i danneggiati identificare i responsabili e agire ai sensi dell’art. 2043 c.c. – prevede, appunto, la delimitazione di una responsabilità oggettiva dell’operatore, unitamente alla previsione di un regime assicurativo obbligatorio. Tale modello si attaglia ai casi di danni talmente gravi che renderebbero già ex ante inaccettabile l’eventualità di non riuscire a risalire ad un colpevole. Nello specifico, i sistemi di IA “ad alto rischio” vengono individuati dalla Commissione Europea e aggiornati semestralmente in un elenco appositamente predisposto. Al contempo, tale regime troverebbe applicazione anche nelle ipotesi di incidenti ripetuti che provocano gravi danni, anche se i relativi dispositivi tecnologici non sono stati ritenuti “ad alto rischio”.

Di contro, in tutte le restanti ipotesi (rectius, quelle caratterizzate da un minor grado di automazione dei sistemi di IA) entrerebbe in azione un regime di responsabilità per colpa, con l’effetto che l’operatore dovrà dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie per evitare il danno, ovvero dovrà provare di non aver ignorato gli avvertimenti e le istruzioni del produttore al fine di vedersi esente da responsabilità.

Ciò nonostante, è evidente che a livello europeo e nazionale, per quanto si registrino dei passi in avanti in tal senso, non esiste ancora un diritto positivo certo in vigore che regoli il tema dei danni cagionati dagli automi.

Ne consegue che la soluzione al momento forse più accreditata rimane ancora quella di applicare la (prima citata) direttiva 85/374 e, dunque, di fornire un’interpretazione estensiva del termine “prodotto” volta a ricomprendere il robot.

Rimane, in ogni caso, complesso comprendere in che modo sia possibile imputare un difetto proprio dei sistemi di self learning (e, dunque, in alcun modo riconducibile all’intervento umano) al produttore.

7.3. IA e diritto penale

La proliferazione dei sistemi di intelligenza artificiale ha determinato, negli ultimi decenni, il sorgere di problematiche giuridiche anche all’interno della materia del diritto penale.

Quella principale, anche qui, concerne il tema della responsabilità per condotte penalmente rilevanti poste in essere da soggetti non umani. Cospicui sono, infatti, i casi in cui le entità artificiali realizzano la lesione di un bene giuridico tutelato dalla legge penale (si pensi, di nuovo, ai veicoli a

guida automatica e alle lesioni o agli omicidi da essi realizzati) e, dunque, le ipotesi in cui si chiede se tali entità possano figurare come autori di reato.

Rispetto a tale tematica conviene approcciarsi in modo obiettivo, avendo contezza dei rischi derivanti per il sistema dall'accettazione di forme di responsabilità penali oggettive – di regola estranee al diritto penale – in capo ai progettisti (o anche agli utilizzatori) della macchina “intelligente”.

Nella materia del diritto penale, la soluzione tradizionale, id est quella che ha raccolto nel tempo maggior consensi, è stata quella di adottare il modello di imputazione della responsabilità indiretta dell'uomo, il quale rende penalmente responsabili coloro che abbiano programmato e attivato il soggetto agente non umano. Questo sulla base dell'asserzione secondo cui la macchina è uno strumento dell'uomo e i suoi “comportamenti” sono prevedibili; in relazione ad essi, sarebbe dunque sempre possibile muovere all'umano un rimprovero quantomeno a titolo di colpa.

Così opinando, la circostanza che il comportamento pregiudizievole sia direttamente realizzato dall'entità “intelligente” rileverebbe solo in sede di commisurazione della pena, come circostanza aggravante o attenuante, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 133 c.p. (che statuisce che il giudice deve tener conto, in primo luogo, dei mezzi di azione).

Il modello di imputazione della responsabilità indiretta dell'uomo è, però, entrato in crisi in seguito al diffondersi dei sistemi di intelligenza artificiale di ultima generazione, operanti in base ad algoritmi aperti ed auto modifiche strutturali determinate dall'esperienza del sistema stesso. In tali casi, invero, il comportamento della macchina “intelligente” non può definirsi come totalmente prevedibile dal suo progettista.

Orbene, di fronte al rischio che interessi primari rimangano privi di tutela penale sono state avanzate varie tesi.

Significativa, a tal proposito, è la tesi di Gabriel Hallevy (studioso a cui supra si è fatto già menzione), la quale reputa come soggetti attivi del reato le macchine “intelligenti” sulla base del riconoscimento in capo a queste di una soggettività giuridica. Siffatta soluzione, come detto, viene avanzata sulla base della circostanza che alcuni sistemi più sofisticati sono in grado di rappresentarsi la realtà e “prevedere” e “volere” un certo risultato come conseguenza della propria azione; o, alternativamente, sono in grado di risultare “colpevoli” nei casi di *miscalculation*, ovvero di errori di calcolo nei processi di apprendimento.

Ad ogni modo, non si può negare la “particolarità” di un tale approccio che mette in discussione l'intero concetto di pena e sacrifica il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 co. 1 Cost. (secondo cui la responsabilità penale è personale) e il principio rieducativo enunciato dall'art. 27 co. 3 Cost.

Del resto, altri studiosi – di fronte al rischio di assenza di tutela penale – preferiscono mantenersi su un terreno più “neutro”, o negando aprioristicamente l’uso legittimo dell’intelligenza artificiale al fine di evitare lesioni penalmente rilevanti o adottando la tesi dell’area del rischio penalmente consentito, la quale realizza un bilanciamento tra l’utilità collettiva e i rischi derivanti per il sistema.

7.4. IA e diritto amministrativo e contabile

La polifunzionalità dei sistemi di intelligenza artificiale trova conferma anche guardando alle pubbliche amministrazioni ovvero agli enti pubblici, i quali sovente fanno ricorso, ai fini della decisione finale, alla procedura informatica.

L’utilizzazione dei sistemi di IA in tale campo deve essere vista con favore: essa, d’altronde, comporta una notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni ripetitive, è garanzia di imparzialità ed evita interferenze dovute a negligenze del funzionario.

Ad ogni modo, se è piuttosto pacifico il ricorso alle macchine “intelligenti” da parte della pubblica amministrazione nell’ambito dei procedimenti vincolati (ad esempio, per il rilascio di documenti), lo stesso è foriero di dubbi e problematiche per i procedimenti caratterizzati da discrezionalità (tra cui, le procedure di gara o di concorso), in relazione ai quali la giurisprudenza, e in particolare – ovviamente – quella del Consiglio di Stato, si è espressa maggiormente.

La tematica è stata già in parte affrontata nel precedente paragrafo 4 (a cui, perciò, si rinvia) allorché si è detto che il diritto vivente – almeno guardando all’orientamento prevalente – non ha escluso il ricorso agli algoritmi nell’ambito del diritto amministrativo ma ha dichiarato la necessità che la regola tecnica, regola amministrativa generale, rispetti i principi di pubblicità, ragionevolezza, proporzionalità e, soprattutto, trasparenza. È, invero, necessario che l’IA non comporti un abbassamento del livello delle tutele, in particolare quelle di partecipazione e di motivazione dell’atto (art. 3 l. 241/1990), garantite dalla legge sul procedimento amministrativo. Secondo i giudici amministrativi, il principio di trasparenza investe, prima di tutto, il momento “anteriore” della costruzione dell’algoritmo, altresì caratterizzato, latu sensu, da discrezionalità. È stato, infatti, affermato che “la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all’inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Si è, pertanto, pervenuti ad una “declinazione rafforzata del principio di trasparenza”.

Ad ogni modo, la giustizia amministrativa ha ritenuto che l’adozione del provvedimento sulla base di operazioni di calcolo non affievolisca l’obbligo motivazionale in capo alla pubblica

amministrazione ma, di contro, lo rafforzi, richiedendo che l'amministrazione corredi anche di spiegazioni la formula tecnica, rappresentata dall'algoritmo, di modo che essa risulti pienamente comprensibile.

Sempre nell'ambito delle garanzie, si cita poi il principio di non esclusività della decisione algoritmica, il quale trova nell'art. 30 co. 3 lett. b) del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d. lgs. n. 36/2023) e nell'art. 22 del Regolamento Generale sulla protezione dei dati il proprio riferimento normativo principale. Tale disposizione – secondo cui “l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona” – rappresenta, nello specifico, una testimonianza dell'esigenza che l'IA rimanga confinata nella veste di “attore secondario” rispetto all'uomo. Essa dovrebbe essere, per lo più, inquadrata come una sorta di responsabile dell'istruttoria del procedimento, il quale – nei panni di un “funzionario virtuale” – presenta una bozza di atto all'organo-uomo titolare del potere di svolgimento della funzione.

Da ultimo, si segnala l'impegno del giudice amministrativo nel pronunciarsi (anche) in tema di danni da provvedimento illegittimo elaborato tramite IA.

La dottrina prevalente in tale ambito, non potendo – anche qui – ipotizzare una soggettività giuridica delle macchine “intelligenti” e presa, altresì, contezza della difficoltà (prima citate) legate alla sussistenza del coefficiente psicologico e alla sua prova in relazione all'art. 2043 c.c. per il danno cagionato ad un singolo funzionario e alla pubblica amministrazione (art. 28 Cost.), ha applicato analogicamente, a tutela del danneggiato, l'art. 2050 c.c. Viene poi fatta salva la possibilità di polizze assicurative per responsabilità civile verso i terzi.

Da un punto di vista amministrativo-contabile, la questione si inserisce, invece, nella tematica del danno indiretto deferito alla Corte dei conti.

Infatti, nelle ipotesi di danno cagionato da un errore ascrivibile ai sistemi di IA adoperati dalla pubblica amministrazione, il danneggiato presenterà un'azione civile innanzi al giudice ordinario o innanzi al giudice amministrativo, a seconda ovviamente del caso ovvero della tipologia di lesione, per danni nei riguardi dell'ente pubblico.

Successivamente alla condanna in giudicato dell'ente convenuto, nei casi di assenza di una polizza assicurativa a tutela della p.a. da cui il danneggiato abbia trovato integralmente ristoro, si configurerà un danno erariale, anche per le spese di lite sopportate dal soggetto pubblico soccombente, devoluto alla Corte dei conti. Quest'ultima sarà tenuta a vagliare tale danno alla stregua dei più ampi e concreti parametri della l. 14 gennaio 1994, n. 20, per ascrivere il danno alla colpa grave (senza spazi

applicativi per forme di responsabilità oggettiva) del soggetto responsabile (costruttore, programmatore, utilizzatore, manutentore, custode, ecc.), purché pubblico dipendente o soggetto legato alla p.a. da rapporto di servizio.

8. IA e processo: la figura del robot togato

Straordinario risulta essere, altresì, l'impatto che l'IA può avere nel campo dell'organizzazione della giustizia, del funzionamento dei sistemi giudiziari nazionali e sul diritto processuale. L'efficienza e la qualità dei processi, grazie all'impiego delle tecnologie algoritmiche, potrebbero trovarne infatti un giovamento importante. Anzitutto, in termini – anche qui – di velocizzazione dei (criticati) tempi della giustizia e/o, ancora, di agevolazione dell'attività di ricerca e analisi dei dati fattuali in giudizi voluminosi.

Ciò nonostante, anche in tale contesto, si rende necessario un utilizzo scrupoloso e ponderato dei sistemi di IA, di modo che venga garantito in via prioritaria il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini.

Nella distribuzione automatizzata dei casi, nella analisi di banche date giurisprudenziali e nella gestione ponderata dei carichi di lavoro e dei flussi, lo strumento dell'automazione è entrato di fatto nel settore giustizia ormai già da tempo.

Ad ogni modo, tre risultano essere le modalità principali attraverso cui l'IA può (o potrebbe) ancora migliorare l'attività degli operatori di diritto e della giustizia: attraverso l'analisi di documenti e la predisposizione di atti; mediante la previsione degli esiti del giudizio; e, infine, con la formulazione di giudizi.

Con riguardo alla prima modalità, si fa principalmente riferimento al settore del diritto civile e del diritto commerciale, sub specie alla predisposizione di quegli atti la cui stesura può dirsi abbastanza ripetitiva e “meccanica”.

Ciò nonostante, anche nell'ambito del diritto penale, i sistemi di IA potrebbero trovare un benefico impiego, ad esempio in sede di determinazione degli interessi usurari in un contratto di mutuo o in punto di calcolo della pena. Meritevole di menzione è, da questo punto di vista, il sistema “Toga”, un database in cui sono raccolte tutte le fattispecie incriminatrici del Codice penale e della legislazione speciale in grado di calcolare la pena per ciascun reato e di verificare, inoltre, la competenza, la procedibilità, l'ammissibilità a riti alternativi, i termini prescrizionali e la durata delle misure cautelari.

L'IA è stata, inoltre, già di forte sussidio nell'ambito di numerose indagini, tra cui – a titolo esemplificativo – quelle relative al crollo del ponte Morandi, dove la Procura di Genova ha adoperato un software dell'FBI il cui funzionamento si regge, di fatto, sulla presenza di algoritmi molto complessi.

La seconda modalità è quella concernente la giustizia cd. predittiva, rappresentata dalla capacità della macchina “intelligente” di elaborare previsioni sulla base di un calcolo probabilistico effettuato da algoritmi, operanti su base statistica o su base logica, ovvero di prevedere la probabile sentenza relativa ad uno specifico caso.

In questa logica, la giustizia algoritmica potrebbe avere un ruolo estremamente importante. Del resto, partendo dal presupposto che il diritto trova la sua principale ragione giustificativa nella misura in cui esso è garanzia di certezza per i cittadini, potrebbe affermarsi che le previsioni dell'IA (id est la giustizia predittiva), da questo punto di vista, non si porrebbero contro il diritto ma anzi “potenzierebbero” la ratio del diritto medesimo.

Molteplici sarebbero i vantaggi dal ricorso alla giustizia predittiva: in primo luogo, in termini di deflazione del contenzioso, con conseguente maggior ricorso agli strumenti conciliativi, ADR e transazioni; ancora nell'ambito della criminalità, sotto l'aspetto della prevenzione di reati della stessa specie o similari grazie alla registrazione in un sistema informatico delle denunce presentate alla Polizia riguardanti – ad esempio – rapine o furti commessi nelle stesse zone in modo analogo; oppure, infine, in un'ottica di integrazione dell'attività del giurista volta a interpretare la legge ed a individuare argomenti a favore della tesi che si sceglie di sostenere, oltre che di determinazione della decisione finale.

A riguardo, occorre riconoscere come le banche dati giuridiche abbiano, da questo punto di vista, già agevolato il compito del giurista, il quale riesce, grazie alla tecnologia, ad estrapolare il principio di diritto da una sentenza e ad orientarsi su quale possa essere la decisione futura del giudice relativa ad un caso analogo.

Sul punto, non mancano tuttavia numerose critiche. La preoccupazione più grande afferisce al profilo dell'indipendenza del giudice: nello specifico, si instaura il timore che possa crearsi una “dittatura del precedente”, simile a quella dei Paesi di Common Law – con conseguente snaturalizzazione del nostro ordinamento giudiziario dovuta ad una poca opera di “personalizzazione” del giudice sulla base del caso concreto in fase decisionale – e che la predizione della macchina finisca per avere non un valore “indicativo” ma “prescrittivo”.

Inoltre, da tutto ciò, si segnala anche che ne uscirebbe inevitabilmente sminuita l'importanza della valenza persuasiva delle tecniche argomentative adoperate dall'avvocato nella sua opera di convincimento dell'organo giudicante.

Da ultimo, si pone la questione se una macchina "intelligente" possa addirittura emettere un giudizio (si parla, a tal proposito, della figura del "giudice robot").

Orbene, anche detto impiego della tecnologia dovrebbe considerarsi come foriero, da una parte, di vantaggi, tenuto conto del fatto che gli esiti decisionali devono essere ragionevoli, argomentati, approfonditi e, soprattutto, prevedibili secondo il vigente quadro normativo e giurisprudenziale. È, invero, la stessa Carta costituzionale all'art. 3 – che impone di trattare in modo uguale situazioni giuridiche uguali, assicurando loro il medesimo risultato (trattamento) in presenza di uguali variabili (situazioni) – a valorizzare la necessità di un diritto oggettivo e certo. Ne consegue che, da questo punto di vista, il ricorso alla IA potrebbe addirittura assumere le vesti di uno strumento *latu sensu* garantista per i cittadini in quanto, minimizzando il rischio di stravaganze interpretative, renderebbe la decisione finale "impermeabile" agli umori e ai preconcetti che ineluttabilmente influenzano e condizionano i giudizi umani, ivi compresi quelli dei magistrati.

Ciò nonostante, pur potendosi adottare un approccio più "realistico" avendo riguardo ai giudizi civili e tributari (si pensi ad una "banale" causa di risarcimento dei danni da incidente stradale ovvero ai ricorsi avverso avvisi di accertamento originati da verifiche bancarie), si manifesta un certo scetticismo nell'utilizzo dell'IA in relazione ai giudizi penali.

Ciò, in primo luogo, dal momento che il mezzo di prova più sovente utilizzato in ambito penale è la testimonianza e sussiste un'evidente difficoltà per un'entità artificiale nello stabilire se il teste abbia detto o meno la verità; in secondo luogo, perché nel giudizio di valutazione della prova bisogna ricorrere ai criteri di gravità, precisione e concordanza degli indizi di cui all'art. 192 co.2 c.p.p. – di non facile apprezzamento per un automa; e, da ultimo, per il presupposto del giudizio di condanna, rappresentato dalla colpevolezza "oltre ogni ragionevole dubbio", che mal si concilia con l'essenza stessa del computer.

Eppure, il verbo "decidere", dal latino "de-caedere" (tagliar via, eliminare), e il procedimento decisionale del giudice – consistente, appunto, nell'individuare le questioni di fatto e di diritto, nel sottoporle ad un procedimento di eliminazione e poi nel sottoporre la soluzione dominante ad un ulteriore controllo sulla base del criterio di "falsificabilità" – ricordano il procedimento algoritmico di una macchina "intelligente". Quest'ultimo viene, infatti, definito come un procedimento che risolve un determinato problema attraverso un numero finito di passi elementari, chiari e non ambigui.

Ad ogni modo, la normativa vigente sembra negare una possibile esistenza della figura del giudice robot nel settore del diritto penale.

L'art. 6 co. 1 della Convenzione per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevede, infatti, che la causa venga esaminata da un tribunale "indipendente e imparziale"; alla stessa stregua, l'art. 111 co. 2 della Costituzione richiede che il processo si svolga davanti ad un giudice "terzo e imparziale". Ciò, tuttavia, non esclude che alle macchine "intelligenti" possa essere comunque demandata, se non la decisione finale, la soluzione di specifiche questioni costituenti il presupposto di tale decisione.

Del resto, l'affidamento completo della decisione finale al robot togato – dotato indubbiamente di memoria storica fatta di dati normativi e di milioni di precedenti giurisprudenziali e di riflessioni dottrinarie – urterebbe con il buon senso, l'equilibrio, l'etica e la coscienza di cui è titolare solo l'Uomo e, dunque, l'Uomo Magistrato.

Vero è, infatti, che la sentenza deve essere prevedibile e coerente, tenuto conto della normativa e dei principali orientamenti giurisprudenziali esistenti in materia ma deve, al contempo, sottolinearsi l'importanza primaria del libero arbitrio dell'Uomo Magistrato, il quale, quando vengono, soprattutto, in rilievo in particolar modo i diritti fondamentali della persona, deve approcciarsi alla decisione finale in maniera tutt'altro che "meccanica" ma con ragione e sentimento, propri della Vita umana.

La Giustizia, a differenza di un algoritmo che tende al ragionamento esatto, deve tendere alla verità, coniugando la verità sostanziale con la verità processuale. E questa prerogativa valutativa è propria solamente dell'Uomo. Pertanto, nel giudicare in tribunale, l'intelligenza artificiale non può che avere un ruolo ancillare e servente rispetto alla riflessione e valutazione del caso concreto, che deve restare appannaggio dell'Uomo.

9. Aspetto pratico: ChatGPT e le sue allucinazioni

L'intelligenza artificiale sta avendo nel panorama attuale una sempre più vasta applicazione grazie all'utilizzo di GPT-3, creato da Open AI, nonché della sua applicazione pratica cd. ChatGPT. Essa è in grado di generare testi, nuovi contenuti, come ad esempio immagini, video e testi, senza l'intervento umano, "allineandosi su un ampio set di esempi", nonché imparando a creare nuovi campioni simili; ciò pone, di fatto, "il serio problema del diritto d'autore sui testi elaborati da una macchina", la quale – restando pur sempre una res – "risulta essere come tale inidonea a rivendicare propri diritti personali sulle opere create che così risultano essere orfane di un proprietario".

Difatti, deve precisarsi che nei confronti di Open AI, creatrice di ChatGPT, è stata di recente intentata in un Tribunale Federale della California una class action per asserita violazione del diritto d'autore e della privacy di milioni di cittadini. Di fatto, lo studio legale promotore della causa sosteneva come il sistema di intelligenza artificiale cd. “generativa” eseguisse “i suoi algoritmi mediante l'utilizzo di masse di dati e di informazioni, acquisibili tanto in fonti aperte online, quanto in quelle consultabili da chiunque. La rielaborazione di questi dati da parte dell'AI – con capacità superiori a quelle dell'uomo – al fine di fornire testi, immagini, opere di ingegno comporterebbe nel concreto una violazione del diritto d'autore e della privacy degli originari autori dei dati riutilizzati. Tuttavia, sul punto – in considerazione dell'assenza di solidi spunti normativi in materia – si specifica che il compito di fissare limiti all'acquisizione e alla rielaborazione dei cd. open data sarà appannaggio della giurisprudenza.

Anche nell'ambito dell'insegnamento universitario sono state introdotte forme di AI al servizio degli studenti. L'Università di Harvard, difatti, ha messo a disposizione degli studenti CS50 una intelligenza artificiale analoga a ChatGPT, disponibile 24 ore su 24 ogni giorno, come assistente; ciò permette, da un lato, agli alunni di guadagnare in termini di disponibilità di dati offerti acquisiti in tempi rapidi, ma dall'altro fa sì che si perda ovviamente quella “empatia personale” tipica di un Uomo – specialmente di un docente universitario – la quale rappresenta il profilo più valorizzante del rapporto “maestro e allievo”.

Ad ogni modo, diversamente rispetto a quanto accade nel campo della medicina – dove i risultati iniziali ottenuti dall'Intelligenza Artificiale sembrano essere più che promettenti – la prima esperienza della AI, più specificatamente Intelligenza Artificiale ChatGPT, quale ausiliaria del giurista e/o esperto legale, in Tribunale negli Stati Uniti d'America si è rivelata catastrofica.

La relativa vicenda coinvolgeva il signor Roberto Mata, passeggero di un volo di linea della compagnia aerea Avianca – la cui difesa è stata affidata all'avvocato Steven Schwartz – il quale citava avanti al Tribunale di Manhattan la suddetta compagnia aerea a causa della ferita riportata dallo stesso durante un viaggio aereo ad un ginocchio a seguito dello scontro con un carrello porta vivande a bordo dell'aeromobile.

Davanti al Tribunale di New York, la compagnia aerea richiedeva l'archiviazione del caso, contestando altresì la scadenza dei termini per la proposizione della domanda; tuttavia, l'avvocato Schwartz, si opponeva alla richiesta di archiviazione, menzionando ex multis sette precedenti casi legali in cui i Tribunali americani davano ragione ai passeggeri (quali, ad esempio, il caso Martinez contro Delta Airlines, il caso Zicherman contro Korean Air e molti altri).

Si deve precisare come risultava impossibile per il giudice riuscire a risalire alle sentenze dei casi citati quali precedenti e, pertanto, il giudice stesso richiedeva al legale del signor Mata ove avesse recuperato le sentenze e, soprattutto, in che modo fosse venuto a conoscenza di detti casi.

Il legale, il quale fin da subito, per la ricerca degli stessi, si era rivolto all'Intelligenza Artificiale ChatGPT, svolgeva una ulteriore ricerca su ChatGPT, richiedendo di fatto alla medesima Intelligenza Artificiale i testi completi delle sentenze. Tuttavia, a seguito di questa ulteriore ricerca, veniva a conoscenza che quei precedenti legali forniti dall'Intelligenza Artificiale non erano mai esistiti nella realtà ma frutto dell'invenzione della stessa ChatGPT.

A tal punto, il legale di New York confessava al giudice l'accaduto e di essere – di fatto – stato tradito dalle allucinazioni dell'Intelligenza Artificiale, vale a dire dalle risposte casualmente false e inventate che l'Intelligenza Artificiale, a volte, unisce alle informazioni comprovate e autentiche. Ne consegue, pertanto, l'amara constatazione che le allucinazioni di ChatGPT possono essere deleterie nel mondo del diritto.

Accanto a ciò, deve rammentarsi come recentemente si siano verificate ulteriori ipotesi di cd. allucinazioni da parte dell'IA, quali, ad esempio, la vicenda di un professore universitario di diritto della Georgetown University che era stato accusato di indebite avances sessuali contro una studentessa, le quali, nella realtà, non sono mai state realizzate ma erano solamente il frutto di una invenzione dell'Intelligenza Artificiale.

Sul tema, è utile precisare che denominare detti gravi errori non con il termine “allucinazioni” bensì con quello – forse più corretto – di “difetti o malfunzionamenti” potrebbe dirsi, in un certo senso, più giovevole; infatti, in caso di difetti o malfunzionamenti, il nostro sistema giuridico prevede già delle sanzioni come, ad esempio, in materia di vizi e difetti del prodotto ai sensi dell'art. 1490 e ss. c.c. Ne deriverebbe, pertanto, un'applicazione analogica di dette norme sulla responsabilità anche a ChatGPT e al suo produttore OpenAI.

Ad ogni modo, una simile vicenda apre la strada ad una nuova idea della diffamazione.

Difatti, fermo restando quanto esplicitato nei paragrafi precedenti, se un'Intelligenza Artificiale provoca – così come accaduto nelle ipotesi sopra enunciate – dei danni ad una persona, colui il quale l'abbia progettata e messa sul mercato dovrebbe risponderne: di fatto, da un punto di vista giuridico, trattasi di diffamazione.

Sul punto, si rende necessario ricorrere al parallelismo o meglio all'analogia con il mezzo della stampa, qui specificandosi che nel nostro ordinamento il reato di diffamazione di cui all'art. 595 c.p. è aggravato nel caso in cui l'offesa sia arrecata con il mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità.

Ugualmente, difatti, si potrebbe ragionare per quanto riguarda ChatGPT, in quanto – oltre a trattarsi di uno strumento che produce notizie al pubblico – non risulta esservi alcun dubbio che sia stato cagionato un danno a colui il quale sia stato infondatamente accusato, ad esempio, di molestie, corruzione, appropriazione indebita e di reati che non avevano alcun collegamento con la realtà (perfino con allegazione di prove costruite ad hoc dall’applicazione di Intelligenza Artificiale).

Ne consegue che nei casi sopra richiamati OpenAI, organizzazione senza fini di lucro volta alla ricerca in materia di intelligenza artificiale, possa dunque dirsi responsabile, tanto sotto il profilo civile quanto quello penale, per i danni che l’Intelligenza Artificiale ChatGPT abbia prodotto. Del resto, non sembra possibile una esenzione da responsabilità giuridica poiché risulta verosimilmente configurabile il reato di diffamazione aggravata a cui deve aggiungersi il risarcimento del danno causato.

10. Conclusioni

In conclusione, si evidenzia come il tema dell’intelligenza artificiale, analizzato da una prospettiva giuridica, determini la genesi di numerose questioni problematiche che si innestano in ogni principale branca del diritto.

Sovente si guarda, invero, all’IA mettendo alla luce i plurimi vantaggi che dalla stessa conseguono in ogni campo in termini di efficienza e razionalizzazione del lavoro, minimizzazione dei costi, riduzione dei tempi e ottimizzazione delle risorse; tuttavia, è doveroso prendere contezza della grave minaccia per i diritti umani – “nocciolo duro e insacrificabile” del nostro Stato di diritto – e della conseguente necessità di salvaguardarli.

Per i più, la soluzione deriva proprio dalla legge, id est da una regolamentazione appropriata e oculata dei sistemi di intelligenza artificiale, con l’effetto che il pericolo è proprio rappresentato dalla possibilità che il diritto non vada di “pari passo” con l’automazione, ovvero con i moderni sviluppi della tecnologia. Rimangono, invero, ancora irrisolti molti interrogativi inerenti al tema della responsabilità civile e/o penale per i danni cagionati dalle entità artificiali, specialmente nei casi di utilizzo dell’intelligenza artificiale generativa. Da questo punto di vista, verosimilmente decisivo potrà ritenersi l’apporto dell’approvazione definitiva dell’AI Act.

Tuttavia, un’altra parte di esperti guarda con scetticismo al fenomeno del “novismo digitale”, cioè alla creazione di nuove leggi ad hoc per gestire le nuove tecnologie. Essi sottolineano come si tratti spesso di leggi non vincolanti e come i principi generali della Costituzione italiana si attagino già bene al mondo dell’automazione. In aggiunta, si teme che una sovrapproduzione di leggi, volte a

tutelare i diritti umani, realizzi il paradosso che i diritti medesimi non vengano più usati come “spada” ma come “scudo” per cercare di evitare le responsabilità di chi realizza illeciti civili o penali.

Da ultimo, deve sottolinearsi, proprio in ragione delle “esternalità negative” di cui supra, la necessità primaria di non cedere, anche in giudizio, alla primazia dell’intelligenza artificiale, bensì quella di favorire nonché affermare quella umana: la tecnologia deve, dunque, detenere un ruolo ancillare e servente rispetto all’intelletto umano, il solo che raccoglie al suo interno equilibrio, buon senso, coscienza, senso del limite, sensibilità, prudenza ed etica, concetti imprescindibili per l’esercizio di ogni attività giuridica e non replicabili in un robot – antropomorfo.

Bibliografia

- C. BARBARO, *Usa dell’Intelligenza Artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione Giustizia*.
- R. BORSARI, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni* in *MediaLaws. informatica e robotica giuridica*.
- F.G. CAPITANI, *Chi vince e chi perde con l’intelligenza artificiale nel diritto*, in *diritto e giustizia*.
- M.A. CATAROZZO, *Giustizia predittiva e Intelligenza Artificiale: quel bisogno antico di prevedere il futuro*, in *diritto e giustizia*.
- L. DE BIASE, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *Perché OpenAI è responsabile per i danni che ChatGPT ha prodotto*, in *Sole24Ore*.
- A. DI CERBO, *Intelligenza artificiale e responsabilità per danno da agente intelligente in Ius in itinere*.
- D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*.
- G. HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*.
- C. LAENZA, *Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio*.
- M. MARTORANA, *Intelligenza Artificiale: approvato il nuovo regolamento UE in Ipsa*.
- Normativa sull’IA: la prima regolamentazione sull’intelligenza artificiale, sul sito del Parlamento Europeo. Sito del Parlamento Europeo.
- A. PAJANO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F.P. PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, F. PIZZETTI, *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, 2018.
- S. RIONDATO, *Robot: talune implicazioni di diritto penale* in P. Moro, C. Sarra, *Tecnodiritto. Temi e problemi di D. SIMEOLI, P. SIRENA, AI: profili giuridici. Intelligenza artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista in Biodiritto*.
- U. SALANTRINO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*.
- M. SOFFIENTINI, *Intelligenza artificiale: quando si trattano dati personali il pregiudizio può rappresentare un rischio elevato*.
- U. RICCIARDELLI, *Automazione, Self Learning e Responsabilità civile: note a margine di una riflessione europea in Cammino Diritto*.
- G. RICCIO, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2019.
- Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2013 INL).
- V. TENORE, *I robot in giudizio! Considerazioni sull’utilizzo di intelligenza artificiale (AI) da parte del Magistrato: abdicare al ragionamento e alla riflessione quotidiana a favore di un robot togato, ovvero un “cretino digitale”, è un bene per la giustizia e per i suoi attori e destinatari?*
- G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*.
- A. TRAVERSI, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia: ci sarà un giudice robot?*, in *Questione Giustizia*.
- L. VIOLA, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*.
- La prima volta di ChatGPT in tribunale: a New York cita sentenze fasulle e il giudice gli dà torto sul sito *Open.online*.
- Regolamento sull’intelligenza artificiale: cosa vuole il Parlamento europeo, sul sito del Parlamento Europeo.

LA SOFT LAW ALL'INTERNO DEGLI UFFICI DEL PROCESSO, TRA NORMATIVA REGIONALE, PROTOCOLLI D'INTESA E PROVVEDIMENTI ORGANIZZATIVI INTERNI

Maria Rosaria De Lucia

Abstract [It]: Breve excursus della nascita e dello sviluppo degli istituti di soft law e la loro attuale applicazione nell'ambito dell'implementazione degli UPP.

Abstract [EN]: *Brief overview of the birth and development of soft law institutions and their current application in the implementation of UPPs.*

Parole chiave: Soft law; nuova Governance dell'amministrazione giudiziaria; Best practice; Protocolli d'intesa.

Keywords: *Soft law; new governance of the judicial administration; Best practices; Memoranda of understanding.*

Sommario: 1. Breve storia della soft law. - 2. Forme della soft law. - 3. La nuova Governance nell'Amministrazione Giudiziaria. - 4. I protocolli d'intesa e gli UPP..

1. Breve storia della soft law

A livello internazionale, non c'è Stato che possa emanare leggi vavevoli erga omnes fuori dai suoi limiti territoriali perciò, laddove sia necessario promuovere convergenze di azioni tra diversi paesi su argomenti ritenuti meritevoli di disciplina uniforme, disposizioni di diritto internazionale possono concretizzarsi solo in consuetudini internazionali o nei trattati¹.

Ma anche questi richiedono tempi lunghi rispetto alla rapidità con cui mutano le istanze globali, o anche solo comunitarie.

Ad un certo punto della nostra storia, la necessità di una più rapida tutela di taluni diritti in posti diversi del globo, o della regolazione degli scambi nei mercati comunitario o globale, la necessità di garantire gli investimenti allo steso modo in parti diverse del mondo, o anche solo del vecchio continente, hanno preso il sopravvento rispetto alla granitica prerogativa della sovranità statale nella produzione normativa: i tempi nei paesi di hard law non consentono adattamenti rapidi.

¹ Fabio PACINI, Ai confini della normatività. Hard law e soft law in “tempi difficili”, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi Economica e pandemica. Emergenza e persistenza Firenze, 17 e 18 giugno 2022.

Com'è stato acutamente osservato «... Soft law allude ad un certo superamento del ruolo dell'hard law, ossia del diritto proveniente dalle istituzioni politiche, e [il termine] governance [allude] al superamento delle procedure con cui quelle istituzioni decidono. Ma perché è necessario superarli? La risposta è: perché in questa direzione spingono la globalizzazione e il mercato. La globalizzazione è il trionfo del mercato e il mercato, come aveva intuito già Adam Smith², è concorrente della politica, produce regole di comportamento che contestano quelle poste dal legislatore politico quando questi non si arrende e si limita a seguirle, emularle, eseguirle. Il mercato impone le regole alla politica: e contesta il modo con cui la politica produce quelle regole»³.

Il concetto di governance nella realtà europea è stato utilizzato per identificare i poteri dei suoi organi rispetto alle loro funzioni, ossia la regolazione del funzionamento del mercato comune e la tutela degli interessi coinvolti.

Oggi questo concetto è stato traslato sul piano giuridico ad indicare lo strumento di gestione della Comunità [rectius oggi dell'Unione], «come un rimedio al c.d. deficit democratico che la Comunità non è[era] mai riuscita a colmare»⁴. «Ma il deficit la Comunità lo deriva[va] dal fatto di essere stata creata come un organismo rivolto al mercato, impronta genetica di cui non si è mai liberata. Questo deficit non è[era] affatto un incidente di percorso, un difetto destinato a trovare presto un rimedio; è[era], invece, un “elemento progettuale”, senza il quale il progetto – il mercato globale – non sarebbe [stato] realizzabile, non funzionerebbe. L'idea è che il mercato possa produrre da sé le proprie regole, indipendentemente dalla politica e dagli “interessi estranei” che alla politica potrebbe venire in mente di perseguire»⁵.

Le nostrane Autorità amministrative indipendenti sono conformate allo stesso modo: l'idea è quella di affidare la regolazione di determinati aspetti del mercato a soggetti regolatori “esterni” al sistema politico-rappresentativo, ma che sempre in una disposizione di hard law trovano la loro legittimazione e che nella loro attività si avvalgono anche del contributo dei soggetti da regolare.

2. Forme di soft law

² Cfr. P. ROSANVALLON, *Le libéralisme économique - Histoire de l'idée de marché*, Paris 1989.

³ Roberto BIN, *Soft law, no law*, in in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁴ A. WARLEIGH, *Informal governance: improving EU democracy?*, in *Informal governance in the European Union*, T. Christensen - S. Piattoni eds., Cheltenham - Northampton, Mass., 2004, 22 ss.

⁵ Roberto BIN, *Soft law, no law*, in in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit. Sempre ivi, in nota 3 e 4 per una ricostruzione del carattere antidemocratico delle istituzioni comunitarie, sottratte ai principi della rappresentanza politica, così come anche per gli organismi di regolazione internazionale dei mercati: G. MAJONE, *Deficit democratico, istituzioni non-maggioritarie ed il paradosso dell'integrazione europea*, in “Stato e mercato”, 2003, 3 ss., e F. ZAKARIA, *Democrazia senza libertà in America e nel resto del mondo*, Milano 2003, 317 ss.

Quando si parla, quindi, di *soft law* si parla di una serie di obblighi o impegni non accompagnati da sanzione giuridica in senso proprio e che, nonostante ciò, sono in grado di produrre effetti pratici: possono essere dichiarazioni, raccomandazioni o indicazioni su determinati comportamenti qualificati come auspicabili, indirizzati ad attori pubblici o privati; la mancata adesione ad essi da parte dei destinatari pur non generando una sanzione giuridica in senso tecnico, però, non può dirsi priva di conseguenze.

È il successo del requisito “dell’efficacia” della prescrizione contenuta nella regola “dolce”, in contrasto con il requisito fondamentale della norma giuridica per Kelsen, cioè la «validità giuridica della norma»⁶.

Se l’Illuminismo è stato il padre dello Stato di diritto, il Secolo breve è stato il padre dell’ordine piramidale delle fonti del diritto, nel quale era possibile trovare sempre e comunque una risposta alla domanda di “regole”, direttamente o indirettamente attraverso l’esercizio dell’attività di interpretazione.

Questa oasi di certezza è entrata in crisi con l’apertura progressiva alle realtà sovranazionali, sia comunitarie che internazionali.

È stato osservato come «l’inadeguatezza delle fonti giuridiche tradizionali di fronte alla gestione della realtà multiforme ed eterogenea (dipendente da fattori economici, storici e giuridici) ha posto la base per la creazione di tecniche di disciplina diverse da quelle preesistenti; lo Stato non ha saputo rispondere tempestivamente, ma soprattutto efficacemente, ai cambiamenti»⁷.

Cambia quindi la prospettiva: dal diritto come imposizione, da parte del potere costituito, di un comando per regolare la vita dei consociati, ad autoregolamentazione volontaria di questi ultimi in vista di un bene comune.

Ed in questa osservanza volontaria del precetto in quanto “necessaria” per il raggiungimento degli effetti desiderati, e non nella convinzione che essa sia “dovuta” giuridicamente, che emerge la diversa forza delle “norme dolci”.

Vista la molteplicità di forme degli atti o fatti che si fanno rientrare nel *genus* della *soft law*, è solo attraverso la verifica della ricorrenza degli elementi comuni che essi si qualificano atti o fatti di *soft*

⁶ Per M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 72, “il fatto che diritto morbido si presenti come una forma di diritto che implica degli impegni, ma che contestualmente non preveda delle sanzioni per il loro inadempimento, porterebbe a far sì che più che far riferimento alla tradizionale categoria dell’efficacia giuridica, ci si riferisca a quella del “successo” che è categoria del tutto estranea al linguaggio giuridico, ma che evidenzia la capacità di produrre effetti pratici.”

⁷ Salvatore MAGRA, *Il soft law*, in *CamminoDiritto.it*, 02/12, ISSN 2532-9871.

law. Tali elementi sono: «la flessibilità delle procedure di adozione degli atti, la vaghezza dell'orizzonte giustificativo, l'eterogeneità delle forme»⁸.

Taluni studiosi hanno più precisamente parlato di *pre-law*, *post-law* e *para-law*, a seconda che la *soft law* preceda l'adozione di fonti formali di *hard law* (libri bianchi, libri verdi, programmi), si limiti ad interpretarle ed integrarle (direttive interpretative, circolari) o ne rappresenti una alternativa (raccomandazioni, comunicazioni, pareri)⁹.

Ciò che, comunque, emerge è la riduzione dello spazio delle fonti del diritto, per come finora conosciuto, a favore di questo diritto morbido, che «nelle prime due ipotesi, in realtà, tentano di influenzare la produzione dell'*hard law* attraverso l'interpretazione, l'indirizzo e l'orientamento»¹⁰.

Unico punto di convergenza della dottrina è nel riconoscimento della efficacia che tali atti producono perché, pur non avendo il crisma della giuridicità e quindi dell'obbligatorietà dell'osservanza e la conseguente sanzione in caso d'inosservanza, la loro osservanza o meno incide sui risultati che essa è destinata a dispiegare, e a cui possono seguire conseguenze “diverse” dalla sanzione¹¹.

Cambia l'elemento legittimante l'obbligatorietà della regola: nella concezione formale del diritto essa discende dal fatto che l'autorità costituita ha posto la regola e prevede delle conseguenze in caso d'inosservanza, mentre nella *soft law* il carattere giuridico si fa discendere dalla effettività dell'applicazione della regola – tanto da ritenere che una territorialmente diffusa inosservanza farebbe venire totalmente meno la sua vincolatività –.

Anche se ciò può accadere altresì per le fonti “formali” è, però, sempre necessaria una espressa dichiarazione che ne faccia cessare o ne modifichi la vincolatività.

⁸ L'eterogeneità è sicuramente un elemento caratterizzante la *soft law*. In questo senso, B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2003, p. 9: «il diritto può essere *soft* con riguardo alla sua autorità, al suo contenuto, alla sua efficacia. Può esserlo, inoltre, in quanto espressione di una giuridicità allo stato incoativo. L'eterogeneità appare, pertanto, un suo tratto peculiare» (si veda anche ID., *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 123)

⁹ Sulla classificazione della *soft law* con riferimento alle tre funzioni indicate, cfr. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004, p. 120; e Roberto BIN, *Soft law, no law*, cit., pp. 37-38.

¹⁰ A. AGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto tra ordinamenti o fine del conflitto democratico?* in *Costituzionalismo.it* Fascicolo n. 3/2016 285.

¹¹ «Rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects», in F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n. 1, p. 32; nella dottrina italiana, recentemente, con un'ampia ricostruzione sul punto, si veda E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., pp. 3 ss.

Emblematica sul punto è la famosa e discussa “Lettera della BCE al Presidente del Consiglio Mario Monti”: Lettera della Banca Centrale Europea al Governo italiano del 5 agosto 2011, a firma di J. C. TRICHET e M. DRAGHI, consultabile sul sito del *Il Sole 24 ore*, 29 settembre 2011 (www.ilsole24ore.com).

Per una disamina critica cfr. G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in *Federalismi.it*, n. 20/2016, p. 6.

«Per limitarsi a qualche esempio, all'alveo della *soft law* sono generalmente ricondotte le dichiarazioni di principi e le risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, gli accordi non-binding, così come, più ampiamente, raccomandazioni, dichiarazioni, pareri, comunicazioni, orientamenti, codici di condotta, adottati da organizzazioni internazionali e sovranazionali, ma anche da istituzioni nazionali, come le autorità amministrative indipendenti o i comitati etici, registrando non di rado una commistione fra pubblico e privato»¹².

3. La nuova Governance nell'Amministrazione giudiziaria

Non molto tempo prima del periodo pandemico, con l'introduzione di nuovi sistemi di governance e di politiche di trasparenza, e anche grazie anche ai risultati dati dall'introduzione del Bilancio di Responsabilità Sociale, è stato avviato un processo di "apertura" verso l'esterno dell'Amministrazione giudiziaria, con una vera pianificazione e controllo degli uffici giudiziari.

Il nuovo approccio a fronte della necessità di una concreta attuazione dei valori costituzionali di buon andamento e di imparzialità della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.), del giusto processo e sua ragionevole durata (art. 111 Cost.), della tutela delle garanzie difensive attraverso il raggiungimento di soluzioni comuni e qualitativamente in grado di fornire la decisione giusta e rapida (art. 24 Cost.), ha aperto la strada ad una moderna "*governance*" degli uffici giudiziari: intervento coordinato multilivello (tecnico, manageriale, istituzionale); adesione ai valori costituzionali fondanti; condivisione; ibridazione dei saperi; cultura dell'apertura all'esterno.

Ciò è stato possibile attraverso il ricorso alla disseminazione tra gli uffici delle "*best practice*" (le prassi virtuose) e dei "protocolli d'intesa" con i soggetti che a vario titolo intervengono nella erogazione del "servizio giustizia"¹³.

In sede comunitaria, la diffusione delle buone prassi è stato oggetto di osservazione della Commissione per l'efficienza della Giustizia, la quale è stata istituita in seno al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa al fine di migliorare la risposta giudiziaria nei paesi dell'Unione e di rendere più visibile e trasparente il risultato di efficienza del sistema rispetto alla considerazione dell'utenza¹⁴.

¹² A. AGOSTINO, La *soft law* comunitaria e il diritto statale: conflitto tra ordinamenti o fine del conflitto democratico? in *Costituzionalismo.it* Fascicolo n. 3/2016, p. 285, cit.

¹³ Il contributo del CSM all'elaborazione e alla diffusione delle *best practices*, in CSM, Lavori del Consiglio, in <https://www.csm.it/web/csm-internet/lavori-del-consiglio/focus-e-approfondimenti/buone>.

¹⁴ Riccardo GRECO (Presidente del Tribunale per i minorenni di Bari), *Le best practices nel sistema giudiziario*, in "Etica, legalità ed efficienza nella Pubblica Amministrazione", a cura di Nunzio Angiola – Giuseppe Mongelli – Enzo Varricchio, Edizioni Aracne, Roma, 2018.

Per “prassi virtuose” si intendono le esperienze più significative, o comunque quelle che ottengono i migliori risultati; si tratta di positive esperienze degli uffici locali, nate dal produttivo confronto tra i diversi attori coinvolti e nelle quali ciascuno è spinto da una comune cultura e necessità di cambiamento e di progresso nella qualità del servizio giustizia.

Ad esempio, migliori collaborazioni tra, magistrati, avvocati e cancellieri, allo scopo di migliorare l’efficienza del sistema e la qualità della tutela dei diritti hanno riguardato:

- l’organizzazione e la gestione delle udienze;
- le modalità di partecipazione dei professionisti all’attività giudiziaria;
- accoglienza dell’utenza privata (testimoni, parti e minori);
- l’interpretazione delle norme processuali.

Si sono poi avute più intense forme di collaborazione con altri attori istituzionali:

- con regioni ed enti locali si sono avuti protocolli d’intesa, anche con l’applicazione temporanea di personale specializzato presso gli uffici giudiziari, al fine di una migliore tutela di interessi locali;
- con soggetti privati qualificati - ordini professionali, incaricati dei pubblici servizi di pubblicità legale - creando un circuito virtuoso che ha portato a ottenere un solido consenso nelle categorie interessate.

4. I protocolli d’intesa e gli UPP

I protocolli d’intesa sono solo una delle tante forme di *soft law* che possiamo trovare nell’ambito degli uffici giudiziari; «diversi possono essere i destinatari - ordini professionali, enti locali, altre amministrazioni pubbliche, authorities, etc... -, così come diversi possono esserne gli oggetti: affermazioni simboliche di valori, accordi di collaborazione scientifica, stage formativi, modalità di redazione di atti giudiziari o di gestione di adempimenti procedurali, messa a disposizione di personale munito di specifiche competenze professionali, accesso a banche dati, scambio di dati sensibili, conduzione condivisa di attività»¹⁵.

La fonte normativa della possibilità di concludere protocolli d’intesa è nell’art. 15 comma 1 della Legge 241/1990 che consente alle pubbliche amministrazioni di «concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune», anche al di fuori delle

¹⁵ Vincenzo GIGLIO, Protocolli di intesa degli uffici giudiziari e i loro effetti in ambito penale, in <http://www.Diritto.it>, 2018-04-04.

ipotesi in cui è prevista l'istituzione della conferenza di servizi e precisa i casi ai quali questo istituto è applicabile.

L'ANAC¹⁶ è intervenuta su questa materia con un parere non vincolante, ma di enorme pregio: dopo un'approfondita ricognizione dei principi emersi sul punto, sia nella giurisprudenza nazionale che sovranazionale, ha fissato alcuni tratti essenziali dei protocolli d'intesa; in particolare, possono essere conclusi nell'interesse pubblico comune ai partecipanti e devono prevedere una reale divisione di compiti e responsabilità, in forma di reciproca collaborazione¹⁷.

Gli uffici giudiziari possono essere annoverati tra pubbliche amministrazioni¹⁸, ma solo limitatamente all'esercizio delle loro attività di tipo amministrativo e, quindi, non possono ammettersi protocolli d'intesa che in qualche modo limitassero l'esercizio delle prerogative derivanti dalla funzione giudiziaria.

Con l'attivazione degli uffici per il processo sono state necessarie disposizioni di raccordo e implementazione tra gli uffici sia dello stesso Ministero della Giustizia, sia con altri enti attraverso protocolli d'intesa.

Così in vista dell'entrata in servizio dei nuovi funzionari UPP sono state emesse dal Ministero della giustizia una serie di circolari¹⁹ e note aventi ad oggetto, non solo, la rapida selezione dei nuovi funzionari da assumere ma, soprattutto, il loro accoglimento, la loro formazione per la successiva allocazione²⁰

¹⁶ ANAC, Parere AG/07/15/AP del 18 febbraio 2015.

¹⁷ Vincenzo GIGLIO, Protocolli di intesa degli uffici giudiziari e i loro effetti in ambito penale, in <http://www.Diritto.it>, 2018-04-04, cit.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 1 comma 2 del D. Lgs. 165/2001 (Testo unico del pubblico impiego) sono pubbliche amministrazioni tutte le amministrazioni dello Stato.

¹⁹ Circolare 10 marzo 2022 - Supporto alle attività di immissione degli addetti all'ufficio per il processo - Riepilogo delle informazioni principali.

Circolare 17 febbraio 2022 - Inserimento, accoglienza e formazione del personale con il profilo di addetto all'Ufficio per il processo. Formazione di ingresso sui servizi di cancelleria e gli applicativi informatici in uso negli Uffici giudiziari. Indicazioni operative.

Circolare 11 febbraio 2022 - Formazione del personale con la qualifica di addetto all'ufficio per il processo

Nota 31 gennaio 2022 - Diffusione del Sistema Unitario del Personale del Ministero della Giustizia (SUP) e dell'applicazione Onboarding Personale per la gestione delle nuove assunzioni.

Circolare 22 dicembre 2021 - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza approfondimenti: avvio del sistema monitoraggio continuo obiettivo PNRR.

Circolare 21 dicembre 2021 - Reclutamento, mansioni, formazione e modalità di lavoro dei primi 8.250 addetti all'ufficio per il processo assunti ai sensi del decreto-legge n. 80 del 2021.

Circolare 2 dicembre 2021 - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza approfondimenti: adozione dei progetti organizzativi ai sensi dell'articolo 12, comma 3, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80 convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113 – Linee guida e schema relativo.

Circolare 12 novembre 2021 - Indicatori di raggiungimento degli obiettivi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

²⁰ Circolare 3 novembre 2021 - Piano Nazionale di ripresa e resilienza – Avvio progetto Ufficio per il processo - Informazione e linee guida di primo indirizzo sulle attività organizzative necessarie per l'attuazione.

Una modifica, in senso più efficientista, delle procedure di selezione del personale, una più adeguata formazione e nel contempo la digitalizzazione del lavoro, per un'offerta di servizi migliori, erano alcuni dei punti del PNRR in tema di giustizia da realizzare e, per altro, non tutti necessariamente mediante investimenti di somme ma, più semplicemente, ripensando all'organizzazione del lavoro e alle modalità di erogazione dei servizi. E quest'obiettivo può dirsi sicuramente già raggiunto.

In questo contesto di *soft law* sono da inserirsi anche: i protocolli d'intesa conclusi tra uffici giudiziari al fine del potenziamento di alcuni canali di trasmissione telematica degli atti, così da migliorare i tempi di erogazione dei servizi²¹; i protocolli d'intesa conclusi tra uffici giudiziari ed università per il completamento della formazione degli studenti²².

Presso il Tribunale di Cassino, dal sito web del tribunale, risultano attivi, a partire dal 2021, 4 protocolli d'intesa e collaborazione: Protocollo di collaborazione con Unicas per il presente progetto sulla "Giustizia giusta"; Protocollo ministeriale Coa per le modalità operative per la sospensione della pena e la messa alla prova; Protocollo Coa per l'istituzione dell'elenco dei curatori speciali dei minori in materia civile e penale; Protocollo Coa sui trasferimenti immobiliari nei procedimenti di separazione e divorzio.

Presso la Corte di appello di Roma, invece, nell'arco di pochi mesi è stata resa operativa, in collaborazione con la società Aste Giudiziarie, una piattaforma informatica sul sito web della Corte che consente l'accesso dell'utenza (professionale, ma anche privata) a un sistema di prenotazione on line che ha razionalizzato e accelerato tempi e modi della fruizione dei servizi, determinando il venir meno di file lunghissime e ad ore impensabili.

A livello organizzativo interno, invece, ogni ufficio ha proceduto, con proprie disposizioni e secondo quelle che erano le proprie priorità; così qualcuno ha predisposto un mansionario interno, finanche completo di procedure materiali da seguire, per la trasmissione dei fascicoli al giudice del gravame²³, ciò al fine di rendere i nuovi funzionari UPP immediatamente operativi a fronte dell'elevato numero di fascicoli da trasmettere.

²¹ Tribunale di Pisa - 22/03/2022 – PROTOCOLLO AGGIORNATO PER L'UTILIZZO DELLA CONSOLLE DEL PM NEGLI AFFARI CIVILI. Il Tribunale assieme alla Procura della Repubblica di Pisa hanno stipulato un protocollo aggiornato volto ad affinare le metodologie di comunicazione in materia di affari civili nonché ad implementare i flussi suscettibili di trasmissione telematica.

²² 23/10/2020 – Tribunale di Pisa- PROTOCOLLO DI INTESA TRA TRIBUNALE E UNIVERSITA' DI PISA finalizzato, tra le altre cose, ad accogliere presso le strutture del Tribunale soggetti in tirocinio o stage curriculare di formazione e di orientamento su proposta dell'Università.

²³ Sez. VII e X del Tribunale di Roma.

Allo stesso modo, nei progetti preliminari alla costituzione degli UPP negli uffici giudiziari di Firenze, Pistoia e Prato compare una dettagliata elencazione di attività, ripresa per altro da una circolare ministeriale, finalizzate al più efficiente funzionamento dell'UPP e in tempi brevi²⁴.

Dai report messi a disposizione dagli uffici della Macoarea3 non si rinvengono indagini specifiche circa l'esistenza e l'incidenza di eventuali disposizioni di *soft law* interne, che in qualche modo stiano contribuendo alla realizzazione degli obiettivi prefissi nei vari progetti.

Occorre, invece, dare atto della sigla in data 30 agosto 2022 del “Protocollo di intesa fra la Corte di Appello di Firenze, la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Firenze, il Tribunale per i Minorenni di Firenze, la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Firenze e la Regione Toscana”.

Gli uffici giudiziari sono stati spinti dall'esigenza di “attuare una proficua collaborazione nella condivisione di obiettivi di servizio, che riguardano in particolare l'amministrazione della giustizia, al fine di perseguire l'efficienza, l'efficacia e la semplificazione dell'azione giudiziaria, con particolare attenzione agli utenti qualificati del settore (avvocati e altri professionisti), ai cittadini, alle imprese ed agli enti locali, nell'ambito della programmazione delle azioni relative all'agenda digitale toscana, della trasformazione digitale della PA e dello sviluppo della società dell'informazione e della conoscenza”²⁵.

Mentre la Regione Toscana ha inteso contribuire, in base al principio di leale collaborazione, al miglioramento dell'organizzazione amministrativa degli uffici giudiziari del proprio territorio, prevedendo iniziative e protocolli di collaborazione secondo i principi e le finalità della normativa vigente, e altresì, rafforzare la diffusione dei servizi digitali della PA nell'ambito di una sempre più stretta collaborazione tra amministrazioni dello Stato, amministrazioni regionali ed enti locali secondo un modello di erogazione di servizi telematici.

Le predette amministrazioni hanno, quindi, stipulato tale protocollo per conseguire i seguenti obiettivi:

²⁴ Come dall'allegato II della circolare Min. Giust. 3.11.2021: “studio dei fascicoli (predisponendo, ad esempio, delle schede riassuntive per procedimento); supporto al giudice nel compimento della attività pratico/materiale di facile esecuzione, come la verifica di completezza del fascicolo, l'accertamento della regolare costituzione delle parti (controllo notifiche, rispetto dei termini, individuazione dei difensori nominati ecc.), supporto per bozze di provvedimenti semplici, il controllo della pendenza di istanze o richieste o la loro gestione, organizzazione dei fascicoli, delle udienze e del ruolo, con segnalazione all'esperto coordinatore o al magistrato assegnatario dei fascicoli che presentino caratteri di priorità di trattazione; condivisione all'interno dell'ufficio per il processo di riflessioni su eventuali criticità, con proposte organizzative e informatiche per il loro superamento; approfondimento giurisprudenziale e dottrinale; ricostruzione del contesto normativo riferibile alle fattispecie proposte; supporto per indirizzi giurisprudenziali sezionali; supporto ai processi di digitalizzazione e innovazione organizzativa dell'ufficio e monitoraggio dei risultati; raccordo con il personale addetto alle cancellerie”.

²⁵ M_DG. Procura Generale della Repubblica di FIRENZE - Prot. 30/08/2022.0009490.E

- regolamentare i rapporti tra le Parti nell'ambito allo sviluppo dei servizi in materia di giustizia civile e penale citati in premessa, in particolare inerenti i seguenti ambiti di interesse:
- innovazione tecnologica, intesa anche come reingegnerizzazione, dei seguenti applicativi:
 - Raccolta sentenze penali
 - Giustizia in Toscana
 - Cancelleria distrettuale
 - Tribunale per i minorenni
- Comunicazione istituzionale. I siti web sono ormai diventati portali pubblici, e sportelli virtuali, per non parlare dei social network che ormai sono divenuti uno strumento irrinunciabile per il dialogo e il confronto tra i cittadini e la Pubblica amministrazione in un'ottica di multicanalità. In quest'ambito si si propone di realizzare iniziative comuni:
- realizzare iniziative comuni per la diffusione del Progetto Uffici di prossimità sul territorio regionale;
- realizzare iniziative comuni nel settore della giustizia, sul territorio regionale e nazionale nei confronti di iniziative finalizzati a cittadini e imprese;
- rendere ancora più efficace ed efficiente l'azione della pubblica amministrazione, sia attraverso le innovazioni tecnologiche che attraverso la formazione e l'affiancamento agli utenti degli uffici giudiziari del territorio toscano.

Inoltre, ci si prefigge di:

- concludere accordi relativi alle iniziative e agli strumenti oggetto del presente Protocollo;
- concludere accordi relativi alle iniziative e agli strumenti oggetto del presente Protocollo anche con altri soggetti pubblici coinvolti nel sistema giustizia;
- sviluppare ulteriori forme di collaborazione sia nella condivisione di infrastrutture che di dati e di servizi telematici, nel rispetto della normativa vigente;
- promuovere, a scopo preventivo, la migliore conoscenza delle informazioni relative alla situazione delle infiltrazioni mafiose e dei fenomeni corruttivi che interessano la regione, attraverso iniziative di studio e ricerca.

La durata è fissata fino al 31 dicembre 2025, ma è rinnovabile per un analogo periodo di tempo al permanere delle comuni esigenze, mediante nuova stipula di protocollo.

Di particolare rilievo è la condivisione delle informazioni, nel rispetto della vigente normativa in tema di trattamento dei dati, al fine di un più efficace contrasto della criminalità mafiosa ovvero delle fattispecie corruttive, e ciò mediante l'utilizzazione delle competenze della Regione Toscana nel settore dell'innovazione tecnologica e le proprie infrastrutture telematiche e di sicurezza.

Il nuovo orizzonte aperto dalla “legge morbida” ha ancora molto da offrire.

BIBLIOGRAFIA

- AGOSTINO A., La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto tra ordinamenti o fine del conflitto democratico? in *Costituzionalismo.it* Fascicolo n. 3/2016.
- BIN R., Soft law, no law, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CERRINA FERONI G., Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione, in *Federalismi.it*, n. 20/2016.
- GIGLIO V., Protocolli di intesa degli uffici giudiziari e i loro effetti in ambito penale, in <http://www.Diritto.it>, 2018-04-04.
- GRECO R. (Presidente del Tribunale per i minorenni di Bari), Le best practices nel sistema giudiziario, in “Etica, legalità ed efficienza nella Pubblica Amministrazione”, a cura di Nunzio Angiola – Giuseppe Mongelli – Enzo Varricchio, Edizioni Aracne, Roma, 2018.
- MAGRA S., Il soft law, in *CamminoDiritto.it*, 02/12, ISSN 2532-9871.
- PASTORE B., Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2003.
- ROSANVALLON P., *Le libéralisme économique - Histoire de l'idée de marché*, Paris 1989.
- SOMMA A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.
- WARLEIGH A., Informal governance: improving EU democracy?, in *Informal governance in the European Union*, T. Christensen - S. Piattoni eds., Cheltenham - Northampton, Mass., 2004.

PROCESSO VERBALE DI CONSTATAZIONE, PRESUNZIONI TRIBUTARIE E DOLO DI EVASIONE

Nota a sentenza della Corte di cassazione penale, III, n. 44170 del 2023

Avv. Micaela LOPINTO

Abstract [It]: Attraverso l'analisi (anche in chiave critica) di una recente pronuncia della Corte di cassazione si vogliono definire in modo chiaro i concetti di Processo Verbale di Constatazione, Presunzioni Tributarie nel Processo Penale e Tributario e Dolo di Evasione.

Abstract [En]: *This work analyzes the revolution in production processes towards modernization achieved through*

Sommario: **1.** Premessa: il Processo Verbale di Constatazione. - **2.** Le presunzioni tributarie: processo penale e processo tributario a confronto. - **3.** Dolo di evasione alla luce della pronuncia della Corte di cassazione n. 44170 del 2023. - **4.** Le critiche. - **5.** Conclusioni.

1. Premessa: il Processo Verbale di Constatazione

Regola generale vuole che il Processo Verbale di Constatazione possa essere identificato come “[...] l’ipotesi di verifica fiscale presso la sede del contribuente, l’attività di controllo svolta dagli uffici dell’Agenzia o dalla Guardia di finanza [che] si conclude con la consegna di un processo verbale di constatazione (PVC) in cui sono indicate le eventuali violazioni rilevate e i relativi addebiti [...]”.

La definizione qui offerta, benché autorevole poiché proveniente dai siti internet pubblici di Agenzia delle Entrate, può essere arricchita con l’esperienza pratica.

Più in particolare, chi frequenta le Aule dei Tribunali in materia di diritto commerciale, diritto civile e diritto tributario sa bene che il su indicato verbale consta di numerose pagine (nell’esperienza di chi scrive, una media di duecento fitte) e contiene spesso numerosi riferimenti ai processi penali paralleli e/o capaci di intersecarsi con gli accertamenti svolti dagli Uffici e con i poteri di polizia giudiziaria di cui gode la Guardia di Finanza.

Nonostante le chiare indicazioni fornite dal d.lgs. 74/2000 in ordine ai rapporti tra i due giudizi (D.lgs. 74 del 2000 – Art. 20 Rapporti tra procedimento penale e processo tributario – 1. Il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione), è comunque opinione unanime che esista

una fisiologica interferenza tra di essi, specie sotto il profilo della utilità delle intercettazioni e/o degli esiti degli interrogatori. Ancora, può essere utile descrivere questa tipologia di scritto: oltre alla lunghezza, spesso consistente, lo stesso contiene una analisi del fatturato (con annesso numero di fatture e/o codice identificativo delle stesse) ed una accurata analisi degli addebiti oltre alla indicazione della esistenza o meno di profili di falsità degli atti o documenti e/o all'avvenuto rilievo di operazioni inesistenti.

2. Le presunzioni tributarie: processo penale e processo tributario a confronto

“[...] Se le presunzioni tributarie (semplici o gravi che siano) possano trovare ingresso nel processo penale e fondare una sentenza di condanna, è necessario che comunque il giudice dia conto dell'esistenza del fatto indiziante, in mancanza del quale è impossibile – già sul piano logico – sostenere l'esistenza dell'indizio stesso [...]”, (Corte di cassazione n. 44170 del 2023).

Dolo di evasione alla luce della pronuncia della Corte di cassazione n. 44170 del 2023.

“[...] Il diritto penale tributario si caratterizza per la sua specialità che gli deriva dalla particolare materia che ne costituisce l'oggetto, ma resta pur sempre diritto penale, diritto cioè dei comportamenti ritenuti lesivi di beni giuridici o di valori ad essi preesistenti, non diritto degli atti o degli interessi regolati dalle norme tributarie e certamente non dell'obbligazione tributaria [...]”.

“[...] Il dolo specifico di evasione, per la sua forte carica intenzionale, segna il punto di frattura più grave tra l'atteggiamento anti doveroso dell'autore del fatto illecito, l'ordinamento giudico ed il bene protetto, un punto di non ritorno che giustifica il sacrificio della inviolabilità della libertà personale in considerazione del livello di aggressione al bene e della funzione rieducativa della pena [...]”.

“[...] Non si può di conseguenza ritenere sufficiente, ai fini della prova del dolo specifico, la mera consapevolezza dell'entità dell'imposta evasa; l'entità dell'imposta evasa costituisce solo uno degli elementi del Fatto tipico, la cui consapevolezza potrebbe, al più, giustificare un addebito a titolo di dolo generico, non di certo di dolo specifico che richiede un quid pluris rispetto alla mera consapevolezza dell'oggetto dell'omissione [...]”.

“[...] Il dolo specifico di evasione, per la sua forte carica intenzionale, segna il punto di frattura più grave tra l'atteggiamento anti doveroso dell'autore del fatto illecito, l'ordinamento giudico ed il bene protetto, un punto di non ritorno che giustifica il sacrificio della inviolabilità della libertà personale in considerazione del livello di aggressione al bene e della funzione rieducativa della pena [...]”.

“[...] Non v'è dubbio che il fine di evasione qualifica la condotta sul piano penale; ove venga accertata un'imposta effettivamente dovuta superiore a quella dichiarata (o non dichiarata affatto) e/o componenti positive di reddito inferiori a quelle effettive o elementi passivi fittizi, l'indagine non avrebbe verificato altro che alcuni degli elementi costitutivi del reato, quelli che qualificano, sul piano oggettivo, l'offesa degli interessi erariali e giustificano (ma non esauriscono) la rilevanza penale della condotta. Ma tale indagine non assorbe quella relativa all'accertamento del dolo specifico di evasione che nei reati dichiarativi concorre a tipizzare la condotta. Altrimenti si corre il rischio di identificare il dolo specifico di evasione con la pura e semplice consapevolezza dell'obbligo dichiarativo violato e dell'entità dell'imposta non dichiarata [...]. Il reato è illecito di modo; il dolo di evasione è volontà di evasione dell'imposta mediante le specifiche condotte tipizzate dal legislatore penale tributario [...]”.

4. Le critiche

Il testo della sentenza – pur essendo molto utile ai fini didattici, di studio e di ricerca in quanto contenente numerose definizioni e, pertanto, prima “sezionato” in commento e poi anche riportato per esteso al termine dello scritto – avrebbe, tuttavia, potuto soffermare maggiormente l'attenzione sulle risultanze del processo verbale di constatazione. Si spera, in ogni caso, di aver sopperito alla mancanza (ai fini di studio) attraverso la breve descrizione offerta. Il documento, infatti, è cruciale sia nelle fasi investigative sia in quelle di accertamento. Nel testo della sentenza si legge, infatti, che “[...] il PVC del redatto dalla Guardia di Finanza all'esito della verifica fiscale, non gli è mai stato consegnato (benché la sentenza sostenga il contrario) e non è mai stato nemmeno acquisito al processo [...]”.

5. Conclusioni

In conclusione, si può affermare che il d.lgs. 74/2000 è il testo normativo di riferimento per la gran parte della disciplina del diritto penale tributario. Ciò non implica, tuttavia, automatica autosufficienza delle disposizioni di legge. Anzi. Il diritto tributario (e, con esso, il diritto penale tributario) è tra i più affascinanti proprio per la poca chiarezza normativa, che, conseguentemente, merita arricchimento attraverso attività interpretativa e giurisprudenziale.

OSSERVAZIONI

“[...] il PVC del redatto dalla Guardia di Finanza all’esito della verifica fiscale, non gli è mai stato consegnato (benché la sentenza sostenga il contrario) e non è mai stato nemmeno acquisito al processo;

– manca qualsiasi spiegazione (e autonoma valutazione) degli elementi di fatto in base ai quali è stato ricostruito il volume di affari e, di conseguenza, l’imposta evasa, non accertabile, in sede penale, mediante il ricorso a presunzioni semplici e il relativo ribaltamento dell’onere della prova, onere che grava, in sede penale, esclusivamente sul pubblico ministero. Lamenta, pertanto, l’omessa motivazione sulle questioni dedotte in appello (trascritte nel ricorso) relative: – alla arbitraria determinazione del volume di affari, ricostruito partendo dalle rimanenze iniziali dell’esercizio 2013 (euro 286.823,00) corrispondenti a quelle finali del 2012 a loro volta ricostruite in base ad un avviso di accertamento mai prodotto in giudizio e per effetto del quale, tra l’altro, si è ritenuto contraddittoriamente non superata la soglia di punibilità per quello stesso anno benché secondo l’Agenzia delle Entrate tale valore fosse presente già nelle dichiarazioni fiscali relative all’anno di imposta 2011;

– all’erroneo calcolo dell’IVA che si assume evasa, frutto non solo di operazioni induttive e ricostruzioni ipotetiche del reddito di impresa ma basato anche su documenti (l’avviso di accertamento relativo all’anno 2012) non entrati nel fascicolo; è stata inoltre applicata l’IVA nella sua percentuale massima (22%) benché la società vendesse anche prime case con applicazione dell’IVA agevolata (omissis) (omissis) (omissis) (omissis) del 4%; non si conoscono i valori dei beni compravenduti, il prezzo della vendita, se gli acquirenti fossero soggetti a IVA o a imposta di registro.

1.2. Con il secondo motivo deduce la violazione e/o l’erronea applicazione degli artt. 27, 111 Cost., 5. d.lgs. n. 74 del 2000, 192, 530, 533, 546 cod. proc. pen., il travisamento della prova, l’omessa, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione per aver riconosciuto la sussistenza dell’elemento soggettivo del reato.

La Corte di appello, lamenta, ha desunto il dolo specifico dal fatto che l’imputato non aveva presentato per anni la dichiarazione fiscale e aveva mostrato disinteresse rispetto alle richieste e verifiche, tenuto altresì conto del volume di affari certamente non irrisorio della società.

Richiamati gli argomenti a sostegno del primo motivo, osserva che la mancata presentazione della dichiarazione fiscale non può assurgere, di per sé, a prova della finalità di evasione, né ha rilevanza

il fatto che il ricorrente fosse sottoposto a verifiche fiscali o fosse genericamente consapevole del valore non esiguo del volume d'affari, peraltro ricostruito nei termini indicati nel primo motivo.

1.3. Con il terzo motivo deduce la violazione e/o l'erronea applicazione degli artt. 27, 111 Cost., 5. d.lgs. n. 74 del 2000, 131-bis cod. pen., 192, 530, 546 cod. proc. pen., il travisamento della prova, l'omessa, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione per la mancata applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. giustificata con precedenti per evasione fiscale che non emergono dal certificato penale.

2. Con memoria trasmessa per via telematica, il difensore del ricorrente, Avv. ha replicato alla richiesta del PG di declaratoria di inammissibilità del ricorso e ha concluso chiedendo l'annullamento della sentenza impugnata [...]”.

MOTIVAZIONI IN DIRITTO

2. Incontestata l'omessa presentazione della dichiarazione annuale relativa all'imposta sul valore aggiunto dovuta per l'anno 2013, il Tribunale aveva ritenuto il superamento della soglia di punibilità di cui all'art. 5, d.lgs. n. 74 del 2000, acriticamente recependo (senza dare, cioè, conto dei criteri di valutazione del dato probatorio) il ragionamento dell'Ente impositore, compendiato nell'avviso di accertamento richiamato dalla sentenza, che aveva calcolato il volume di affari in considerazione delle esistenze iniziali.

2.1. In sede di appello l'imputato aveva contestato l'acritico recepimento, in sede penale, del ragionamento induttivo effettuato in sede di accertamento fiscale. Aveva lamentato, inoltre, la mancanza, nel fascicolo del dibattimento, del PVC della GdF del dell'avviso di accertamento, richiamati dall'informativa di reato ma ad essa mai allegati, nei quali si faceva riferimento alle rimanenze finali dell'anno 2012 (rimanenze iniziali del 2013). Orbene, si domandava l'appellante, non si comprende perché, a fronte del medesimo dato contabile (rimanenze finali 2012 = giacenze iniziali 2013), per l'anno di imposta 2012 non sia stata contraddittoriamente ritenuta superata la soglia di punibilità tanto più che, sempre secondo l'Ente impositore, l'importo di tali rimanenze era stato calcolato in base ai dati contenuti nella dichiarazione relativa all'anno 2011. Dunque, il ragionamento induttivo si basava su dati contenuti in atti mai prodotti ed era connotato da profili di contraddittorietà.

2.2. Nel disattendere i rilievi difensivi, la Corte di appello si è limitata a dare atto della «documentazione acquisita al fascicolo del dibattimento (in particolare il rapporto dell'Agenzia delle

Entrate e relativi allegati)» che, secondo i Giudici distrettuali, ha consentito di accertare per l'anno di imposta 2013 un volume di affari pari ad euro 286.823,00 ed un'imposta evasa pari ad euro 58.640,00.

3. Tanto premesso, il primo motivo è fondato.

3.1. Prima ancora di stabilire se le presunzioni tributarie (semplici o gravi che siano) possano trovare ingresso nel processo penale e fondare una sentenza di condanna, è necessario che comunque il giudice dia conto dell'esistenza del fatto indiziante, in mancanza del quale è impossibile – già sul piano logico – sostenere l'esistenza dell'indizio stesso.

3.2. Nel caso di specie l'imputato si era giustamente doluto in appello della mancanza (fisica) degli atti posti a base del ragionamento induttivo (divenuto accusatorio in sede penale), ma i Giudici distrettuali hanno totalmente negletto tale censura, limitandosi a ribadire la correttezza dei risultati conseguiti dalla Guardia di Finanza in sede di accertamento fiscale.

3.3. Quanto alla possibilità di utilizzare le “presunzioni tributarie” nel processo penale, il Collegio osserva quanto segue.

3.4.11 diritto penale tributario si caratterizza per la sua specialità che gli deriva dalla particolare materia che ne costituisce l'oggetto, ma resta pur sempre diritto penale, diritto cioè dei comportamenti ritenuti lesivi di beni giuridici o di valori ad essi preesistenti, non diritto degli atti o degli interessi regolati dalle norme tributarie e certamente non dell'obbligazione tributaria.

3.5. In quanto “diritto penale”, esso si caratterizza per la sua natura autonoma e costitutiva rispetto alle altre branche del diritto, essendo stata da tempo 43 (omissis) ripudiata, per l'incandescenza del suo oggetto (la libertà personale), la teoria della funzione meramente sanzionatoria di istituti di altri rami del diritto.

3.6.11 Il diritto penale tributario non fornisce l'armamentario necessario a reprimere la violazione degli obblighi tributari altrove disciplinati. Non v'è dubbio che il comune oggetto di tutela sia il dovere di concorrere alle spese pubbliche, previsto dall'art. 53, Cost. quale specifica articolazione del più generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2, Cost., ma tale tutela non viene penalmente perseguita in modo indiretto, sanzionando puramente e semplicemente gli obblighi tributari altrove disciplinati nell'an, nel quomodo e nel quando.

Al legislatore penale tributario non sta a cuore il recupero in sé del gettito fiscale evaso, né il corretto adempimento dell'obbligazione tributaria, ma esclusivamente la decisione circa la natura illecita delle condotte e l'irrogazione delle relative sanzioni nel contesto dei principi fissati dall'art.27 della Costituzione.

3.7. La funzione della pena, l'inviolabilità della libertà personale che viene in gioco, la ineliminabile valorizzazione degli elementi soggettivi della condotta che innervano e danno sostanza alla natura

esclusivamente personale della responsabilità penale e alla funzione rieducativa della pena, impongono una lettura “autonoma” delle norme penali tributarie, secondo i canoni interpretativi che l’invulnerabilità del bene potenzialmente a rischio impongono (i soli “casi e modi previsti dalla legge”.- scilicet penale – entrata in vigore prima del fatto commesso).

3.8.11 Il disvalore espresso dalla condotta penalmente sanzionata, dunque, deve essere individuato esclusivamente all’interno della norma che la descrive che deve essere a sua volta applicata in conformità ai principi di stretta legalità, tassatività e determinatezza che governano l’interpretazione della legge penale, rifuggendo pertanto dalle sempre possibili suggestioni che il comune oggetto della materia trattata può comportare e che possono determinare il rischio sia di non ammesse interpretazioni analogiche che di scorciatoie probatorie volte ad attrarre nella fattispecie penale la pura e semplice constatazione dell’inadempimento dell’obbligo tributario che la norma stessa non ritiene sufficiente ai fini della punibilità dell’autore.

3.9. La presenza nella fattispecie penale di elementi normativi altrove disciplinati non può rappresentare la falla attraverso la quale il travaso di istituti giuridici di altri rami del diritto possa geneticamente mutare la norma penale. Gli elementi normativi della fattispecie sono parte integrante di una norma che ha ad oggetto, come detto, i comportamenti e dunque la persona prima di tutto e persegue interessi diversi da quelli disciplinati dalla fonte di appartenenza.

3.10. La violazione dell’obbligo di presentare una delle dichiarazioni annuali non esaurisce l’indagine penale perché è necessario accertare anche che ne sia derivata un’evasione effettiva di imposta superiore alla soglia indicata dall’art. 5, d.lgs. n. 74 del 2000.

3.11. Ai fini del d.lgs. n. 74 del 2000 per «imposta evasa» si intende «la differenza tra l’imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l’intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine» (art. 1, lett. f).

Per l’accertamento dell’an e del quantum dell’imposta “dovuta” è giocoforza necessario far riferimento alla legislazione fiscale che si avvale però, in buona misura, anche di presunzioni (non sempre gravi, precise e concordanti). In questa delicata operazione ricostruttiva, di natura squisitamente fattuale, il giudice penale deve utilizzare gli strumenti posti a sua disposizione dal codice di rito e, soprattutto, adottare il criterio di giudizio dell’a/ di là di ogni ragionevole dubbio che costituisce il corollario della presunzione di innocenza costituzionalmente imposto dall’art. 27, comma secondo, Cost..

Il giudice non può, di conseguenza, far ricorso alle presunzioni tributarie semplici che, comportando l'inversione dell'onere della prova, sovvertono alla radice il principio della presunzione di innocenza dell'imputato, nemmeno quando ricorrono i casi previsti dall'art. 39, comma 2, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (così come non può direttamente stabilire l'imposta effettivamente dovuta in base agli studi di settore di cui all'art. 62-bis, d.l. 30 agosto 1993, n. 331, convertito con modificazioni dalla legge 29 ottobre 1993, n. 427 e successive modificazioni e integrazioni, o alla determinazione sintetica del reddito delle persone fisiche di cui all'art. 38, commi 4 e segg., d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600).

Il giudice penale può utilizzare le informazioni e i dati acquisiti dagli uffici finanziari nell'ambito delle attività di cui agli artt. 31-bis, 32 e 33, d.P.R. n. 600 del 1970, ma non può avvalersi degli stessi criteri di giudizio ivi previsti per l'accertamento presuntivo dell'imposta dovuta giustificato, sul piano fiscale, dal comportamento non collaborativo del contribuente, né gli è preclusa la possibilità di acquisire e utilizzare, a fini di accertamento del reato, gli atti, i documenti, i libri e i registri non esibiti o non trasmessi dal contribuente che quest'ultimo può utilizzare in sede tributaria solo se dimostri di non aver potuto adempiere alle richieste degli uffici finanziari per cause a lui non imputabili (art. 32, commi 3 e 4, d.P.R. n. 600 del 1973).

In conformità a quanto prevede l'art. 220, disp. att. cod. proc. pen., può utilizzare, a fini di ricostruzione del fatto, il processo verbale di accertamento o di constatazione (ma non le valutazioni e i giudizi in essi contenuti) e le giustificazioni e i chiarimenti sollecitati in sede precontenziosa al contribuente ai sensi dell'art. 37-bis, comma 4, d.P.R. n. 600 del 1973, purché tali atti siano stati redatti e assunti prima che emergano anche semplici dati indicativi di un fatto apprezzabile come reato (Sez. U, n. 45477 del 28/11/2001, Rv. 220291; cfr. altresì Sez. 3, n. 1969 del 21/01/1997, Rv. 206944; Sez. 3, n. 6881 del 18/11/2008, Rv. 242523; Sez. 3, n. 15372 del 10/02/2010, t 5 Rv. 246599, che hanno ribadito il principio secondo il quale è causa di inutilizzabilità dei risultati probatori la violazione delle disposizioni del codice di procedura penale la cui osservanza, nell'ambito di attività ispettive o di vigilanza, è prevista per assicurare le fonti di prova in presenza di indizi di reato).

3.12. In conclusione, l'indagine che il giudice penale deve compiere deve essere volta all'accertamento autonomo e diretto degli elementi costitutivi del reato secondo i canoni propri del processo penale.

3.13. Del resto, trattandosi di reati e, dunque, dell'esercizio della giurisdizione penale, la sussistenza del "reato tributario", sotto ogni suo aspetto (oggettivo e soggettivo), deve essere autonomamente accertata dal giudice penale secondo le norme del codice di procedura penale (artt. 1 e 2, cod. proc.

pen.), imponendosi il rispetto di tali norme anche in sede ispettiva, quando – come detto – emergano fatti apprezzabili come reato (supra, § 3.11).

3.14. Ne consegue che non v'è spazio nel processo penale di cognizione per l'ingresso di presunzioni (tantomeno legali) ma solo di indizi, valorizzabili a fini di prova nei limiti e modi indicati dall'art. 192, comma 2, cod. proc. pen., valendo, per il processo penale, uno statuto probatorio suo proprio necessariamente strumentale al tendenziale accertamento della verità (i.e., della corrispondenza al vero) del fatto contestato nell'editto accusatorio.

3.15. I rilievi difensivi sono dunque corretti e assorbenti ogni altra questione posta con gli altri motivi, venendo in gioco la verifica della sussistenza del reato sotto il profilo del superamento (e del calcolo) della soglia di punibilità.

4. Ciò nondimeno si rendono necessarie alcune precisazioni relative agli argomenti dedotti con il secondo motivo.

4.1.11 Il reato di cui all'art. 5, d.lgs. n. 74 del 2000, si consuma nel momento in cui scade il termine ultimo stabilito dalla legge per la presentazione della dichiarazione, momento nel quale deve sussistere il dolo specifico di evasione il quale, a sua volta, presuppone la consapevolezza dell'ammontare delle imposte evase e non dichiarate, non richiedendo affatto la norma anche la coincidenza tra il soggetto gravato dell'obbligo dichiarativo e quello che ha posto in essere le operazioni imponibili.

4.2. Non v'è dubbio che il fine di evasione qualifica la condotta sul piano penale; ove venga accertata un'imposta effettivamente dovuta superiore a quella dichiarata (o non dichiarata affatto) e/o componenti positive di reddito inferiori a quelle effettive o elementi passivi fittizi, l'indagine non avrebbe verificato altro che alcuni degli elementi costitutivi del reato, quelli che qualificano, sul piano oggettivo, l'offesa degli interessi erariali e giustificano (ma non esauriscono) la rilevanza penale della condotta.

Ma tale indagine non assorbe quella relativa all'accertamento del dolo specifico di evasione che nei reati dichiarativi concorre a tipizzare la condotta.

Altrimenti si corre il rischio di identificare il dolo specifico di evasione con la pura e semplice consapevolezza dell'obbligo dichiarativo violato e dell'entità dell'imposta non dichiarata.

Un'operazione dogmaticamente errata che trasformerebbe il dolo specifico di evasione nella generica volontà di non dichiarare al Fisco l'imposta dovuta, con l'ulteriore inaccettabile conseguenza di assorbire tutti i reati in materia dichiarativa negli indistinti illeciti amministrativi di cui agli artt. 1, comma 2, e 5, comma 4, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 441 e di far sostanzialmente resuscitare la contravvenzione di omessa presentazione delle dichiarazioni ai fini delle imposte sui redditi e sul

valore aggiunto, già prevista dall'abrogato art. 1, comma 1, d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito con I. 7 agosto 1982, n. 516, che questa Corte ha già affermato non essere in continuità normativa con l'art. 5, d.lgs. n. 74 del 2000 anche e proprio per la necessità del dolo specifico di evasione, in precedenza non richiesto (Sez. U, n. 35 del 13/12/2000, Sagone, Rv. 217374).

4.3.11 Il reato è illecito di modo; il dolo di evasione è volontà di evasione dell'imposta mediante le specifiche condotte tipizzate dal legislatore penale tributario.

Se per il legislatore penale tributario nemmeno l'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, o le false rappresentazioni contabili e i mezzi fraudolenti per impedire l'accertamento delle imposte, sono sufficienti ad attribuire penale rilevanza alle condotte di cui agli artt. 2 e 3, d.lgs. n. 74 del 2000, essendo necessario il fine di evasione, a maggior ragione il "dolo di omissione" non solo non può essere ritenuto sufficiente a integrare, sul piano soggettivo, il reato di cui all'art. 5, d.lgs. n. 74 del 2000, ma nemmeno può essere confuso con il dolo di evasione.

La volontà omissiva prova la consapevolezza della sussistenza dell'obbligazione tributaria e del suo oggetto, e dunque di uno o alcuni degli elementi costitutivi della fattispecie, non prova il fine ulteriore della condotta.

4.4.11 Il dolo di evasione esprime l'autentico disvalore penale della condotta e restituisce alla fattispecie la sua funzione selettiva di condotte offensive ad un grado non ulteriormente tollerabile del medesimo bene tutelato anche a livello amministrativo.

L'inviolabilità della libertà personale costituisce il metro di misura della rilevanza penale di condotte che potrebbero essere sanzionate in altro modo.

Al legislatore penale non interessa il recupero del gettito fiscale ma della persona.

Il dolo specifico di evasione, per la sua forte carica intenzionale, segna il punto di frattura più grave tra l'atteggiamento anti doveroso dell'autore del fatto illecito, l'ordinamento giuridico ed il bene protetto, un punto di non ritorno che giustifica il sacrificio della inviolabilità della libertà personale in considerazione del livello di aggressione al bene e della funzione rieducativa della pena.

È proprio questo scopo che nei reati in materia di dichiarazioni fiscali giustifica, rispetto agli omologhi illeciti amministrativi, la reazione punitiva dello Stato e ne spiega la rilevanza penale che si giustifica solo in costanza di condotte poste in essere nella deliberata ed esclusiva intenzione di sottrarsi al pagamento delle imposte nella piena consapevolezza della illiceità del fine e del mezzo.

4.5. Non si può di conseguenza ritenere sufficiente, ai fini della prova del dolo specifico, la mera consapevolezza dell'entità dell'imposta evasa; l'entità dell'imposta evasa costituisce solo uno degli elementi del Fatto tipico, la cui consapevolezza potrebbe, al più, giustificare un addebito a titolo di

dolo generico, non di certo di dolo specifico che richiede un *quid pluris* rispetto alla mera consapevolezza dell'oggetto dell'omissione.

Tale dato può essere certamente valorizzato insieme con altri dai quali possa essere tratta la convinzione che l'omissione era finalizzata all'evasione dell'Imposta: il mancato pagamento postumo dell'imposta evasa, in tempi naturalmente ragionevoli e non, per esempio, a distanza di anni, può certamente essere preso in considerazione; così come può essere utilmente valutata la reiterazione dell'omissione per più anni di imposta o, come nel caso di specie, il disinteresse rispetto alle richieste e verifiche tributarie.

4.6. In ultima analisi deve essere ripudiato un metodo di accertamento del dolo che si risolve nella (indiretta) affermazione del *dolus in re ipsa*.

5. Deve essere altresì precisato che nella operazione ricostruttiva dell'imposta evasa, il giudice penale non può dare per scontati fatti che non sono dimostrati. Oggetto di prova (art. 187 cod. proc. pen.) non sono solo i fatti dedotti dal pubblico ministero ma anche quelli dedotti o allegati dalle altre parti e di cui il giudice deve dare conto nella motivazione della sentenza (art. 546, comma 1, lett. c, cod. proc. pen.).

5.1.11 Il fatto impositivo che incide sull'entità dell'imposta evasa sottraendola all'ordinarietà (e dunque diminuendone l'entità) deve essere dimostrato direttamente dall'interessato, non potendo essere meramente e genericamente postulato. Il fatto che la cessione degli immobili è soggetta all'IVA agevolata del 4% quando l'immobile stesso è destinato a prima casa dall'acquirente è affermazione vera, ma generica e inidonea persino a rendere ragionevole il dubbio sull'entità dell'imposta evasa.

5.2.11 Il dubbio idoneo ad introdurre una ipotesi alternativa di ricostruzione dei fatti è soltanto quello «ragionevole», ovvero quello che trova conforto nella logica, sicché, in caso di prospettazioni alternative, occorre comunque individuare gli elementi di conferma dell'ipotesi ricostruttiva accolta, non potendo il dubbio fondarsi su un'ipotesi del tutto congetturale, seppure plausibile (Sez. 3, n. 5602 del 21/01/2021, P., Rv. 281647 – 04; Sez. 6, n. 10093 del 05/12/2018, dep. 2019, Esposito, Rv. 275290 – 01; Sez. 4, n. 48541 del 19/06/2018, Castelli, Rv. 274358 – 01; Sez. 4, n. 22257 del 25/03/2014, Guernelli, Rv. 259204 – 01; Sez. 4, n. 30862 del 17/06/2011, Giulianelli, Rv. 250903 – 01).

5.3. Nel caso di specie, la genericità delle deduzioni difensive si traduce nella irrazionalità del dubbio (genericamente) prospettato alla base di una impossibile lettura alternativa dei fatti.

Bibliografia e letture consigliate

Corte di cassazione penale, III, n. 44170 del 2023, in www.cortedicassazione.it;

L. Iacobellis, Schemi di diritto tributario, X Editore – Nel Diritto Editore, 2023;

R. Garofoli, Compendio di diritto penale – Parte Speciale, VI Edizione 2018 – 2019, Nel Diritto Editore, 2018;

L. Delfino, R. Pezzano, Manuale di diritto penale – Parte Penale, XXIII Edizione, Simone, 2016.

